La Corte Ambiental

Expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
COLOMBIA

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
COLOMBIA

Autores y autoras:

Alejandra García
Carolina Arias Hurtado
Daniela Varón
David Núñez Amórtegui
Diana Carolina Sanabria Ramírez
Diana Carolina Sánchez Zapata
Hannah Meszaros Martin
Héctor Herrera Santoyo
Isabel C. Preciado Ochoa
Javier Gonzaga Valencia Hernández
Jessica Paola Melo Parra
Jesús Olivero Verbel
Juan Felipe García Arboleda
Juan Felipe Rodríguez Vargas
León Felipe Cubillos Quintero
Lina María Ávila Urrego
Luis Carlos Montenegro Almeida
Luis Felipe Guzmán Jiménez
Margareth Lorena Durán Izquierdo
María Cristina Hernández

Coordinación editorial:

Natalia Orduz Salinas

La Corte Ambiental

Expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales

Bogotá, D. C.
2018

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
COLOMBIA

La Corte Ambiental

Expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales

Autores y autoras

Alejandra García
Carolina Arias Hurtado
Daniela Varón
David Núñez Amórtegui
Diana Carolina Sanabria Ramírez
Diana Carolina Sánchez Zapata
Hannah Meszaros Martin
Héctor Herrera Santoyo
Isabel C. Preciado Ochoa
Javier Gonzaga Valencia Hernández
Jessica Paola Melo Parra
Jesús Olivero Verbel
Juan Felipe García Arboleda
Juan Felipe Rodríguez Vargas
León Felipe Cubillos Quintero
Lina María Ávila Urrego
Luis Carlos Montenegro Almeida
Luis Felipe Guzmán Jiménez
Margareth Lorena Durán Izquierdo
María Cristina Hernández

Coordinación editorial

Natalia Orduz Salinas

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
COLOMBIA

La Corte Ambiental - Expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales

© Fundación Heinrich Böll, Oficina Bogotá - Colombia

ISBN: 978-958-56503-1-2

Publicación con licencia Creative Commons CC BY-NC-ND 2.5 CO
Atribución-NoComercial-SinDerivadas

Fundación Heinrich Böll, Oficina Bogotá - Colombia
Calle 37 No. 15–40, Bogotá
Teléfono: (+57) 1 371 9111
co-info@co.boell.org
co.boell.org
Representante:
Florian Huber

Autores y autoras:
Alejandra García
Carolina Arias Hurtado
Daniela Varón
David Núñez Amórtegui
Diana Carolina Sanabria Ramírez
Diana Carolina Sánchez Zapata
Hannah Meszaros Martin
Héctor Herrera Santoyo
Isabel C. Preciado Ochoa
Javier Gonzaga Valencia Hernández
Jessica Paola Melo Parra
Jesús Olivero Verbel
Juan Felipe García Arboleda
Juan Felipe Rodríguez Vargas
León Felipe Cubillos Quintero
Lina María Ávila Urrego
Luis Carlos Montenegro Almeida
Luis Felipe Guzmán Jiménez
Margareth Lorena Durán Izquierdo
María Cristina Hernández

Edición:
Fundación Heinrich Böll, Oficina Bogotá - Colombia

Coordinación editorial:
Natalia Orduz Salinas

Colaboración editorial:
Ángela Valenzuela Bohórquez

Revisión de textos:
Fundación Heinrich Böll, Oficina Bogotá - Colombia

Fotografía de carátula:
Milton Ramírez bajo licencia Creative Commons

Primera edición: Agosto de 2018

Número de ejemplares: 500

Impreso y hecho en Colombia / *Printed and made in Colombia*

Corrección de estilo, diagramación, impresión y acabados:
Ediciones Ántropos Ltda.
Carrera 100B No. 75 D-05
PBX: 433 77 01 • FAX: 433 35 90
E-mail: info@edicionesantropos.com
www.edicionesantropos.com
Bogotá, D.C.

Este documento puede ser descargado gratuitamente en http://co.boell.org

Los textos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y autoras y no expresan necesariamente el pensamiento ni la posición de la Fundación Heinrich Böll, Oficina Bogotá - Colombia.

Contenido

Agradecimientos 9

Prólogo 11

Primera Parte

La autonomía para ordenar el territorio según los sueños colectivos de sus habitantes

Autonomía y participación efectiva de las comunidades en procesos de consultas populares
Lina María Ávila Urrego y Luis Carlos Montenegro Almeida 17

El ambiente como tarea administrativa: un análisis desde la organización territorial del Estado colombiano y las competencias municipales para la regulación de los usos del suelo, y la protección y defensa de los derechos ambientales
Diana Carolina Sánchez Zapata 41

Segunda Parte

La participación como principio inherente de la protección ambiental

El derecho a la participación en las decisiones ambientales: un enfoque desde la justicia ambiental y la justicia constitucional
Javier Gonzaga Valencia Hernández 65

La consulta popular municipal sobre minería: modalidad de participación ciudadana
Diana Carolina Sanabria Ramírez 95

Análisis de la jurisprudencia de la Corte Ambiental en la SU-133/2017: la protección de los derechos constitucionales en Marmato frente a la gran minería
León Felipe Cubillos Quintero y Carolina Arias Hurtado 117

La Corte Constitucional y la transformación del gobierno de los recursos en Colombia: el caso de los mineros tradicionales de Marmato
Juan Felipe García Arboleda y María Cristina Hernández 141

La consulta previa en la defensa de los territorios indígenas en Colombia
Margareth Lorena Durán Izquierdo y Jesús Olivero Verbel 161

Tercera Parte

Justicia Ambiental: la defensa del ambiente como vía para la igualdad

La justicia ambiental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Especial referencia a la Sentencia T-704 de 2016
Luis Felipe Guzmán Jiménez 179

El origen activista del concepto de justicia ambiental y su trascendencia como mecanismo de participación en las decisiones judiciales
Juan Felipe Rodríguez Vargas 201

Construcción de igualdad: desde la basura hasta la Corte los derechos ambientales para el caso del reciclaje en la Corte Constitucional
David Núñez Amórtegui 217

La arquitectura jurídica de las fumigaciones aéreas: Coca, contrainsurgencia y la aplicación del Principio de Precaución en la Corte Constitucional
Hannah Meszaros Martin y Héctor Herrera Santoyo 235

Cuarta Parte

Hacia un enfoque ecocéntrico a través del diálogo entre la tradición jurídica occidental y los saberes diversos

Derechos humanos, megaproyectos y desarrollo
Isabel C. Preciado Ochoa 263

Vínculo entre la Constitución Cultural y la Constitución Ecológica
Jessica Paola Melo Parra 279

La sentencia del río Atrato: un paso más allá de la Constitución Verde
Alejandra García y Daniela Varón 297

Epílogo 319

Agradecimientos

Desde la Fundación Heinrich Böll en Colombia agradecemos a todas las personas que aportaron su entusiasmo a este homenaje. En primer lugar, a Álvaro Pardo, Julio Fierro y Rodrigo Negrete por concebir la iniciativa. De manera adicional queremos agradecer a todas las personas que enviaron sus manuscritos de los que no fue fácil escoger la colección que conforma este libro. Y a ustedes, queridos lectores y lectoras, por tener este libro en sus manos.

Natalia Orduz Salinas
Coordinadora editorial
Coordinadora de programa
Fundación Heinrich Böll Oficina Bogotá - Colombia

Florian Huber
Representante
Fundación Heinrich Böll Oficina Bogotá - Colombia

Prólogo

La Corte Constitucional colombiana desde sus inicios ha desarrollado una rica jurisprudencia en materia ambiental. Ya en 1992, el entonces magistrado Ciro Angarita se pronunció sobre los derechos ambientales y su relación con el derecho a la participación. A lo largo de los años, la Corte ha sentado las bases para interpretar y aplicar los derechos ambientales individuales y colectivos según su relación con otros principios, valores y derechos de nuestra Constitución Política, nombrada también en profusa jurisprudencia como la Constitución Ecológica.

Este libro busca brindar un homenaje a dos magistrados y una magistrada que dejaron una huella indeleble en la protección de los derechos y principios ambientales constitucionales. Se trata de Jorge Iván Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle. Los tres defendieron con argumentaciones, votaciones y decisiones los estándares constitucionales ambientales en armonía con otros principios como la diversidad étnica y cultural, la participación y la autonomía territorial.

El libro se gestó como idea en la sede colombiana de la Fundación Böll entre apasionantes discusiones del grupo Sumando, en el que confluyen organizaciones y movimientos ambientales para intercambiar conocimientos y estrategias. En sintonía con los principios defendidos por la Corte, el proceso de elaboración de este libro fue participativo, pluralista y libre. Una convocatoria pública motivó a personas de todo el país a elaborar textos con formatos y perspectivas variadas que exploraran los alcances y significados de la jurisprudencia de la Corte Ambiental.

Desde distintas perspectivas, los textos de este libro dan relieve a cuatro temas gruesos que, por supuesto, se nutren entre sí: la autonomía territorial, la participación, la justicia ambiental y el derecho a miradas del territorio alternativas a la del desarrollo occidental.

Lina María Ávila Urrego y Luis Carlos Montenegro presentan una línea jurisprudencial sobre la competencia de los municipios para prohibir la minería en la que la Corte, de manera mayoritaria, defendió la autonomía territorial y la obligatoriedad de las consultas populares en estos casos. Concluyen que la nueva Corte debe sostener esta jurisprudencia y así respetar los principios de seguridad jurídica, progresividad y

no regresividad. Diana Carolina Sánchez Zapata señala que la Corte ha abierto camino a un Estado Ambiental de Derecho, entre otras, al destacar que los municipios son los principales gestores administrativos del ambiente y que su labor no puede menos que estar permeada por los principios constitucionales. Citando a María Victoria Calle, reafirma que las competencias municipales se expanden y no se limitan cuando se ejercen para proteger valores constitucionales como el ambiente y la democracia.

De manera complementaria a la autonomía territorial, Javier Gonzaga Valencia Hernández argumenta que la jurisprudencia ambiental ha definido pilares muy importantes para la democracia, pues no solo ha constitucionalizado el ambiente, sino la participación en las decisiones que puedan afectarlo. Diana Carolina Sanabria se enfoca en el carácter obligatorio que la Corte les dio a las consultas populares para ordenar el territorio y proteger al ambiente. Los desarrollos del derecho a la participación a mineros tradicionales y a comunidades indígenas y afrocolombianas de Marmato, Caldas fueron celebrados en dos textos: Juan Felipe García Cubillos Quintero y Carolina Arias Hurtado, presentan el contexto de esta importante sentencia en perspectiva histórica y exploran el papel de la academia en una decisión que logró proteger a colectivos excluidos política y socialmente. Por su lado, Juan Felipe García Arboleda y María Cristina Hernández exponen las reglas que dan contenido al derecho de participación y celebran que la Corte, por medio de un trabajo de persuasión, transformó la manera de gobernar los recursos naturales. Margareth Lorena Durán Izquierdo y Jesús Olivero Verbel enfocan su artículo en la importancia de la protección de la Corte a la participación de los pueblos indígenas, especialmente a través de la consulta previa.

Para Luis Felipe Guzmán Jiménez, la introducción del concepto de Justicia Ambiental en las decisiones judiciales tiene una gran importancia para la formulación de políticas públicas y la articulación estatal. Juan Felipe Rodríguez indaga en el origen activista de la justicia ambiental en Estados Unidos y su incorporación en Colombia por la Corte Ambiental. En el libro se presentan dos temas paradigmáticos relacionados con justicia ambiental: por un lado, el de recicladores en Bogotá, donde la Corte enlaza reivindicaciones de igualdad en medidas ambientales escrito por David Núñez Amórtegui; por otro, el texto de Hanna Meszaros Martin y Héctor Herrera Santoyo que analiza cómo la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han pronunciado sobre las fumigaciones con glifosato, aplicando el principio de precaución.

El valor constitucional que dio la Corte a la posibilidad de enfocar el territorio desde una mirada ecocéntrica y biocultural, distinta a la del desarrollo occidental, es el cuarto tema grueso del libro. Isabel Preciado Ochoa enmarca el derecho a la consulta previa dentro del derecho de los pueblos étnicos a proteger miradas distintas a las occidentales sobre desarrollo, que se basan en la propiedad privada y en aspectos solamente biofísicos. Jessica Paola Melo Parra señala que la Corte comenzó a dar el

salto a los derechos de la naturaleza desde el diálogo entre la tradición jurídica occidental y la sabiduría ancestral. Alejandra García y Daniela Varón consideran que la decisión constitucional que le otorgó derechos al Río Atrato dividió en dos la historia de la Corte Constitucional, entre un enfoque antropocéntrico a uno ecocéntrico.

Esperamos que este libro sea un homenaje y a la vez un testimonio ciudadano de que la Corte echó raíces en la profunda idea de que la defensa ambiental es hoy también una de las más humanistas. Esperamos que sus consideraciones y decisiones rindan sus frutos en la conservación de nuestros ecosistemas y el cuidado del agua, pero también en la riqueza de las culturas, la democracia, la justicia y la dignidad.

Natalia Orduz Salinas
Coordinadora editorial
Coordinadora de programa
Fundación Heinrich Böll Oficina Bogotá - Colombia

Florian Huber
Representante
Fundación Heinrich Böll Oficina Bogotá - Colombia

Primera Parte

La autonomía para ordenar el territorio según los sueños colectivos de sus habitantes

Autonomía y participación efectiva de las comunidades en procesos de consultas populares

Lina María Ávila Urrego[1]
y Luis Carlos Montenegro Almeida[2]

1. Estudiante de derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Pasante del Equipo de Derechos Colectivos y de Protección del Territorio del Colectivo de Abogados 'José Alvear Restrepo' –CAJAR–.
2. Abogado de la Universidad Libre, integrante del Equipo de Derechos Colectivos y de Protección del Territorio del Colectivo de Abogados 'José Alvear Restrepo' –CAJAR–, candidato a Magíster en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Externado de Colombia, Constructor de paz.

Resumen

La autonomía y participación efectiva de las comunidades en mecanismos de participación ciudadana como las consultas populares, se materializa si y sólo si las sentencias más progresivas de la Corte Constitucional referidas, entre otros temas, a las garantías requeridas para proteger los derechos al agua, la autonomía territorial, la justicia ambiental o la participación en asuntos ambientales, se convierten en herramientas para la movilización social permanente. De tal manera que permitan fortalecer las resistencias y posicionamiento de argumentos de la realidad que se vive en los territorios que están siendo expoliados por las actividades extractivas de minería, hidrocarburos, hidroeléctricas y agroindustria, las cuales han sido impuestas por los últimos gobiernos y su modelo de desarrollo –locomotora minero-energética– en connivencia con empresas extractivas nacionales y transnacionales, que incluso han tenido nexos con grupos paramilitares.

1. Introducción

Los megaproyectos extractivos que se implementan en Colombia generan un grave impacto en las garantías necesarias para el goce de derechos de las personas que sufren local y directamente los daños producidos por sus actividades en las distintas fases de los mismos. Se ven amenazados y vulnerados, entre otros: los derechos al agua, a la autonomía, a la justicia ambiental y a la participación efectiva en la toma de decisiones relacionadas con su territorio, dadas las repercusiones de las actividades extractivas[3]. Estos derechos han tenido un reconocimiento acentuado y progresivo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con la imposición de un modelo minero-energético y de desarrollo económico unilateral por parte del gobierno. De manera paralela, la Corporación también se ha concentrado en desarrollar el debate sobre si los municipios como entidades territoriales de gobierno local, pueden o no prohibir la exploración y explotación de 'recursos naturales'.

En los años recientes, especialmente desde el 2014, la anterior pregunta ha sido objeto de análisis jurídico. Los últimos gobiernos[4], a través de entidades como la Agencia Nacional de Minería –ANM–, la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH–, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –ANDJE–, la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–, el Ministerio de Minas y Energía –MME–, entre otras, tomando como referente el principio del Estado Unitario, han argumentado que los municipios carecen de competencias para prohibir la minería, entre otras razones, porque está en 'riesgo' el desarrollo económico de país. Los municipios y comunidades que habitan en ellos, sustentando su posición en el principio de Autonomía Territorial, en ejercicio de su competencia para regular el territorio a través de instrumentos de planificación territorial como el Plan de Ordenamiento Territorial –POT– han prohibido la minería; ya sea ejerciendo sus facultades a través de acuerdos municipales

3. Existen diferentes posturas académicas, jurídicas, políticas y sociales sobre cuáles y cuántas son las actividades extractivas en Colombia; para efectos de este artículo, asumiremos una posición amplia y abierta en la que entendemos por I.E.: la gran y mediana minería, los hidrocarburos convencionales y no convencionales como el *fracking*, las centrales hidroeléctricas, los monocultivos agroindustriales y de transgénicos y las mega-infraestructuras.
4. 2002-2006 (Uribe Vélez I), 2006-2010 (Uribe Vélez II), 2010-2014 (Santos I) y 2014-2018 (Santos II).

que la prohíben directamente o implementado una decisión que tiene origen en un mecanismo de participación ciudadana como lo es la Consulta Popular.

La Corte Constitucional ha estado inmersa en este debate y ha proferido sentencias relacionadas con esta discusión. La más reciente fue la T-445 del 2016, que aborda este problema de fondo y en la decisión final resuelve fallar a favor de la autonomía territorial, estableciendo como regla general que los municipios en ejercicio de sus competencias para regular los usos del suelo y para proteger el ambiente, están facultados para prohibir la minería. Igualmente afirma categóricamente que tal prohibición puede ser materia de una consulta popular.

Nos encontramos entonces frente a fallos que han aplicado el principio de progresividad, pues por un lado reconocen derechos que se ven afectados por megaproyectos extractivos y por el otro, dan primacía a la autonomía territorial para que desde el ámbito local se pueda decidir sobre los asuntos que las afectan. Vale la pena indagar entonces, en qué medida estos fallos contribuyen al desarrollo y consolidación de la participación efectiva de las comunidades para decidir en materias que influyen sus territorios y vida, así como en la labor de exigibilidad de sus derechos.

Para ello, en primer lugar examinaremos cuáles son los principales efectos de la minería en la esfera local. Después revisaremos el reconocimiento acentuado de los derechos al agua, la autonomía, la participación efectiva y la justicia ambiental, en escenarios de megaproyectos extractivos. En seguida realizaremos un análisis jurisprudencial en torno a los fallos que estudian si los municipios pueden o no prohibir la minería. Posteriormente identificaremos en qué medida los fallos de la Corte contribuyen a forjar en el ámbito local la participación efectiva para decidir sobre los asuntos que afectan a las comunidades y la exigibilidad de los derechos que éstas ejercen. Finalmente, sugeriremos algunos desafíos sobre la materia, tanto para magistrados y magistradas entrantes, como para las comunidades que exigen sus derechos y expondremos algunas conclusiones.

2. Las afectaciones locales de los megaproyectos

Podemos encontrar indistintamente impactos, daños o afectaciones de carácter local que han generado los megaproyectos extractivos en los territorios donde se imponen: a) violación sistemática de derechos humanos y aprovechamiento de contextos socio-políticos donde existen comunidades con alto grado de vulnerabilidad para la imposición de megaproyectos; b) agravación de la degradación ambiental de territorios afectados por el conflicto armado y/o las violencias económica, social, política

y ambiental que se han presentado en las últimas décadas; c) profundización de la inequidad y desigualdad en términos de exigencias mínimas en materia de justicia social, ambiental, hídrica, energética, agraria y alimentaria; d) cooptación de espacios comunitarios y de liderazgos locales que resisten al extractivismo y mercantilización de la vida; e) imposición de un modelo de desarrollo empresarial que sustituye el Estado Social de Derecho; f) aumento inusitado de la huella ecológica a partir de la expoliación de territorios; g) desplazamiento forzado de comunidades causado por el desarrollo; h) degradación social e imposición de una 'cultura' minera y/o extractiva introduciendo fenómenos como la prostitución, el alcoholismo y el consumo de sustancias alucinógenas; i) segregación y racismo con comunidades originarias; j) generación de expoliación, ecocidios, genocidios y/o etnocidios; entre otros[3].

Todos los daños mencionados anteriormente tienen en común que son irreparables e imposibles de cuantificar económicamente de manera integral, y difícilmente se puede comprender la dimensión de los mismos en cuanto a la cultura y espiritualidad de una comunidad. Estas dificultades se hacen evidentes, por ejemplo, con el desvío del río Cauca realizado en el año 2011 para el megaproyecto hidroenergético 'hidroituango'; la contaminación atmosférica que sobrepasa los límites permitidos por la OMS realizada por el megaproyecto de carbón a tajo abierto 'Cerrejón'; o la tala indiscriminada de bosques hecha por megaproyectos hidroeléctricos, mineros y agroindustriales.

En este contexto, es necesario que las comunidades, que ya se han visto afectadas, puedan construir desde su autonomía y autodeterminación una perspectiva integral de análisis que les permita diseñar medidas de reparación integral ambiental y propuestas de garantías de no repetición para que estos ecocidios ocasionados por la locomotora minero-energética no vuelvan a ocurrir.

3. Derechos acentuados en el marco del desarrollo de megaproyectos

Frente a los derechos fundamentales al agua, a la autonomía, a la participación efectiva y a la justicia ambiental, en escenarios de megaproyectos extractivos,

3 Entre los textos que trabajan e identifican este tema podemos encontrar: (Cabrera & Galindo , 2017) (Göbel & Ulloa, 2014) (Federación Internacional de los Derechos Humanos -FIDH, 2011) (Martín, 2007), (Teitelbaum, 2007)

encontramos que la Corte Constitucional ha sentado precedentes garantistas. Podemos ver a continuación, cómo al pasar por las diferentes generaciones de magistrados y magistradas de esta Corporación, los debates y decisiones relacionadas con estos derechos se han llevado a cabo de acuerdo con el principio de progresividad de los derechos.

Sobre el derecho humano y fundamental al agua, la sentencia T-523/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) fue de las primeras que se refirió a este tema, identificando su relación inescindible con el derecho a gozar de un ambiente sano enmarcado en la denominada –desde esa época– *'Constitución Ecológica'*, afirmó que el acceso al agua potable es un derecho de la comunidad y reafirmó que los nacimientos de agua tienen una protección especial que se desprende de los principios establecidos en la Ley 99 de 1993. Más adelante, en la sentencia T-194/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la cual conoció de la degradación de la cuenca del río Sinú, se habló concretamente de las violaciones de derechos que se desprenden de la imposición de un megaproyecto hidroeléctrico como 'Urrá I'. Esta sentencia sienta un precedente porque ordena a 14 municipios suspender obras de relleno y desecación de pantanos, lagunas, charcas, ciénagas y humedales, que son vitales para proteger los derechos a un ambiente sano y a la participación de la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénaga Grande de Lorica –ASPROCIG–, además, se reconoció la gravedad de los impactos en los recursos ictiológicos.

Por otra parte, la sentencia C-305/10 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) conoció de la constitucionalidad del "Acuerdo entre Colombia y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) relativo al establecimiento del centro regional sobre la gestión del agua en las zonas urbanas para América Latina y El Caribe bajo los auspicios de la UNESCO". De ella resaltamos la importancia que tiene para la participación de las comunidades en relación con el derecho al agua y al ambiente sano, la existencia de instrumentos internacionales que fortalecen las garantías que se requieren para su ejercicio.

El tema de la doble connotación del agua como derecho fundamental y como servicio público ha sido ampliamente desarrollado por la Corte, y en particular en lo relacionado con el ambiente sano, encontramos que la sentencia T-312/12 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) ratifica jurisprudencia constitucional en la tutela del goce efectivo al derecho al agua enfocándose en la progresividad del mismo, así como la obligación del Estado de garantizar disponibilidad, accesibilidad, calidad del servicio al agua y no discriminación en la distribución, enmarcado lo anterior en la dimensión de protección internacional que tiene este derecho fundamental. Por la misma línea, la sentencia T-028/14 (M.P. María Victoria Calle Correa) contribuye a reafirmar que el derecho fundamental al agua se relaciona con la vida, la salud y la dignidad humana y así mismo recuerda cuál es el volumen mínimo

razonable de agua que las empresas deben proveer, establecido como parámetro por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

En relación con megaproyectos de hidrocarburos, encontramos que la sentencia T-652/13 (Alberto Rojas Ríos) encuentra conexiones entre la dimensión de fundamental de este derecho y el cómo las licencias ambientales para proyectos extractivos deben respetarlo, incluyendo ecosistemas especialmente protegidos como los nacederos de agua, como es el río Humadea en Guamal, Meta. Adicionalmente posiciona la importancia de la aplicación del principio de prevención ambiental para el consumo de agua potable, cuando el derecho al agua se vulnera por empresas como Ecopetrol. En este caso, la tutela de derechos requirió la suspensión de las actividades tendientes a la construcción u operación de la plataforma exploratoria Lorito 1.

Sobre megaproyectos de minería de carbón a cielo abierto, como el caso de Cerrejón, encontramos que la sentencia T-256/15 (M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez) sienta un precedente hito porque reconoce el derecho al agua potable en su integralidad relacionado con los derechos al medio ambiente sano, vida, salud y a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado sobre las medidas de reasentamiento de las familias a las que pertenecen los accionantes y al reconocimiento y subsistencia como pueblo ancestral de la Comunidad de Negros Afrodescendientes de los corregimientos de Patilla y Chancleta del municipio de Barrancas, La Guajira. En esta sentencia ordena a distintas entidades y a la empresa Carbones del Cerrejón Limited que se abstenga de adoptar medidas de reasentamiento sin respetar el derecho a la consulta, que hace parte de la esencia del derecho a la participación efectiva de comunidades afectadas por megaproyectos.

En relación con el derecho a la autonomía, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha referido a la autonomía de los pueblos indígenas como un principio que hace parte del bloque de constitucionalidad. Podríamos mencionar, por ejemplo, la sentencia T-979/06 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) que se refirió a la autonomía política como parte del derecho a la autonomía de la comunidad del Resguardo Indígena de Muellamués de Guachucal, Nariño; la T-903/09 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), que desarrolla este derecho a la par de los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la participación de la comunidad indígena; la T-601/11 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) que reconoce los derechos a la autonomía o libre determinación, a la supervivencia, a la identidad, a la integridad territorial y a la consulta previa de la comunidad Embera Chamí vulnerados por la alcaldía municipal de Riosucio, Caldas; o la T-155/15 (M.P. Mauricio González Cuervo) que habla con igual importancia de los derechos a la autonomía y autodeterminación de pueblos indígenas a partir del principio de pluralismo y diversidad étnica y cultural, que además está relacionado con el derecho a la participación en las decisiones que puedan afectar al pueblo indígena Wayúu, representado en la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu - Shipia Wayúu. En todas estas senten-

cias el eje de la autonomía es fundamental para ratificar que la autodeterminación enmarcada además en tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– hace parte de la identidad y cultura de los pueblos originarios de este territorio llamado Colombia.

Sobre el derecho a la justicia ambiental, es importante mencionar que, como derecho autónomo permite reconocer dimensiones de las violencias que generan los conflictos socio-ambientales, que antes no eran reconocidas de manera expresa por la Corte y por entes de control como la Contraloría o la Defensoría. Este reconocimiento contribuye a posicionar un debate que sentencias como la T-547/10 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) desarrolló a la par del análisis de la vulneración del derecho a la consulta previa de comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, puesto que las reflexiones que rodean a la justicia ambiental estarán inescindiblemente relacionadas con todos los instrumentos de participación efectiva que existan para comunidades colombianas. Igualmente el pronunciamiento de la T-294/14 (M.P. María Victoria Calle Correa) permitió corroborar que un megaproyecto de infraestructura como es un relleno sanitario en Cantagallo, Córdoba, que no cuenta con una aplicación estricta del principio de precaución para su construcción, está vulnerando directamente la justicia ambiental, así como la dimensión distributiva de la misma, referida a la sostenibilidad ecológica, social, cultural y económica de los proyectos de desarrollo –si es que pudiera afirmarse algo así de algún megaproyecto–. Resaltamos que en este fallo se menciona la importancia de comprender la dimensión participativa de la justicia ambiental, específicamente de las comunidades afectadas de manera directa por determinado megaproyecto. Es una sentencia hito por el reconocimiento que se hace a los derechos fundamentales de distribución equitativa de cargas y beneficios ambientales, el acceso al agua potable y a la participación de la población asentada en el área de influencia del relleno, a la consulta previa y al reconocimiento y subsistencia como pueblo indígena de la Comunidad de Venado.

En la sentencia T-606/15 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) se hace una mención específica a la justicia social, ambiental y a la participación de las comunidades en las decisiones que las afectan, en el marco de reflexiones relacionadas con la protección efectiva de la naturaleza para lo que hay que comprender las visiones antropocéntricas, biocéntricas y ecocéntricas que existen, para saber desde cual paradigma de pensamiento y corriente histórica se va a decidir y abordar un problema jurídico como el planteado en el caso. Es una sentencia prolija que tuteló los derechos al mínimo vital y móvil, a la vida, a la seguridad alimentaria, a la participación, al trabajo y a la dignidad humana de integrantes de la Cooperativa de Pescadores de Barlovento y demás pescadores artesanales del Parque Nacional Natural Tayrona; y de la que consideramos relevantes consideraciones sobre la función ecológica de áreas protegidas como los parques naturales o lo referente al concepto de justicia ambiental, referido al tratamiento justo para todas las personas que debe haber

sin distinción de raza, color, origen nacional, cultura, educación o cualquier otra condición que pueda ser motivo de discriminación, en relación con las políticas ambientales estatales y con la participación que las comunidades deben tener en las decisiones que las rodean, se menciona la importancia de la Declaración de Río y de su principio 10 y se relaciona todo lo anterior con las garantías constitucionales que surgen de otros derechos fundamentales que se ven vulnerados por decisiones y megaproyectos impuestos injustos –al menos– desde la perspectiva ambiental.

En la sentencia C-389/16 (M.P. María Victoria Calle Correa) se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos del Código de Minas, lo que contribuyó en el análisis realizado a la comprensión a profundidad y/o desarrollo de garantías para el ejercicio del derecho a la justicia ambiental, relacionado con la participación efectiva, la autonomía, al agua y los demás que se amenazan en casos de megaproyectos que son impuestos en los territorios. En este fallo, es sustancial la referencia de contexto que se hace sobre el impacto multidimensional de la minería y la tensión que genera con la Constitución ecológica y derechos de las generaciones futuras. Es relevante la forma como se aborda el tema de la tensión entre el apoyo a concesiones a empresas privadas transnacionales y los deberes del Estado de intervenir en la regulación de la explotación de los denominados 'recursos naturales'.

Por su parte, la sentencia C-035/16 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), que estudió demanda de inconstitucionalidad contra el PND2014-2018, fue importante para recordar que los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad no son suficientes fundamentos para desconocer la autonomía territorial de los municipios, sin embargo se queda corta en desarrollar los parámetros exactos en los que deberían desenvolverse estos principios para generar garantías a entes territoriales en su ejercicio legítimo y constitucional de ordenamiento del suelo y subsuelo, sobre todo en lo que tiene que ver con el proceso de toma de decisiones de las comunidades que serían afectadas por megaproyectos inconsultos. Por otra parte esta sentencia fue más progresiva y contundente frente al imperativo de protección especial que tienen los páramos como ecosistemas protegidos, frente a actividades de extracción minera o de hidrocarburos, así mismo se refirió a la importancia del principio de precaución como herramienta efectiva de protección del ambiente en el marco de licenciamientos ambientales, ratificando además, el espíritu de la Constitución ecológica y su primacía al momento de tutelar derechos como el ambiente sano, el agua y la participación.

A modo de complemento, consideramos sustanciales sentencias como la T-704/16 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) debido a la medida hito que se impuso a la empresa Carbones del Cerrejón Limited, consistente en dejar sin efectos la resolución 0428 de 2014 de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA–, que modificó el Plan de Manejo Ambiental Integral que permitía la "Expansión de Puerto Bolívar", hasta que no se realizara la respectiva consulta previa a la co-

munidad Media Luna Dos, garantizando los derechos de participación de toda la población que pueda verse afectada. La consideramos importante en cuanto a que no se requiere ser de determinado pueblo étnico para reconocer que toda persona colombiana puede ser afectada por un megaproyecto, pero además resaltamos que estas órdenes significan un reto para todo el Estado, pues por su parte la rama judicial debe velar por el cumplimiento de este fallo y las demás entidades involucradas deben garantizar que situaciones como ésta no se repitan.

No podemos dejar de mencionar tampoco la T-154/13 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) que tuteló los derechos a la vida, salud, intimidad y ambiente sano de familia afectada por el megaproyecto carbonífero de Drummond Ltd., ratificando los graves impactos que causa la megaminería en los territorios y sus habitantes, que se agravan por las investigaciones en curso que tienen sus empresarios por presuntos nexos con grupos paramilitares.

Es relevante igualmente la sentencia SU-133/17 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) que exaltó los derechos de participación, consulta previa de impactos de autorizar cesiones mineras, libertad de oficio, trabajo, mínimo vital de quienes ejercen labores de minería tradicional en la parte alta del cerro El Burro del Resguardo Cañamomo y Lomaprieta, de Marmato, Caldas, así como la T-766/15 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) referida a los derechos a la consulta previa, territorio, diversidad étnica y participación ciudadana de todas las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas por las Resoluciones No. 180241, 0045 de 2012 y la Resolución No. 429 de 2013 –Áreas Estratégicas Mineras–.

Por último queremos mencionar la sentencia T-622/16 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en que se reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos y expone que su protección, conservación, mantenimiento y restauración estará a cargo del Estado y comunidades étnicas. Su representación se realizará por los guardianes del río.

4. Análisis jurisprudencial sobre las competencias de las entidades territoriales para prohibir la minería

A continuación revisaremos las sentencias que estudian si los municipios tienen o no competencias para prohibir la minería. Como se observará más adelante, extender a los diversos megaproyectos, las consideraciones jurisprudenciales en torno a las afectaciones de las actividades mineras y la autonomía de los muni-

cipios para prohibirlas, teniendo en cuenta las particularidades de la actividad, es uno de los principales desafíos para esta nueva Corte.

4.1 Apertura del debate concreto

La apertura al debate sobre el tema específico dentro de la Corte Constitucional se da con la sentencia C-395 de 2012 (M.P. Gabriel Mendoza) en ésta la Corporación analiza una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 37 del Código de Minas, el cual proscribía la posibilidad de que los municipios prohibieran la minería, incluso en el ejercicio de sus competencias para ordenar el uso del suelo.

Los demandantes exponen que esta disposición vulnera la autonomía reglamentaria de las entidades territoriales y los principios de coordinación y concurrencia, al no permitirle a dichas entidades participar en la regulación de actividades mineras que se desarrollen en sus territorios.

La Corte en su análisis afirma que el Congreso, en su potestad legislativa, al resolver para el caso concreto la tensión entre los principios unitario y autonómico, dio prelación al primero, en razón a los objetivos del interés público, plasmados en el mismo ordenamiento jurídico superior, que están presentes en la actividad minera; estableciendo un régimen único para la explotación de los recursos mineros, y evitando las decisiones aisladas que limiten o excluyan la explotación de unos recursos. También afirmó que la interpretación del principio de autonomía territorial con el fin de avalar la posibilidad de regulación de actividades mineras por parte de entidades territoriales, es contrario a la Constitución, pues establece la posibilidad de que:

> *(…) por la vía reglamentaria, las entidades territoriales establecieran otras condiciones, requisitos o autorizaciones para el ejercicio de la actividad minera en sus territorios, estaría en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 333 Superior, que sujeta a estricta reserva legal la fijación de requisitos para el ejercicio de cualquier actividad económica, incluida la minera.*

Lo anterior limitó la posibilidad de que los municipios regularan aspectos sustanciales atinentes a requisitos y trámites para realizar la explotación minera. Sin embargo, como después fue expuesto en la Sentencia C-123 de 2014 (M.P. Alberto Ríos), que adelante se revisará, no se examinó directamente la posibilidad de que los municipios prohibieran la minería.

La argumentación de esta sentencia refleja una posición más restrictiva de la Corte en torno al principio de autonomía, ya que afirma que en temas de minería tiene prevalencia en papel de Estado unitario. Igualmente, no hace mención a las afectaciones de las comunidades con la realización de actividades mineras y tampoco menciona el principio de participación en el marco de este debate.

4.2. Imposibilidad de establecer unilateralmente la decisión sobre el desarrollo de actividades mineras por parte del gobierno central y reconocimiento de las consecuencias sociales y ambientales de la minería

La controversia antes planteada se analiza de manera más profunda en la sentencia C -123 de 2014. En esta providencia se revisa una demanda frente al artículo 37 de Código de Minas antes expuesto. El actor argumentaba que la norma era inconstitucional porque limitaba la competencia de los municipios para que en el ejercicio de la autonomía para regular los usos del suelo, pudieran prohibir la minería.

La Corte expone que a través de las competencias para regular los usos del suelo (art 333-7 C.N) los municipios están desarrollando el derecho de participación, lo que implica *"Que sea el órgano de representación popular más cercano a los ciudadanos el que participe en la decisiones sobre los principales asuntos en la vida de la comunidad"*.

También se concentra en analizar cada uno de los impactos a que conllevan las actividades mineras en los lugares donde se realiza. En el plano social establece que la inmigración de población altera las costumbres locales, influye en la deserción escolar de jóvenes que se insertan a trabajar en minería, también aumenta la drogadicción, la prostitución, la violencia sexual, las enfermedades de transmisión sexual y el madresolterismo no deseado.

En el plano económico la Corte expone que las actividades pecuarias y agrícolas cambian a actividades mineras. Los municipios se ven llamados a comprar sus productos en otros municipios afectando su soberanía y seguridad alimentaria. Igualmente debido al aumento de la población y la demanda de servicios que no pueden ser satisfechos, también se encarece el costo de vida, y además, se causa una afectación en la forma como se planea el desarrollo territorial del municipio.

Respecto a las afectaciones al medio ambiente, dado que se requiere utilizar gran cantidad de agua, podrían afectarse las fuentes de donde la población sustenta la necesidad del acceso al agua para la vida. El agua utilizada también necesita un lugar donde verterse, por lo que será necesario que se disponga de la infraestructura adecuada para generar las medidas de control y manejo adecuado de este bien común fundamental.

Teniendo en cuenta los efectos que trae consigo la minería y la importancia del principio de la autonomía territorial para garantizar la participación de los habitantes de municipios y distritos en las decisiones que les afectan, la Corte afirma que:

> *(…) la imposibilidad de excluir zonas del territorio municipal de la exploración y explotación minera, priva a las autoridades locales de la posibilidad de decidir sobre la realización o no de una actividad que tiene gran impacto en muy distintos aspectos, todos ellos principales, de la vida de sus habitantes y, en consecuencia, no es una limitación que pueda considerarse como accesoria o irrelevante para la competencia de reglamentación de los usos del suelo en el territorio municipal o distrital (…).*

La Corte encuentra que la disposición, al excluir de manera absoluta a las entidades territoriales en las decisiones que tome el gobierno a la hora de regular la exploración y explotación de recursos naturales, vacía completamente las competencias que tienen las entidades territoriales para regular los usos del suelo, desconociendo los principios de concurrencia y coordinación. Lo que la llevaría a concluir que en principio ese artículo es inconstitucional.

Sin embargo en virtud del principio de conservación del derecho la Corte argumenta que no es necesario excluir la norma del ordenamiento jurídico toda vez que los alcances de la misma se pueden modular. La Corte decide entonces, que los procesos que desde el orden central se adelanten para el desarrollo de actividades mineras, deben garantizar una participación razonable, efectiva y eficaz de los municipios y distritos en el proceso de decisión sobre si se permite o no, la actividad de exploración o de explotación minera en su territorio. Para la Corte:

> *(…) Esto implica que la opinión de éstos, expresada a través de sus órganos de representación, sea valorada adecuadamente y tenga una influencia apreciable en la toma de esta decisión, sobre todo en aspectos axiales a la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades (…).*

Sin embargo, es sorprendente que a pesar de darle este amplio alcance al derecho de participación a los municipios y distritos en el desarrollo de la sentencia, en la decisión final la Corte es regresiva y limita el derecho a la participación efectiva al resolver:

> *Declarar* **EXEQUIBLE** *el artículo 37 de la Ley 685 de 2001, en el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política.*

Como vemos, la participación en la decisión es restringida y se limita al "acuerdo" con las autoridades territoriales sobre la medidas necesarias para proteger unos elementos específicos del ambiente. El debate entonces seguía abierto.

Cabe destacar dos salvamentos de voto que estuvieron en desacuerdo con lo analizado en la sentencia. Para los magistrados Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, se debió haber analizado *"si el legislador había desconocido el núcleo esencial de una garantía institucional, como lo es la autonomía con que cuentan los municipios para reglamentar los usos del suelo."* Consideran que en el fallo no se tuvo en cuenta la realidad de los municipios en Colombia. El debate debió trascender la distribución de competencias para ser enfocado desde la mirada de la garantía del principio democrático. Además, debió quedar expreso que en los casos que *"resulten incompatibles el desarrollo de la política de exploración y explotación minera y los usos agrícolas del territorio, las autoridades mineras deberán dar aplicación al criterio de prevalencia previsto en el artículo 65 constitucional."*

Por su parte los magistrados María Victoria Calle Correa y Luis Ernesto Vargas Silva en sus salvamentos expresaron que la norma es inconstitucional pues desconoce:

> *(i) La participación que compete a las entidades territoriales… (ii) La autonomía de las entidades territoriales, el modelo constitucional de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, basado en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad…(iii) Las competencias para regular usos del suelo y expedir normas orientadas a la defensa del patrimonio ecológico y cultural que la Constitución atribuye de manera directa a los municipios... (iv) Los mandatos constitucionales que ordenan otorgar especial protección a la producción de alimentos, proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica…*

Esta providencia da un gran paso al reconocer que, dadas las afectaciones ambientales que trae consigo la minería y de conformidad con el principio de participación, no se pueden excluir a las entidades territoriales de las decisiones que al respecto tome el orden central. Sin embargo, es preocupante que en su desarrollo argumentativo realice una exposición amplia de cómo debe garantizarse la participación de las entidades del orden territorial frente a decisiones del orden central, mientras que en el resuelve del fallo la restringe de una manera arbitraria sin justificación alguna. Esta sentencia tampoco ahonda en la forma como se garantizará la participación de las comunidades más allá de la esfera de la entidad territorial.

4.3. Mecanismo de concertación entre autoridades del orden central y del orden municipal

La tensión entre los principios antes mencionados vuelve a ser objeto de debate con la sentencia C-035 de 2016 (M.P. Gloria Estela Díaz). En esta oportunidad se demandaron entre otros los artículos 108 de la Ley 1450 de 2011 y 20 de la Ley

1753 de 2015. Según los actores los artículos implican una priorización absoluta la actividad minera sobre otro tipo de principios y actividades también protegidos constitucionalmente. Exponen, además, que la creación y ampliación de las áreas de reserva minera desconocen los principios de autonomía territorial, coordinación, concurrencia y subsidiariedad e impiden a los municipios regular los usos del suelo y ordenar el territorio; violando el principio de democracia representativa y participativa y el derecho político a una representación efectiva, al medio ambiente sano y desconoce el concepto de desarrollo sostenible.

En el análisis de esta demanda, la Corte se remite a los análisis de la sentencia anteriormente expuesta en lo atinente a las afectaciones que trae la minería para las entidades territoriales y establece que ninguna autoridad del orden nacional puede adoptar unilateralmente decisiones en materia minera que excluyan la participación de quienes, en el ámbito local, reciben de manera directa los impactos de esa actividad. Se puede llegar a concluir que esta sentencia amplía la participación de las entidades territoriales y ciudadanos a todas las decisiones relacionadas con la minería, que puedan llegar a tener consecuencias en el ámbito local.

Puesto que la norma demandada implica una decisión unilateral en torno a temas mineros, plantea para casos como éstos, la existencia de un mecanismo de coordinación entre la Autoridad Nacional y las autoridades municipales, pues de no ser así "no habría garantía suficiente de que el ejercicio de la competencia en cabeza de la Nación no impida el ejercicio de las competencias y facultades otorgadas constitucionalmente a las autoridades municipales, quienes se encuentran más cerca del ciudadano". Expone además que:

> *"Tales instrumentos de coordinación deben estar concertados conforme al principio de descentralización, con reconocimiento de la autonomía de los municipios, y deben obedecer a los criterios de coordinación, concurrencia, gradación normativa y garantizar la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan*".

En esta sentencia se habla de participación ciudadana y la importancia que ésta tiene para los que en el ámbito local reciben las afectaciones de la minería. Sin embargo no desarrolla el derecho.

La existencia de un mecanismo de coordinación es una propuesta que apareja múltiples interrogantes, como lo expresaron los magistrados María Victoria Calle y Jorge Iván Palacio *"La ausencia de precisión de la Corte en cuanto a la naturaleza del mecanismo al que condiciona la validez de la norma objeto de control amenaza la garantía institucional de la autonomía y del derecho de participación ciudadana*". Así las cosas, el mecanismo podría convertirse en mero requisito formal que se debe surtir para realizar actividades mineras, sin que de fondo haya incidencia de lo que las comunidades y el ente territorial, que se supone debería representar sus

intereses, opinen. También es preocupante la asimetría de poderes evidente que hay entre el orden central y los miembros del orden territorial, puesto que muchos de los recursos del orden territorial provienen del orden central, y el gobierno central cuenta con la capacidad técnica y científica de sus entidades para fundamentar una posición, en contraposición a los limitados recursos de los municipios, muchos de los cuales han estado históricamente abandonados por el Estado.

En el mismo sentido Alberto Rojas Ríos plantea el interrogante sobre lo que podría pasar si no se logra la concertación. Explica que, dado que se le permitió al gobierno la declaración de las áreas por medio de acto administrativo, lo más probable es que se realice la actividad, así los municipios no quieran. Esto implica que sí elimina la competencia de las entidades territoriales para establecer las reglas de ordenamiento y uso de suelo.

Por otra parte, en una posición contraria a la que tenían los magistrados anteriores, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo exponen que de la sentencia no se puede establecer que *"existe un poder de veto de las autoridades locales sobre el uso del subsuelo, ni sobre la posibilidad de explotación de los recursos naturales no renovables"*; para ellos la alternativa nunca fue discutida y además sería inconstitucional.

4.4 Inexequibilidad del artículo 37 del Código de Minas. Posibilidad legal de prohibir la minería

Este mismo año fue expedida la sentencia C-273 de 2016 (M.P. Gloria Estela Díaz), mediante la cual se declaró **inexequible** el artículo 37 del Código de Minas, que limitaba las competencias de los municipios para que incluso en el ejercicio de su competencia de regular el POT prohibieran la minería. La decisión de la Corte se fundó en que la disposición debió expedirse a través de una Ley Orgánica, pues afectaba directa y definitivamente la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios, regulando la distribución de competencias entre las entidades territoriales y la Nación. Además, era un tema de relevancia constitucional porque afectaba dos principios fundantes del Estado: El Estado unitario y la Autonomía territorial.

En esta sentencia se resalta la relevancia de la discusión sobre la pugna entre los principios antes mencionados, pero no se examina de fondo el contenido de la disposición. Por eso, aunque se constituyó como una decisión progresiva que abrió la posibilidad a que los municipios empezaran a prohibir la minería, también es un tanto peligrosa, pues se corre el riesgo de que por medio de una Ley Orgánica se establezca que los municipios no pueden prohibir la minería.

4.5. La prohibición de la minería puede ser objeto de consulta popular, pues los municipios tienen competencia para realizar dicha prohibición

Finalmente, en la más reciente decisión respecto a los principios en tensión, la sentencia T-445 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en la que se conoce sobre el proceso de consulta popular en el municipio de Pijao, se establece que en el ejercicio de la participación efectiva y eficaz, reconocida en la sentencia C-123 de 2014, los municipios, en el ejercicio de la competencia que tienen para regular los usos del suelo y proteger el ambiente sano, pueden incluso llegar a oponerse a la exploración y explotación de recursos naturales. Además, establece que "una consulta popular que trate sobre este tipo de decisiones, está claramente dentro del ámbito de competencias del municipio".

La decisión se funda en tres ejes. El primero hace referencia a que en el marco de la realización de actividades mineras en el territorio nacional como se reconoció en la parte motiva de la sentencia C-123 de 2014, *"debe garantizarse un grado de participación y esta además debe ser activa y eficaz, lo cual puede llevar incluso a la manifestación de voluntad por parte del ente territorial de oponerse a la actividad minera"*.

El Ponente expone que para garantizar la justicia social y ambiental, que se puede ver menoscabada por la idea de desarrollo, debe haber el *"mayor nivel posible [de] participación de los afectados, bien sea que estos tengan una ancestral forma de interrelacionarse con su entorno (pueblos indígenas o tribales) o solo sean sujetos vulnerables que puedan verse afectados por una intervención económica a gran escala"*.

Con esta sentencia la participación adquiere otro matiz, el cual está más relacionado con las comunidades que se ven afectadas, que con la pugna de los principios de Estado unitario y Autonomía territorial. La consulta popular entonces toma gran relevancia pues permite a la comunidad manifestarse sobre el tema específico que podría afectarla y decidir.

En segundo lugar, la sentencia hace un análisis profundo sobre los diferentes impactos territoriales de la minería. Además de reiterar lo dispuesto en la C-123 de 2014, resalta el riesgo que genera la actividad minera para la seguridad alimentaria. Expone que afecta el orden público en el municipio, lo que conlleva a afectar las condiciones de vida y seguridad de los habitantes. También afecta las otras industrias productivas del territorio, lo que tiene incidencia en la vida económica de la región y la subsistencia de sus habitantes. Por último reconoce, que *"la minería tiene potencialidad de afectar el medio ambiente de los municipios receptores a los cuales llega"*.

En la sentencia se afirma que los impactos de la minería en cuanto a la seguridad alimentaria de los campesinos *"ha tenido mayores impactos que el conflicto armado"*.

En tercer lugar la Corte refuerza su posición expresando que conforme:

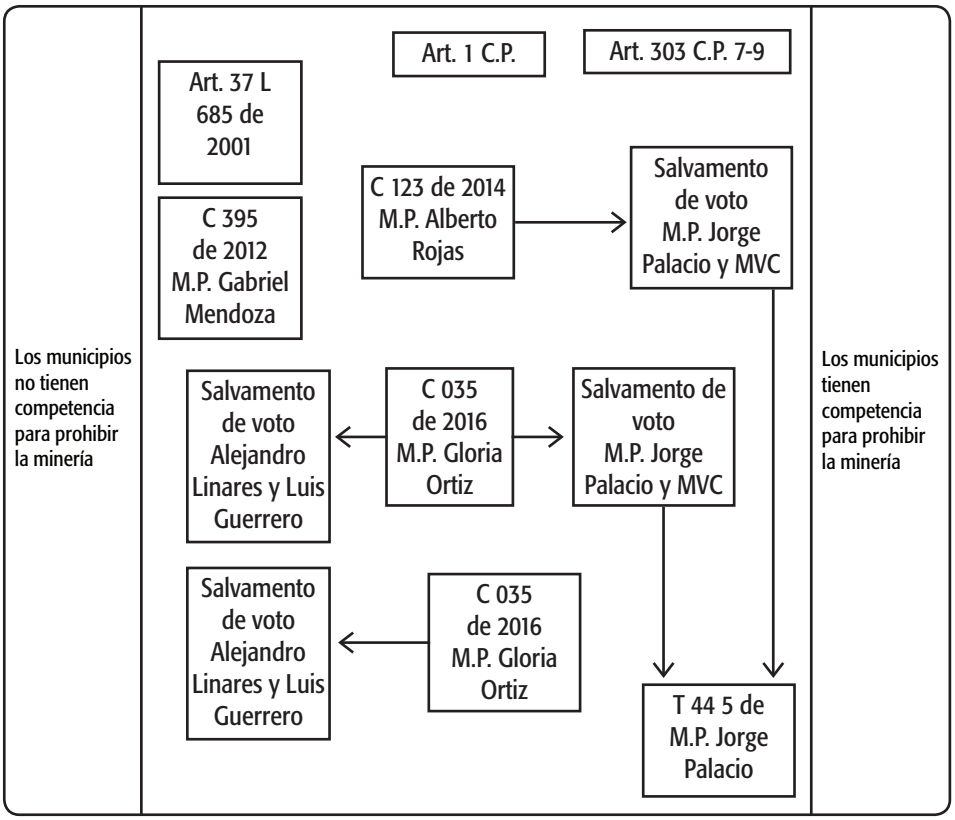
> *"(…) al diseño constitucional la propiedad de los recursos naturales no renovables está en cabeza del Estado, definición que incluye a los municipios, razón por la cual su opinión debe ser adecuadamente escuchada a la hora de definir si éstos deben o no ser explotados. (…)".*

De esta manera afirma que también los municipios tienen facultades para regular aspectos de exploración y explotación que recaigan sobre recursos naturales, más en el ejercicio de la competencia que les da la constitución para regular los usos del suelo y proteger el ambiente.

La sentencia representa un hito en la materia, pues expresamente en la parte resolutiva expone la regla de decisión, afirmando que los municipios sí tienen competencia para prohibir la minería.

Los magistrados Alejandro Linares y Luis Guillermo Guerrero Pérez, igual que en la sentencia anterior, salvaron su voto.

A continuación una representación gráfica del análisis previo.



5. Influencia de los fallos en la materialización de los derechos a la autonomía, al agua, a la justicia ambiental y a la participación efectiva y en la exigibilidad de los derechos por parte de las comunidades

La jurisprudencia que hemos revisado anteriormente ha tratado debates que son de amplio interés por parte de comunidades afectadas por megaproyectos, pero en particular del Movimiento Social y Ambiental emergente que ha visto en la progresividad de pronunciamientos de la Corte Constitucional, una herramienta más de justicia que permite fortalecer los argumentos de defensa y protección de los territorios en distintos procesos organizativos de resistencia comunitaria.

Los fallos en sí mismos, no materializan los derechos que se tutelan con las órdenes que se dan al Estado y a las empresas extractivas; lamentablemente existen muchas sentencias que se incumplen y que no cuentan con un riguroso seguimiento que permita verificar hasta qué punto sí se están garantizando o no, derechos como el agua, la autonomía, la justicia ambiental o la participación efectiva de comunidades afectadas. Por otra parte, sí existen procesos organizativos a nivel local, regional y nacional que además de haber activado una serie de rutas y mecanismos jurídicos para llegar a la Corte, hacen esta labor de seguimiento de manera directa e individual, o colectivamente con el apoyo de organizaciones no gubernamentales y con la solidaridad de otras comunidades afectadas. Así, se construye en el territorio el principio de justicia ambiental, a partir de la realidad que se vive en cada contexto que alberga algún megaproyecto extractivo.

A pesar de lo anterior, encontramos que el análisis progresivo que se realiza en cada sentencia que hemos tomado de referencia, sí es significativo para la vigencia de los derechos de comunidades afectadas, que se encuentran en una asimetría de poder frente al Estado y empresas extractivas. Tal asimetría se evidencia, por ejemplo, con la difícil comprensión para las personas que no tienen un gran conocimiento técnico jurídico sobre la actividad que se va a realizar, que representa el argot jurídico de los funcionarios estatales. Pero también es evidente en la forma como logran el estado y las empresas posicionar y legitimar en la opinión pública ideas como la 'minería responsable', 'la energía limpia y renovable' o 'la explotación sostenible de recursos' mientras que las comunidades en lugares apartados, sin el reconocimiento mediático de sus problemas, quedan en el olvido.

Las sentencias de la Corte contribuyen a superar esta asimetría porque sus sentencias usan términos jurídicos, que se fundan en derechos fundamentales, hacen más fácil que a través de procesos pedagógicos se pueda fortalecer la comunidad y defender jurídicamente sus derechos. Sin embargo hace falta por parte de la corporación un mayor acercamiento a los lenguajes comunitarios; podría, por ejemplo, ordenar la traducción de la sentencia a la lengua del pueblo o comunidad que va proteger.

Por otro lado, que un caso llegue a la corte y sea estudiado ayuda a posicionar un tema y unos actores determinados en el escenario mediático. Colaborando así en la visibilización social del problema, lo que a la vez nutre los movimientos sociales, empodera y cohesiona las resistencias locales.

En ese sentido se una relación circular, porque estos movimientos a la vez continúan con la exigibilidad de derechos, lo que da pie a la existencia de nuevos precedentes jurisprudenciales de la Corte. Podemos identificar una relación de reciprocidad entre la labor de un magistrado o magistrada y la de resistencia de las comunidades que movilizan el aparato jurisdiccional para tutelar sus derechos.

Por otra parte, frente al debate de autonomía territorial y Estado unitario, de acuerdo con el análisis hecho por Laura Santacoloma Méndez y Rodrigo Negrete:

> *"El gobierno nacional desconoce la facultad constitucional con que cuentan los municipios de reglamentar los usos del suelo y la defensa de su patrimonio ecológico con fundamento en lo cual pueden adoptar las medidas necesarias que les permitan cumplir con dicho mandato constitucional. Lo anterior, ha incidido en la ocurrencia de los conflictos ambientales, culturales, económicos y desconoce los intereses del núcleo esencial del Estado, que en el caso colombiano es el municipio."* (Negrete & Santacoloma , 2014).

La tendencia que quiere imponer el Estado en esta materia, es profundizar la centralización de funciones y decisiones relacionadas con el ordenamiento territorial y con el desarrollo económico y priorización de acciones a tomar en territorios, que en principio competen al ámbito local; así lo establece la constitución en el artículo 313 y es allí donde se dan las afectaciones.

Así las cosas, la excesiva centralización que anuncian, implementarán los sectores estatales y privados encargados de promover la minería, los hidrocarburos o las hidroeléctricas, es y será un factor desencadenador del escalamiento de conflictos sociales y ambientales, que ya estamos viviendo. Así mismo se convierte en una amenaza directa contra la vida de líderes y lideresas ambientales que han encontrado, por ejemplo, por la vía de las consultas populares, una forma de exigir participación directa en estos temas que finalmente afectan sus vidas. Por ello, en

ese tema encontramos que en menos de cuatro (4) años ya existen veintiún (21) sentencias proferidas por Tribunales Administrativos del país, que han estudiado la constitucionalidad de distintas preguntas, dentro de las que encontramos quince (15) que declaran la constitucionalidad de las preguntas de Piedras, Cajamarca e Ibagué en Tolima; Tauramena y Monterrey en Casanare; Cumaral y Granada en Meta; Arbeláez, Cabrera y Pasca en Cundinamarca; Pijao y Córdoba en Quindío; Sucre, El Peñón y Jesús María en Santander y seis (6) que declaran la inconstitucionalidad, en el Departamento de Santander y los municipios de: Pijao en Quindío, Gachantivá en Boyacá, Oporapa en Huila y Pueblo Rico, Antioquia en dos oportunidades.

Con sus fallos la Corte da pie a que los procesos organizativos locales que buscan oponerse a la minería por la vía de las consultas populares, tengan un respaldo jurídico. Esto implica que las personas que se ven o podrían verse afectadas por megaproyectos mineros o de impactos similares, como los de hidrocarburos o hidroeléctricas, tienen abierta la posibilidad de decidir el futuro de sus territorios, para que éste no sea impuesto desde el orden nacional, sin tener en cuenta los impactos que traen en las comunidades y las necesidades de la población.

6. La Corte renovada: Desafíos para los magistrados y para las comunidades

El cambio de Corte representa grandes desafíos para los magistrados y para las comunidades. En el primer caso, los fallos que consideramos progresivos tuvieron una marcada influencia de los magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva, quienes tuvieron posturas que anteponían la protección del ambiente a los intereses económicos. La salida de estos magistrados, hace más fuertes las posturas de los magistrados opositores Alejandro Linares y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quienes públicamente han manifestado su inconformidad con el sentido de los fallos.

Con los nuevos magistrados se conformará una nueva Corte que tendrá que respetar los precedentes que se fueron forjando, aunque con disidencias, de manera consensuada por la mayoría de la Corte y que se constituyen en herramientas para el ejercicio de los derechos de las comunidades. El desafío para la nueva Corte consiste en que a pesar de que puedan existir posturas encontradas, se debe respetar la consolidación jurídica efectuada por los anteriores magistrados en virtud de los principios de seguridad jurídica, progresividad y no regresividad.

Frente a temas concretos analizados en este documento, será necesario que, al igual que se hizo respecto de las actividades mineras, se revisen los impactos locales de otros megaproyectos, como los de extracción de hidrocarburos y las hidroeléctricas; así mismo, profundizar en el contenido de la participación ambiental y el derecho al agua en estos contextos. También se hace imperioso, como se mencionó en el acápite anterior, acercar el lenguaje jurídico de la sentencias a la comprensión de las comunidades.

Para las comunidades los desafíos consisten en fortalecer la afinidad jurídica para defender los precedentes que se han constituido en instrumentos para poder decidir sobre las decisiones que las afectan y en mantener una cohesión social y movilización social en torno a los problemas que las aquejan, para así ejercer presión social y que de esta manera sean conocidas y analizadas sus demandas en clave de derechos.

Las comunidades tienen el reto de desarrollar y fortalecer su autodeterminación para seguir incidiendo en el ordenamiento territorial ambiental de sus territorios, a través de una amplia gama de acciones de movilización y de exigibilidad jurídica que les permita materializar sus posiciones políticas. Para ello pueden hacer uso tanto del marco jurídico aplicable, como los precedentes jurisprudenciales.

La Corte Constitucional ha jugado y jugará un rol preponderante para garantizar los derechos a las comunidades que se ven afectadas por proyectos extractivos y exigen sus derechos. Sus decisiones se constituyen en puntos de partida para reclamaciones con las cuales se buscan materializar una serie de demandas sociales, que proliferan por la carencia una política pública minero-energética que tenga en cuenta los efectos ambientales y sociales de los proyectos, y la importancia de una participación con incidencia real de las comunidades en los asuntos que las afectan.

Referencias

Cabrera , L., & Galindo , C. (2017). Junticiabilidad en derechos humanos. Estudio de casos sobre acciones públicas. . Bogotá : Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo.

Federación Internacional de los Derechos Humanos -FIDH. (2011). Empresas y violaciones a los derechos humanos. Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG. París.

Göbel , B., & Ulloa, A. (2014). Extractivismo minero en Colombia y América Latina. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia e Ibero-Amerikanisches Institut-Berlin.

Martín, O. (2007). Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en derecho internacional. España: Centre of Human Rights in conflict university of east London Reino Unido.

Negrete, R., & Santacoloma , L. (2014). Licencias ambientales: entre el deterioro grave y el daño ambiental. En Minería en Colombia: Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo. Bogotá: Contraloria Geneal de la República.

Teitelbaum, A. (2007). ociedades transnacionales y derechos humanos. Bogotá: CAJAR, ILSA y OCMAL;.

Sentencia T-523 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-194 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-979 de 2006, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia T-903 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-305 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-547 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia T-601 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia T-312 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-395 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia T-652 de 2013, Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-154 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia T-028 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia T-294 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-123 de 2014, M.P Alberto Rojas Ríos.

Sentencia T-256 de 2015, M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

Sentencia T-766 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sentencia T-155 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-606 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-035 de 2016, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencia C-389, de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-035 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sentencia T-704 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-622 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-273 de 2016, M.P. Gloria Estela Díaz.

Sentencia T-445 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia SU-133 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

El ambiente como tarea administrativa: un análisis desde la organización territorial del Estado colombiano y las competencias municipales para la regulación de los usos del suelo y la protección y defensa de los derechos ambientales

Diana Carolina Sánchez Zapata[1]

1. Especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho. Profesora, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Coordinadora del Semillero de Investigación en Estudios sobre Minería. Investigadora adscrita al Grupo de Investigación Derecho y Sociedad.

Resumen

Los fines sociales del Estado, plasmados en la Constitución de 1991, imponen a los poderes públicos nuevas y mayores responsabilidades. En el desarrollo de las transformaciones inherentes a la función administrativa del Estado y a la organización político administrativa, la garantía y protección del medio ambiente se presenta como una tarea en la que es posible evidenciar la incidencia de la cláusula del Estado Social de Derecho en la configuración del modelo territorial colombiano, a partir de la asignación de competencias a los entes municipales para la regulación de los usos del suelo y la protección y defensa del patrimonio ecológico. En este contexto, es importante destacar los papeles que asumen la Administración y el Juez como responsables de concretar y consolidar los fines sociales y dentro de éstos, aquéllos que tienen relación con la tutela efectiva del ambiente y de los derechos inherentes a la naturaleza.

Palabras Clave: Descentralización territorial, autonomía, ordenamiento territorial del Estado, reparto de competencias, participación, minería, democracia local, Constitución Política de 1991, protección y defensa del ambiente.

1. Introducción

Las decisiones de carácter constitucional constituyen normas estructurales (Schmidt-Assman, 2003: 51) en cuanto determinan los procesos de toma de decisiones fundamentales de los poderes públicos y ofrecen pautas de conducta para la actuación administrativa desde el contenido teleológico del Estado. La cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho condiciona una organización territorial en la que se manifiesta un fortalecimiento de la institución municipal a partir de su consideración como entidad fundamental del Estado, y el reconocimiento de la autonomía territorial (artículos 1°, 311, 286 y 287 C.P), configuración político administrativa que no es fortuita, y que en cambio, se corresponde con la intención del constituyente de propiciar mayores y mejores oportunidades a los entes territoriales para concretar el Estado Social. Uno de los ámbitos en los que se consolida el Estado social tiene que ver con el reconocimiento del derecho al ambiente sano como derecho fundamental y con la protección constitucional de los recursos naturales, la biodiversidad y el patrimonio ecológico. En este escenario, es importante señalar que el papel de la administración pública se ha dinamizado a partir del reconocimiento de la responsabilidad que le asiste con respecto a la garantía de los derechos de las generaciones presentes y futuras, lo que demanda de esta, acciones puntuales en cuanto a la planificación del territorio y de los recursos. A su vez, es relevante el rol del juez, y en particular del juez constitucional, como garante del orden constitucional y promotor de estándares de justicia social ambiental.

Este texto se propone describir, desde el plano constitucional y de la organización político administrativa, cómo el modelo territorial del Estado encuentra un fundamento especial en las finalidades sociales del mismo, de tal modo que, al estar los municipios por disposición constitucional, dotados de una cláusula general de competencia, se convierten en sujetos garantes y responsables de la protección constitucional de los derechos de los habitantes de sus respectivos territorios, y de los recursos naturales como parte de los fines estatales.

En este sentido, la incorporación de la autonomía territorial y la profundización en la descentralización que se propuso la Carta Política tuvo como elemento transversal el hecho de convertir a los entes municipales en los principales gestores administrativos directos de bien público, del interés general en sus territorios, entendiendo

que es precisamente la generalidad de funciones atribuidas por la Constitución a los municipios que determina un objeto de acción múltiple en el cumplimiento de los cometidos estatales, lo que justifica que la base de legitimidad de su accionar sea una legitimidad democrática propia, que proviene del concepto de interés público local.

El artículo desarrolla los conceptos de autonomía territorial y de descentralización como principios organizativos del Estado que contribuyen a la garantía y protección del ambiente en la medida en que posibilitan que los entes territoriales ostenten competencias o potestades propias para la defensa, protección y conservación del patrimonio ecológico y cultural de los territorios (artículos 313 N°9 y 300 N°2) y para la regulación de los usos del suelo (artículo 313 N°7).

La tensión entre diferentes intereses sobre el territorio, como por ejemplo los objetivos o propósitos de conservación y protección ambiental, en contraposición con los intereses económicos de explotación minera, constituyen ámbitos en los que se hacen permanentemente evidentes las confrontaciones competenciales, entre la nación y las entidades territoriales. En efecto, asuntos hoy tan cruciales para el desarrollo del país y de sus regiones como la actividad minera sitúan en el eje del debate aspectos como la dinamicidad de las fuentes en el Derecho Administrativo, y la necesidad de comprender la manera como se ejercen de manera exclusiva, de manera coordinada, subsidiaria o compartida las competencias territoriales. Escenarios como la regulación del uso del suelo; la protección, preservación y defensa del medio ambiente y del patrimonio ecológico; la definición de proyectos de interés social nacional estratégico; las decisiones frente a la explotación de recursos naturales, todo ello, además, en el marco de un proceso de implementación de los acuerdos de paz, por ejemplo, representan espacios en los que es un lugar común discutir en torno a criterios para la delimitación de competencias entre los entes territoriales, y dan cuenta de lo incomprensible que sigue siendo para el Estado, para sus autoridades y para la misma ciudadanía, la estructura estatal y el paradigma de un Estado que siendo unitario es además, descentralizado y reconoce la autonomía de sus entidades territoriales.

El desarrollo de los objetivos propuestos para este texto requerirá en primer lugar del análisis de la organización territorial del Estado colombiano actual, mediante un recorrido de su configuración constitucional y normativa, en el que se subraya, y de una manera especial, la incorporación de la autonomía territorial como una categoría que sin duda alguna pretendió imprimir una nueva lógica a las relaciones administrativas entre el nivel central de la administración y los diferentes niveles territoriales. En este análisis, se presentará un balance del papel desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del estudio de temáticas concernientes a la distribución de competencias entre el poder central y las entidades territoriales. Asimismo, se efectuará un análisis de la constituciona-

lización del derecho administrativo en asuntos relacionados con la administración pública territorial; en una segunda parte, se resalta el tema del ambiente como tarea administrativa en la medida en que compromete la responsabilidad de las administraciones públicas territoriales, que legitima y fundamenta sus competencias en materia de ordenamiento del territorio para la reglamentación de los usos del suelo, atribuciones que en relación con actividades mineras o extractivas adquieren un fortalecimiento a partir del desarrollo jurisprudencial. Este análisis estará dirigido a evidenciar que persisten desafíos y complejidades en el tema y que el papel de la Corte Constitucional ha sido fundamental de cara a la protección de los derechos ambientales como parte de las finalidades estatales.

1. Características de la organización del territorio en la Constitución Política de 1991. Una mirada desde la constitucionalización del Derecho Administrativo

En la Constitución de 1991 no se concreta un modelo específico de Estado, si se adhiere la tesis de que las formas de Estado como categorías típicas del lenguaje académico, esto es, como tipos ideales, o paradigmas explicativos de la manera de "ser" de determinada organización política, no se presentan en la realidad de forma acabada o pura, porque no es posible hablar de un Estado estrictamente unitario o federal (Girón, 2007) & (Revenga, 2007). Por ello, la comprensión de la estructura territorial colombiana debe efectuarse tras considerar los múltiples aspectos y características que la configuran y que vale la pena reseñar para los efectos precisos de este texto.

En efecto, a partir del artículo 1º de la Constitución se definió a Colombia como una república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales. Con esta fórmula el constituyente le apostó a una descentralización territorial pero sin renunciar a la forma de Estado unitario que se había consolidado desde 1886, esto es, sin renunciar a la centralización política cuya manifestación más clara es la concentración exclusiva de la función legislativa en el nivel central de gobierno (Constitución Política, artículos 150, y 150-10).

Adicional al artículo 1º, la Constitución de 1991, dedicó el Título XI a la organización territorial. De este título se destacan elementos fundamentales para la comprensión de la estructura territorial de Estado Colombiano:

i) Se define una división general del territorio en departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas, y se reconoce la posibilidad de creación legal como entidades territoriales de las regiones y provincias (Artículo 286). A su turno, el artículo 326 establece las condiciones para la incorporación de nuevos municipios al Distrito Capital. El artículo 329 señala que la conformación de entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. A su vez, se establece que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. Los artículos 306 y 307 definen además, las condiciones generales para la conformación de las regiones administrativas y de planificación y para la posterior conversión de estas en entidades territoriales

ii) Se reitera el reconocimiento ya realizado en el artículo 1° de la autonomía de las entidades territoriales (Artículo 287).

iii) Se reconocen los derechos a las entidades territoriales: a) Gobernarse por autoridades propias, b) Ejercer las competencias que les correspondan; c) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y d). Participar en las rentas nacionales (Artículo 287).

iv) La Ley Orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales (Artículo 288).

v) Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley (Artículo 288).

vi) Aunado al reconocimiento constitucional que efectúa la Constitución Política de las Entidades territoriales que conforman la República, los Capítulos 2, 3, y 4 de este Título, establecen los aspectos centrales del régimen de los departamentos, los municipios y los distritos, respectivamente. Así, con respecto a los departamentos se destaca su función frente a la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio y el reconocimiento de funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes (Artículo 298). Se definen sus principales autoridades: Gobernador y Asamblea (Artículos 299 y 303).

Con relación al municipio, se destaca su reconocimiento como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, a quien *"(…) le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación*

comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes" (Artículo 311). Se establecen las principales autoridades locales en los alcaldes y concejos.

En cuanto a los distritos, los artículos 322 y 323, además de reconocer el carácter especial de Bogotá como distrito capital, fijan los elementos fundamentales para la comprensión y posterior definición legal de su régimen especial.

No obstante la definición expresa de todos los aspectos que acaban de mencionarse, la configuración territorial colombiana no ha sido nada simple. Por el contrario, la indefinición histórica de muchos aspectos ha sido la causa estructural de múltiples conflictos que hoy persisten y de nuevos que parecen hoy acentuarse bajo el auspicio del modelo de desarrollo predominante y el fortalecimiento de intereses económicos centrales a través de los cuales se han venido privilegiando actividades económicas como la minería o el desarrollo de macroproyectos nacionales, de Proyectos de Interés Nacional Estratégico[2], aún por encima de intereses locales, municipales y regionales, y en algunos casos, pese a la existencia de una cláusula especial de protección como es la que se reconoce para el caso de los territorios colectivos de comunidades indígenas o de las tierras de las comunidades negras.

La omisión de un debate jurídico-político efectivo sobre el balance y equilibro de competencias entre niveles territoriales a lo largo de este cuarto de siglo, ha permitido que en cambio, decisiones trascendentales sobre el territorio y sobre sus habitantes hayan sido el resultado de la consolidación de enfoques o visiones de la planeación del espacio físico exclusivamente técnicas. No se quiere con esta afirmación desconocer la importancia de estos conocimientos técnicos aplicados sobre el territorio, como tampoco afirmar que éstos en algunos casos no hayan avanzado considerablemente hacia perspectivas en las que se reconoce la importancia del espacio socialmente construido por los habitantes, como sucede, por ejemplo, con las perspectivas contemporáneas de la planeación para el desarrollo del territorio[3]. Se quiere en cambio, proponer su insuficiencia cuando carecen de debates profundos o descontextualizados de los componentes culturales, políticos, sociales y económicos necesarios para una concepción del territorio en la que no se fragmente el espacio físico de su construcción sociocultural.

2. Es el caso de las Leyes 1450 de 2011 y 1753 de 2015, por las cuales se han aprobado los planes de desarrollo de los últimos periodos.
3. Consideraciones y estudios más renovados sobre el tema pueden leerse en Colombia en Gutiérrez, A. & Sánchez, L. (2009). Así mismo, no pueden desconocerse los estudios que desde una perspectiva de los derechos se han enfocado a destacar la importancia para los estudios urbanos y territoriales del derecho a la ciudad cuya primera elaboración conceptual se debe al francés Henri Lefebvre. En Colombia, estos análisis se pueden leer en autores como Montoya, (2008).

Estos enfoques se comienzan a desarrollar en Colombia a partir de la década del 70 del siglo pasado, bajo el impulso de normas promovidas por el Departamento Nacional de Planeación y la intención de desarrollar una política territorial de Estado orientada a la planeación urbana. Autores como Borja (1998), reconocen que estas iniciativas en Colombia, *"abrieron paso a un concepto funcional de ordenamiento territorial basado en el ejercicio especializado de técnicas administrativas, como parte de los esfuerzos de planificación oficiales en los procesos de ocupación y uso del territorio"* (p.19). En igual sentido, Liliana Estupiñán, en sus estudios sobre organización del territorio (2004), afirma que en Colombia han coexistido diversas conceptualizaciones y tendencias sobre la organización del territorio, las cuales clasifica como perspectivas macro y micro del tema. La visión macro está definida en razón de su vinculación con la relación Estado, poder y territorio, y se materializa en el reconocimiento y consolidación de las unidades político administrativas a través de las cuales se efectúa la división política y territorial del Estado (p. 93). Esta visión macro se encuentra reflejada en las normas constitucionales que definen de forma general la forma de Estado y las competencias de las entidades y autoridades territoriales, es decir, las normas constitucionales que al respecto han sido reseñadas en este artículo. La otra perspectiva o tendencia, denominada por esta autora como micro coincide con el llamado enfoque funcionalista al que se refiere Borja, caracterizado por la formulación de instrumentos de planeación para el desarrollo territorial cuyo desarrollo en Colombia se fortalece a partir de la expedición de la Ley 388 de 1997 (p. 94).

En suma, desde la expedición de esta norma la preocupación del ordenamiento territorial se concentró en los esfuerzos locales por expedir planes o esquemas de ordenamiento territorial, la mayoría de las veces atribuidos a expertos particulares contratados por los municipios que han tenido bastante fuerza en la proyección técnica de la planeación y en la definición de escenarios estratégicos para la ocupación y uso del espacio, y para la formulación de estructuras metodológicas complejas y sofisticadas, pero que se han quedado desprovistos o limitados en el conocimiento y discusión política acerca del contexto societal propio en el que han de ejecutarse.

Desde el punto de vista de la constitucionalización del derecho, vale la pena señalar que este fenómeno, imprime la necesidad de reinterpretar y efectuar una comprensión diferente a categorías fundamentales como el ordenamiento del territorio, la distribución de competencias entre la administración pública central y las administraciones públicas territoriales, a la luz de la Constitución Política y de las transformaciones suscitadas a partir de esta en cuanto a la organización político administrativa del Estado.

La Constitución, tal y como lo plantea Schmidt-Assmann, constituye un mecanismo de transformación para introducir las nuevas necesidades sociales en el

derecho (2014:24). Según este autor, constituye ante todo un proceso de irradiación de los preceptos y fundamentos constitucionales hacia todo el ordenamiento jurídico, cumpliendo así una función dogmática en la medida en que posibilita que todos los campos del derecho sean valorados en su contenido de derecho constitucional. En igual sentido, la constitucionalización cumple una función configuradora del sistema jurídico, en razón a que transfiere grandes temas del derecho constitucional como principios guía, que determinan la interpretación de las normas en todos los ámbitos y campos del derecho.

Estas consideraciones ameritan ser tenidas en cuenta para hacer referencia a las características de la administración pública territorial como una temática en la que resulta imprescindible hacer referencia a las bases constitucionales de la organización del territorio, no solo a la manera de un inventario de disposiciones normativas constitucionales, sino, ante todo, bajo la intencionalidad de plantear que, principios fundamentales para la forma de Estado y definitorios de su organización misma, se constituyen también en principios a partir de los cuales se hace necesario hoy, reinterpretar el conjunto de finalidades estatales.

En efecto, categorías como el principio de legalidad, las relaciones entre niveles territoriales o caracteres como la unilateralidad de las decisiones administrativas, constituyen campos distintivos para el estudio del derecho administrativo, que precisan ser armonizados a partir del entendimiento de las relaciones entre los principios de unitariedad, descentralización, autonomía y de las bases fundamentales para la organización del Estado como la democracia, la participación, el pluralismo, el respeto por la dignidad humana y la prevalencia del interés general establecidos desde el preámbulo constitucional (artículo 1º).

En igual sentido, los fines esenciales del Estado como "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo" (Artículo 2º), devienen en referentes clave para comprender las relaciones Administración Pública- Función Administrativa y Territorio y Sociedad.

Desde esta perspectiva, resulta fundamental reconocer que la fuerza normativa de la Constitución como fuente del derecho administrativo implica no solo la subordinación de la administración a la ley, sino de manera general al derecho. Este aspecto, da cuenta de la característica fundamental del fenómeno que se ha reconocido como la constitucionalización del derecho administrativo, fenómeno a partir del cual se entiende que el derecho administrativo se ha transformado y que la Constitución lo ha puesto al servicio de sus fines (Ospina, 2014:14). De esta

manera, se reconoce también en la Carta Política que "las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

En la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia es innegable la labor que ha desempeñado la Corte Constitucional. En un balance realizado en 2013 por este tribunal acerca de la labor desarrollada por la Justicia Constitucional en relación con la organización del territorio, se destacaba la existencia de un consenso entre académicos, exconstituyentes y exmagistrados en cuanto a que uno de los núcleos caracterizadores de la Constitución de 1991 era sin duda la incorporación de los principios de descentralización y autonomía (Pretelt, 2013: 181).

No obstante la afirmación de estos principios como ejes temáticos fundamentales para la definición de un nuevo ordenamiento territorial para Colombia, los desarrollos legislativos y jurisprudenciales han sido poco consecuentes en darles el alcance y la eficacia pretendida por el constituyente. Así, vale la pena destacar que precisamente al referirse al tema del alcance y armonización de los principios de unitariedad, descentralización y autonomía, la Corte Constitucional en el marco del VIII conversatorio de la Jurisdicción Constitucional '*Una mirada a las regiones*', llevado a cabo en el año 2012, confirmó la existencia de una constante interpretativa frente al reconocimiento de la preeminencia del principio unitario como un "principio superior del ordenamiento" dirigido a evitar la fragmentación territorial y la violencia (Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1992, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Puntualizando estas ideas, la Corte indica que el fortalecimiento del Estado unitario se traduce como una organización centralizada a la cual le están subordinados los entes territoriales locales, bajo la limitante de la centralización política, expresión que se manifiesta en "unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia y, en general, unidad en todas las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional" (Pretelt, 2013: 187).

Esta interpretación trató de ser atenuada con la idea que se ha sostenido en la línea jurisprudencial que sobre la materia ha tenido la Corte, en virtud de la cual debe existir una articulación y armonización del principio unitario con los principios de autonomía y de descentralización. En la misma oportunidad, la Corte resumió las reglas constitucionales principales acerca de la compatibilidad de estos principios así:

- Es a la ley a quien corresponderá defender los intereses nacionales y para ello puede intervenir en los asuntos locales, siempre que no se trate de materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales.

- La finalidad es armonizar los distintos intereses y no simplemente delimitarlos o separarlos. Debido a ello, generalmente las competencias que se ejercen en los distintos niveles territoriales no son excluyentes. Por el contrario, dichas competencias como lo señala la propia Constitución, deben ejercerse dentro de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (Artículo 288).
- Los principios de autonomía y unidad no son contradictorios, sino que guardan armonía, pues, como lo señala el artículo 287 C.N; la autonomía debe entenderse como la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, teniendo como límite la Constitución y la ley.
- Por lo anterior, la autonomía no significa poder soberano, sino que hace parte y se entiende dentro de un contexto unitario.
- El equilibrio entre los dos principios se debe garantizar mediante limitaciones recíprocas (Pretelt, 2013: 192-193).
- La autonomía territorial se erige en una garantía institucional[4]. La idea de la garantía institucional es posibilitar que una institución perviva, implica el reconocimiento de un estatus que amerita una protección especial frente a ciertas instituciones (Antela, 2007: pp. 192- 203). Tanto la doctrina como la jurisprudencia se refieren a las garantías institucionales como el resultado de un proceso de constitucionalización de ciertas instituciones que se consideran esenciales para el ordenamiento jurídico. La intención de la garantía institucional es entonces la de proteger a ciertas instituciones necesarias para la organización político administrativa del Estado, estableciendo un ámbito de protección especialmente frente al legislador, de manera que con las presiones externas no se desdibuje o se produzca un vaciamiento de las competencias o facultades que el mismo ordenamiento constitucional ha conferido a las mismas para el adecuado desarrollo de sus funciones. Sobre la base del concepto se encuentra la idea de que la Constitución vincula a todos los poderes públicos incluyendo especialmente al legislador a fin de impedir de que por la vía legislativa se limite o restrinja

4. Este concepto toma sus orígenes en la Constitución de Weimar, en Alemania, durante los años 20 del siglo pasado. Se atribuye la creación de esta categoría a Carl Schmitt quien en su teoría de las garantías institucionales establece que la protección constitucional que se predica de las mismas se extiende tanto a la institución propiamente dicha como a los contenidos que la misma institución busca desarrollar. En Alemania, Schmitt consideró ejemplos de garantía institucional a la autonomía municipal, la prohibición de tribunales de excepción, el matrimonio como base de la vida familiar, el descanso dominical, el derecho de los funcionarios, y la libertad de ciencia y de enseñanza recogidas en la Constitución de Weimar

desproporcionadamente la actividad de ciertas organizaciones, al punto de llegar a eliminarlas. La idea de la autonomía como garantía institucional está además relacionada con la protección del orden democrático del Estado, por lo que la autonomía se reconoce como un principio y garantía que tiene una inescindible relación con el principio democrático (C-535 de 1996, reiterado en fallos C-035 de 2016, C-123 de 2014, C-273 de 2016, T-445 de 2016, C-298 de 2016, C-389 de 2016).

- El contenido indisponible de la autonomía que se configura en límite frente a los demás poderes públicos está determinado por la posibilidad de gestionar los propios intereses (C.P. art 287), una de cuyas manifestaciones más importantes es el derecho a actuar a través de órganos propios en la administración y el gobierno de los asuntos de interés regional o local (C-931 de 2006, C-149 de 2010, T-445 de 2016). La autonomía comporta entonces el reconocimiento de unos poderes de acción a favor de los entes territoriales y se configura en un factor competencial en la organización administrativa del Estado.

La organización administrativa, así dispuesta, se erige en una técnica que permite dilucidar los fines del Estado como factores determinantes de sus funciones. Por tanto, abordar el estudio de competencias territoriales, de las atribuciones y funciones de las administraciones públicas territoriales desde el Derecho Administrativo, implica necesariamente acercarse a la comprensión constitucional de la forma de Estado, aspectos que tienen repercusiones en la comprensión de las finalidades de los poderes públicos, en el funcionamiento de la Administración Pública territorial y en la organización dispuesta para el cumplimiento de los cometidos sociales.

En ámbitos como los concernientes a la descentralización territorial, el carácter unilateral de la Administración Pública, resultado del principio de legalidad, debe verse hoy, irradiado de principios como los principios de pluralismo, democracia, participación. Tal y como lo plantean Guiza & Rodríguez (2015) *"La declaratoria de utilidad pública e interés social de una industria como la minería, que trae consigo grandes impactos ambientales, sociales, económicos y culturales, no puede ser un reconocimiento que no admita la modulación con los demás contenidos de la CPC, incluyendo principios rectores de nuestro Estado social de Derecho, como el de la participación ciudadana, la autonomía territorial, la prevalencia de los derechos fundamentales y el deber de conservación del patrimonio natural y cultural de nación, entre otros"* (p. 330).

2. El ambiente como tarea administrativa: otra cara de la constitucionalización

Tal como lo plantea Ortiz, en el caso colombiano, la protección al medio ambiente consagrada en la Carta Política tiene una triple dimensión que la ha hecho merecedora del apelativo de "Constitución Ecológica" (2014: 443):

> *(i) opera como principio que irradia el orden jurídico, al imponerle al Estado la obligación de proteger las riquezas naturales de la nación (art. 8 C. P.); (ii) reconoce el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano (art. 79 C. P.)10, otorgándoles legitimación para participar en las decisiones que puedan afectarlo; y (iii) establece un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares, promoviendo la creación de mecanismos de control y vigilancia en la materia y el establecimiento de políticas públicas de protección, tendientes a resguardar la diversidad e integridad del medio ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica, fomentar la educación ambiental, planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, garantizar su desarrollo sostenible, prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental e imponer las sanciones legales y la reparación de los daños.*

En efecto desde la Asamblea Nacional Constituyente se planteó que *"La protección al medio ambiente es uno de los fines del Estado Moderno, por lo tanto toda estructura de éste debe estar iluminada por este fin, y debe tender a su realización"*[5]. A partir de este cambio dogmático que significó la incorporación de la protección y garantía del ambiente sano como parte de las finalidades estatales se dispuso de un sistema de organización administrativa que comportó un reparto de competencias en materia ambiental con el propósito de dar desarrollo a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, consagrada en el artículo 8° constitucional.

Es desde esta perspectiva, que en la política y decisiones en relación con la planificación territorial las entidades descentralizadas territorialmente tienen participación en virtud de lo dispuesto por los artículo 313 N° 9 y 300 N° 2 que establecen que los Concejos Municipales y las Asambleas Departamentales deben fomentar y dictar normas relacionadas con el control, la preservación, y la defensa del patrimonio ecológico del departamento o del municipio, medidas estas que deben coordinarse

5. Constituyentes Luis Guillermo Nieto Roa, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Gaceta Constitucional No 26, página. 2.

–no subordinarse– con las normas de carácter nacional. Así, las entidades territoriales se convierten en ejecutoras directas de la política ambiental en sus respectivos territorios, aspecto que se armoniza con la razón de ser de su existencia como entidades territoriales: en el caso del municipio, el ser la entidad fundamental dentro del Estado, la entidad más próxima al ciudadano, la responsable de ordenar el desarrollo de su territorio, de promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes, entre otras funciones, y en el caso del departamento, la de ejercer la administración de los asuntos seccionales, y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio, además de cumplir funciones de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la nación y los municipios (artículos 311 y 298 C.P).

Estos aspectos consagrados constitucionalmente, han sido reafirmados por la Corte Constitucional, en su último periodo, con ocasión del conocimiento de asuntos en los que se sitúan en tensión intereses centrales con los intereses de las entidades territoriales; en los que se profundiza y retoman las consideraciones jurisprudenciales sobre el derecho al ambiente y la biodiversidad; al agua; a la riqueza cultural y natural de la nación; la constitución ecológica, e incluso, en los que se avanza hacia una concepción de derechos bioculturales y de derechos de la naturaleza; de derechos territoriales, y se trasciende hacia un enfoque ecocéntrico, elementos expresados y desarrollados en fallos como los contenidos en las sentencias C-123 de 2014, C-449 de 2015, C-273 de 2016, T-766 de 2015, T-445 de 2016, C-298 de 2016, C-389 de 2016, C-035 de 2016, C-077 de 2016, T-622 de 2016, entre otros. En estas decisiones jurisprudenciales, es característica la aseveración de la responsabilidad que les asiste a las autoridades locales en cuanto a la realización de acciones efectivas para garantizar la protección y defensa del ambiente, acciones que se reconocen enmarcadas dentro del ámbito de las competencias que se derivan de su autonomía territorial.

Al respecto, la Corte Constitucional ha enfatizado en que "el ordenamiento territorial es competencia de los concejos municipales, en la medida que son la autoridad municipal más cercana al ciudadano que se verá afectado de manera directa por las decisiones que se tomen en torno a ese asunto". (C-123 de 2014, C-273 de 2016, C-035 de 2016, C-077 de 2016). Ello garantiza que existan espacios de decisión y participación ciudadana de aquellos sobre quienes las repercusiones de diferente orden van a caer en el ámbito local, esto es sobre las personas y los territorios en los que se lleva a cabo la afectación del suelo. De este modo, los Concejos Municipales son las autoridades competentes para la reglamentación del uso del suelo y la expedición de normas para preservar y defender el patrimonio ecológico y cultural de los municipios (artículos 311 y 313 numerales 7 y 9 C.P.) y en virtud de la autonomía se reivindica la potestad normativa de estos organismos para gestionar sus propios intereses y dictar las normas (reglamentos) necesarios en relación con éstos.

A su vez, desde el año 2014, la Corte Constitucional en el 'Encuentro Jurisdiccional por la Tierra' convocado por el entonces presidente de la Corporación Luis Ernesto Vargas Silva, evidenció que dentro de los desafíos que debe enfrentar la institucionalidad colombiana (p. 7) para procurar la materialización de fines como los declarados en la 'Conferencia Río +20' de 2012, que se corresponden con los propósitos del denominado por Ortega como Estado Social y Ambiental de Derecho (2017: 48), están el cambio climático, las relaciones entre Constitución y biodiversidad, el derecho al agua, el desplazamiento por motivos ambientales, la minería y las áreas protegidas, el derecho de participación y la consulta previa; así como las tareas pendientes en materia de protección constitucional al ambiente, entre las que se destacan las tensiones entre democracia y desarrollo a partir del impacto de temas que como la minería se generan en relación con problemáticas como el desplazamiento por razones ambientales, los conflictos socio ambientales relacionados con la seguridad alimentaria, y la sobrepoblación (Ortiz: 445).

De conformidad con estos desarrollos, se resalta ante todo la obligación del Estado, de de prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar un desarrollo sostenible, a partir de la doble faceta de derecho y deber que ostenta el ambiente sano. Sin embargo, el Estado no es un ente abstracto, y por el contrario, se encuentra constituido y dispuesto a través de una organización administrativa que titulariza el ejercicio de las funciones y obligaciones constitucionalmente asignadas a su cargo. De esta manera, se reconoce también desde la jurisprudencia constitucional que los municipios hacen parte del Estado[6] y en consecuencia, se convierten en responsables directos de los deberes que con respecto al ambiente se han decantado a nivel jurisprudencial y que vale la pena mencionar:

> *1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera* (Reiteración jurisprudencial, C-298 de 2016).

6. Con relación a la diferencia conceptual entre los términos Estado y Nación, han sido las altas cortes quienes en sentencias como la C-221 de 1997, han definido a la luz del texto constitucional la interpretación del termino Estado, en especial referencia al reparto de competencias y la titularidad de derechos entre la Nación y las Entidades territoriales, indicando que el término Estado debe acogerse como alusión al conjunto de autoridades y órganos de los diferentes niveles territoriales y no solo a los del orden o nivel central que suelen ser designados con la palabra Nación.

El ambiente se ubica así como una tarea que compromete la responsabilidad de las administraciones públicas territoriales, que legitima y fundamenta sus competencias en materia de ordenamiento del territorio para la reglamentación de los usos del suelo, atribuciones que en relación con actividades mineras adquieren un fortalecimiento a partir del desarrollo jurisprudencial, en atención al cual se ha determinado que la legislación minera de carácter ordinaria no puede definir o regular asuntos de especial importancia constitucional para las entidades territoriales y sus comunidades como lo ha expresado la Corte en sentencias C-273 de 2016 y T-445 de 2016. La jurisdicción constitucional ha definido la primacía del interés local ante la existencia de este tipo de tensiones entre los niveles nacional y territorial.

Vale la pena señalar que en el texto de la Corte Constitucional Colombiana Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional editado en asocio con la Universidad del Rosario, la Ex Magistrada María Victoria Calle Correa, en un texto de su autoría que recoge el análisis de los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia ambiental, específicamente, con relación a la distribución de competencias ambientales entre niveles territoriales, concluyó:

> *En conclusión, cuando el derecho político de autogobierno territorial se ejerce en contra del derecho de un ambiente sano, se choca con las restricciones que razonable y proporcionadamente se derivan del orden Constitucional vigente. Pero por similares razones constitucionales, cuando el derecho político de autogobierno territorial se ejerce en favor de una mayor protección al derecho a un ambiente sano, los límites y las restricciones propias de las competencias territoriales se desvanecen y se expanden. Las razones que llevaron a la Constitución a limitar las facultades territoriales para impedir que afecten el goce efectivo a un derecho a un ambiente sano, son las mimas que llevaron al legislador, dos años después, en desarrollo de la Constitución Ecológica, a darle prioridad a la aplicación de un acuerdo municipal, cuando la voz de las regiones supera incluso la de la ley, en materia ambiental, siempre y cuando se trate de un texto normativo que protege mejor los derechos involucrados.*
>
> *Es claro entonces, que los límites a la autonomía de las entidades territoriales que provienen del derecho a un ambiente sano <<buscan maximizar la autonomía territorial>>, no desconocerla o socavarla (p. 295).*

Al respecto, frente al ejercicio de competencias por parte de los entes municipales, la jurisprudencia constitucional ha establecido que:

> *Así las cosas, para esta Corporación es claro que la minería evidentemente es una actividad que afecta ámbitos de competencia de los municipios, como la regulación de los usos del suelo, la protección de las cuencas hídricas y la salud de la población, razón por la cual como lo señaló la sentencia C-123 de 2014, los*

> *municipios sí tienen competencia para participar en estas decisiones, y que estas decisiones deben tomarse con su participación eficaz. En esta medida, entonces, una consulta popular que trate sobre este tipo de decisiones está claramente dentro del ámbito de competencias del municipio.*
>
> *La competencia de los entes territoriales para oponerse en determinados casos a las actividades mineras se ve particularmente reforzada si se tiene en cuenta que conforme al actual diseño constitucional la propiedad de los recursos naturales no renovables esta en cabeza del Estado, definición que incluye a los municipios, razón por la cual su opinión debe ser adecuadamente escuchada a la hora de destinar si estos deben o no ser explotados (T-445 de 2016).*

Estas posturas jurisprudenciales abren espacio hacia la consolidación de un constitucionalismo ambiental, definido en términos de Ortega como "una propuesta para afrontar la crisis ambiental actual, de acuerdo con el desarrollo de diferentes elementos que deben ser tenidos en cuenta para la garantía de los derechos ambientales desde el punto de vista fáctico" (2017: 108) y hacia el reconocimiento efectivo de un Estado Ambiental de Derecho, en el que la organización político administrativa, el fortalecimiento de la descentralización territorial y de la autonomía, desempeñan una labor determinante frente al desarrollo del ambiente como tarea administrativa. Vale la pena destacar también, la labor del juez constitucional en el avance progresivo de los derechos ambientales. Si bien se reconoce, como lo plantea Ortiz, que la "labor de los jueces en los temas ambientales es cada vez más necesaria y compleja, porque están siendo los llamados a mediar entre diferentes intereses, muchas veces contradictorios" (2014:445), resulta fundamental insistir en su papel tutelar de estos derechos en su conexión con la realización del Estado Social, a partir del reconocimiento de la incidencia de la cláusula del Estado Social en la descentralización y la autonomía (Henao, 2015: 151).

3. Consideraciones finales

La apuesta por el municipio como entidad territorial fundamental de la división político administrativa del Estado, su reconocimiento como la organización más próxima a los ciudadanos, como el espacio territorial y el escenario administrativo en el cual los ciudadanos podían ver representado al Estado, constituye uno de los grandes aciertos, sin duda, de la Constitución de 1991. Pese a la afirmación de la autonomía territorial en la Constitución, de los derechos y deberes de las entidades territoriales en materia ambiental, del reconocimiento de sus autoridades propias

y elegidas mediante mecanismos de participación popular como cláusulas fundamentales al servicio de la descentralización territorial, en ámbitos como la minería, se sigue desconociendo la relación Estado, poder y territorio.

La democracia participativa juega un papel fundamental en las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional. Precisamente por ello, el análisis de las temáticas concernientes a la organización del territorio del reparto de competencias en materia de ordenamiento territorial, no pueden sustraerse de las responsabilidades que impone al Estado el reconocimiento de sus finalidades sociales como un Estado democrático, participativo, pluralista. Un Estado en el que se debe facilitar la participación de todos los habitantes del territorio, en las decisiones que los puedan afectar y en las decisiones que directamente los compelen sobre su vida económica, política, administrativa y cultural conforme postula el preámbulo constitucional.

En este orden de ideas, se espera que el análisis de los temas presentados contribuya desde el punto de vista del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Administrativo a ampliar la comprensión de las transformaciones de la función administrativa, y en general de las funciones clásicas estatales, frente a las cuales persisten explicaciones fundadas en posturas teóricas tradicionales, convencionales, que transitan por caminos diferentes a los que impone la realidad de la configuración estatal y de sus necesidades, y a su vez, posibilite, reconocer la importancia latente de que se defina una agenda política encargada de reevaluar el tema territorial para que responda de manera efectiva a las exigencias que la implementación de la paz demanda.

En este contexto, en el que se esperan próximos pronunciamientos de la Corte Constitucional, resulta fundamental recabar en la relación entre organización administrativa y finalidades estatales, reconociendo que en el conjunto de estas últimas se ubica el ambiente como una de las tareas administrativas contemporáneas más relevantes; su reivindicación no puede estar al margen de un análisis constitucional del reparto de competencias entre la Nación y las entidades territoriales para la regulación de los usos del suelo, un análisis en el que se debe garantizar que los ciudadanos afectados puedan tener la posibilidad de ejercer sus derechos de participación en la toma de decisiones, de protección de los recursos naturales y de vigilancia y control social para la conservación del ambiente sano. En los términos de Trujillo Muñoz: *"Democracia local significa participación ciudadana y legitimidad institucional en el ámbito de una comunidad cuya cultura se forma en medio de la urdimbre existente entre el ordenamiento territorial y la organización institucional"* (p. 117).

Referencias

Antela, R. (2007). *Constitución y garantías institucionales: contribución para el desarrollo de una línea de investigación,* Cuadernos Unimetanos. Derecho y Democracia. Órgano de divulgación académica, Año II, N° 11, septiembre de 2007. Universidad Metropolitana, pp.192-203.

Borja, M. (1998). *Estado, Sociedad y Ordenamiento Territorial en Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Sociales de la Universidad Nacional, CEREC.

Calle, M. (2013). *"Cuando limitar la autonomía territorial es maximizarla: derecho al medio ambiente sano como aporte a la optimización de la autonomía territorial",* en: Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional, Bogotá: Corte Constitucional Colombiana, Universidad del Rosario.

Congreso de la República de Colombia (1993). Ley 99.

Congreso de la República de Colombia (1997). Ley 388.

Congreso de la República de Colombia (2001). Ley 685.

Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1454.

Congreso de la República de Colombia (2015). Ley 1753.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Corte Constitucional de Colombia (1992). Sentencia C-478. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-221. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-579. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia (2002). Sentencia C-891. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia C-931. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia C-149. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia C-395. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia C-889. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia C-123. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-449. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia T-766 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-035. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-273. . M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-298. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-389. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia T-445. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia T-622. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia C-077. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Estupiñán, L. (2004). *Organización del territorio. Teorías, enfoques y tendencias.* Bogotá: Universidad Libre.

Gaceta Constitucional No 26, página. 2.

Girón, E. (2007). "La organización territorial en Colombia", en: García, J. *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial en Colombia?* Bogotá: Universidad Libre, pp.187-218.

Gutiérrez, A. & Sánchez, L. (2009). *Planeación para el desarrollo del territorio: perspectiva contemporánea.* Medellín: Universidad de Antioquia.

Güiza, L. & Rodríguez, C. (2015). *El papel de las autoridades territoriales en la definición de zonas de exclusión o restricción minera,* 131 *Vniversitas,* 323-362. http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.patd

Henao, J. (2015). Estado Social y Derecho Administrativo. En: A. Montaña & A, Ospina, (Eds.). La constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (pp. 145-201). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Montoya, L. (2008). *El derecho a la ciudad, el interés público y el desarrollo humano. Relaciones y complementariedades. Bitácora* (13) pp. 29–46.

Ortega, G. (2017). *Constitucionalismo ambiental y derechos ambientales: análisis de la evolución del Estado Ambiental de Derecho, el ambientalismo y la formación del precedente judicial ambiental*, en: Molina, G. Derechos ambientales en disputa: algunos estudios de caso sobre conflictividad ambiental, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Ortiz, G. (2015). *"Protección constitucional del ambiente: tareas pendientes",* en: Memorias encuentro constitucional por la tierra, Bogotá: Imprenta Nacional, pp. 441-459.

Ospina, A. y Montaña, A. (2014). *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pretelt, J. (2013). "Autonomía Territorial", en: Mendoza, G; Cepeda, J, y Achury, L. *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional,* pp. 179-251.

Revenga, M (2007). "Las formas de Estado", en: García, J. *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial en Colombia?* Bogotá: Universidad Libre, pp.31-43.

Schmidt-Assman, E. (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática.* Barcelona: Marcial Pons.

Schmidt-Assmann, E. (2014). "El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo", en: Ospina, A. y Montaña, A. *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp.22-38.

Silva, L. (2015). *Memorias encuentro constitucional por la tierra*, Bogotá: Imprenta Nacional.

Trujillo, A. (2007). *Democracia y territorio. El ordenamiento territorial entre el derecho y la política.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Segunda Parte

La participación como principio inherente de la protección ambiental

El derecho a la participación en las decisiones ambientales: un enfoque desde la justicia ambiental y la justicia constitucional

Javier Gonzaga Valencia Hernández[1]

1. Profesor asociado, Universidad de Caldas. Abogado Grupo de investigación Estudios Jurídicos y Socio jurídicos.

Resumen

Con este artículo se demuestran los aportes de la Corte Ambiental a partir de la interpretación, garantía y aplicación del derecho a la participación de las personas y las comunidades en materia ambiental. Desde el reconocimiento del derecho a la participación ambiental en el ámbito internacional y nacional, constitucional y legal, se presentan las líneas argumentativas e interpretativas que ha construido la Corte Constitucional, como los derechos bioculturales, la naturaleza como sujeto de derecho, justicia ambiental y participación, reconociendo la existencia de un bloque de constitucionalidad ambiental para la protección de los derechos ambientales y el medio ambiente, así como el papel de los jueces constitucionales en la construcción de democracia ambiental.

Introducción

La constitucionalización del medio ambiente en los estados contemporáneos tiene una explicación y un origen complejos, que se puede rastrear desde campos tan diversos como el político, social, técnico, cultural o económico y que se evidencian en el campo jurídico con la expedición de leyes ordinarias y normas de rango constitucional, lo que demuestra la enorme importancia que le han dado las sociedades modernas a lo ambiental y cómo se refleja esto en el campo del derecho. Para que unas situaciones sociales entren a ser parte del campo jurídico se requiere la conjugación de una serie de situaciones fácticas que sean dignas de ser objeto del derecho y específicamente lo ambiental requirió de cambios de percepción de la relación entre sociedad y naturaleza; de la presencia de cambios drásticos en los ecosistemas; de impactos fuertes de la contaminación de las fuentes de agua, la atmósfera y del suelo; de riesgos plausibles para la humanidad y para el planeta mismo impulsados por el avance de la ciencia y de la tecnología; de una visión del desarrollo económico solo centrado en el crecimiento sin medir las consecuencias en el medioambiente; y de otros factores que hicieron que lo ambiental sea tratado por el derecho en sus distintas dimensiones, áreas y discursos.

La protección al medio ambiente en la Constitución Colombiana de 1991 tiene una relación directa con los derechos colectivos, que de forma directa o indirecta tienen presencia en un gran número de preceptivas constitucionales. En las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990, se puede verificar la connotación e importancia que tuvo lo ambiental para los diversos representantes de la sociedad colombiana que participaron en la construcción de la nueva Constitución, es decir los asambleístas:

> *"Ya no es posible ver el problema ambiental como un recurso romántico o de escape a las condiciones del presente. Implica una mirada sobre la manera como se entiende el desarrollo y, por lo tanto, no puede ser ajeno a la formulación de la Carta Fundamental. La dimensión ambiental debe permear el contenido de la nueva Constitución. Lo ambiental no puede ser comprendido como un apéndice, o como un puñado de buenas intenciones encerradas en un capítulo altruista, pero cuyo contenido acaba siendo refutado o ignorado por el conjunto de normas*

> *jurídicas que regulan la convivencia. La crisis ambiental es por igual una crisis de civilización y replantea la manera de entender las relaciones entre los hombres. Las injusticias sociales se traducen en desajustes ambientales y éstos, a su vez, reproducen las condiciones de miseria*". (Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional, 1990, p. 27).

En Colombia al garantizar constitucionalmente el derecho a un medio ambiente adecuado y que las personas tengan derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlo, se establece el marco jurídico y político para que todos los ciudadanos puedan participar e involucrarse de manera activa en la vida democrática del país, por la vía de la protección de su calidad de vida y su medio ambiente, lo que favorece la consolidación de otros valores democráticos como la tolerancia, la solidaridad y la diversidad.

El derecho a participar en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente ha sido reforzado en múltiples sentencias de la Corte Constitucional[2]. El máximo tribunal reconoce y valora la importancia y necesidad de la participación de la comunidad en las decisiones que se vayan a tomar sobre su entorno, recordando a las empresas y autoridades ambientales no desconocer este derecho y, por el contrario, fomentar la participación de las comunidades en todos los procesos de toma de decisiones que puedan afectar no solo el medio ambiente, sino la vida y la integridad social de las comunidades.

El marco constitucional colombiano es abundante y proclive en derechos, deberes, responsabilidades, acciones, procedimientos e instituciones para que las personas, las comunidades y las organizaciones sociales puedan participar en la protección y defensa de los derechos colectivos y en especial los ambientales. La Corte Constitucional ha demostrado en sus sentencias, que en el sistema jurídico colombiano existen las condiciones de validez para el ejercicio del derecho de acceso a la justicia ambiental, en tanto existe no sólo la institucionalidad ambiental y judicial, sino los instrumentos necesarios a favor de las personas y organizaciones sociales para intervenir ante los jueces y la administración pública en busca de una solución al conflicto ambiental.

2. Colombia. Corte Constitucional. Sentencias: C-535 de 1996, C-593 de 1995, C-328 de 1995, SU-039 de 1997, C-915 de 2010, T-348 de 2012, T-606 de 2015, SU-133 de 2017.

1. El derecho a la participación en las decisiones ambientales desde el ámbito internacional

La comunidad internacional ha producido un número importante de declaraciones políticas y convenios multilaterales sobre la necesidad que tienen los Estados de consagrar en sus ordenamientos jurídicos internos las políticas, las normas y los mecanismos necesarios para que las personas individual y colectivamente puedan tener participación en las decisiones que se vayan a tomar sobre su entorno.

Construiremos un marco jurídico internacional amplio, en donde se puede rastrear la consagración del derecho de acceso a la participación en materia ambiental, tanto en los instrumentos jurídicos internacionales no vinculantes como las declaraciones e informes de los organismos multilaterales, llamado *soft law*, en los instrumentos jurídicos vinculantes como tratados y convenios.

1.1 Declaraciones de la ONU sobre medio ambiente

Destacamos las declaraciones políticas surgidas de las tres reuniones o cumbres sobre medio ambiente y desarrollo convocadas por La ONU en Estocolmo (1972), Río de Janeiro (1992) y Johannesburgo (2002) y la Carta de la Naturaleza de 1982, en donde se ha tratado el tema de la participación ciudadana de una forma explícita.

1.1.1 Declaración de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano. Estocolmo 1972

En la Declaración de La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano (Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972) o Declaración de Estocolmo, se reconoce que las personas pueden participar individual o colectivamente en el ejercicio de acciones y recursos a favor del medio ambiente, es decir, a favor de derechos que son de todos, de una colectividad. Esta declaración se convierte en un hito importante para el derecho del medio ambiente en tanto reconoce el medio ambiente como bien objeto de protección jurídica.

Se establece en el Principio 1:

> *El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.*

El Principio 23 establece:

> *"Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización*" (ONU, 1972).

Igualmente el principio 24 insta a los individuos o a las organizaciones a actuar de conformidad con los principios de esta carta:

> *"Principio 24: Incumbe a toda persona actuar de conformidad con lo dispuesto en la presente Carta. Toda persona, actuando individual o colectivamente, o en el marco de su participación en la vida política, procurará que se alcancen y se observen los objetivos y las disposiciones de la presente Carta*" (ONU, 1972).

A pesar del llamado que se hizo desde Estocolmo para proteger el medio ambiente a partir de la conformación de unas políticas, una normativa ambiental y unos procedimientos para que las personas pudieran participar en las decisiones que los Estados tomaban sobre el medio ambiente, poco avanzaron los países firmantes de la Declaración de Estocolmo en garantizar la participación, a pesar de consagrar algunas normas y procedimientos en los ordenamientos jurídicos nacionales, la falta de claridad, de conocimiento y de interés por parte de las organizaciones sociales y de los mismos gobiernos y funcionarios, se podría afirmar que en estas dos décadas fue escaso el desarrollo.

1.1.2 Declaración de Río de Janeiro 1992

Es en la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, de La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, en donde su fija claramente y como uno de los principios rectores para el mejoramiento y protección del medio ambiente, la participación de las personas y organizaciones a través de los diferentes medios que los países establecieran y se fijó la responsabilidad de los países de proporcionar a estos actores el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, así como los recursos necesarios.

En la Declaración de Río se estableció a favor de toda persona el derecho de acceso a la justicia ambiental, el derecho a la información y el derecho a la participación en la adopción de las decisiones que conciernan con el medio ambiente.

Dice el Principio 10:

> *"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de*

que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población, poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes" (ONU, 1992).

Los principios de acceso a la participación, a la información y a la justicia ambiental fijados en la 'Declaración de Río 1992', han sido base fundamental para la adopción de normativas a nivel nacional e internacional sobre la participación ambiental y han servido como criterios de interpretación por los diferentes tribunales nacionales e internacionales.

1.1.3 Declaración de Johannesburgo 2002

Treinta años después de la 'Declaración de Estocolmo', el derecho a la participación de las personas y comunidades en materia ambiental fue refrendado en la 'Cumbre de Johannesburgo' sobre desarrollo sustentable de 2002, se reafirmaron los principios consagrados en la 'Declaración de Río de 1992', especialmente el principio 10, y la necesidad de avanzar en la implantación de la agenda 21 (ONU, 2002). Igualmente en el Simposio Internacional de Jueces celebrada en el marco de la 'Cumbre de Johannesburgo', se elaboraron unos principios basados en la necesidad de contar con un poder judicial y unos procesos independientes para el desarrollo y aplicación del derecho ambiental, así como la necesaria capacitación de los operadores jurídicos y del público para ejercer los derechos de acceso a la participación y acceso a la justicia (PNUMA, 2002).

En el informe de la 'Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo' (Sudáfrica) de 2002 (ONU, 2002b), se insta a los países a continuar avanzando en la implementación de la 'Agenda 21', especialmente promoviendo la participación de las organizaciones de la sociedad civil en la elaboración de políticas y normas ambientales, así como proporcionando más instrumentos para acceder a los procedimientos judiciales y administrativos en defensa y protección del medio ambiente.

1.1.4 Carta mundial de la naturaleza de 1982

Esta carta fue adoptada y proclamada por la 'Asamblea General de las Naciones unidas', en la Resolución 37/7, el 28 de octubre de 1982. (PNUMA, 1982) Este instrumento ha servido como referente y guía importante en la construcción de otros instrumentos internacionales sobre protección del medio ambiente.

Desde los considerandos hasta la declaración de principios, la Carta hace unos enunciados llamando a la conservación de la naturaleza, y a su vez presenta unos mecanismos de aplicación de los enunciados y principios en sus componentes políticos, científicos, educativos y jurídicos, involucrando a todas las partes interesadas y haciendo una consagración expresa sobre la participación en las decisiones en el principio 23 al otorgarle la oportunidad a las personas individual o colectivamente para actuar ante la justicia presentando los recursos necesarios para obtener una indemnización.

En el preámbulo dice la Carta Mundial de la Naturaleza:

> *"Firmemente convencida de la necesidad de adoptar medidas adecuadas, a nivel nacional e internacional, individual y colectivo, y público y privado, para proteger la naturaleza y promover la cooperación internacional en esta esfera,*
>
> *aprueba, con estos fines, la presente Carta Mundial de la Naturaleza, en la que se proclaman los principios de conservación que figuran a continuación, con arreglo a las cuales debe guiarse y juzgarse todo acto del hombre que afecte a la naturaleza.*
>
> *III. Aplicación.*
>
> *23. Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernan directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización.*
>
> *24. Incumbe a toda persona actuar de conformidad con lo dispuesto en la presente Carta; toda persona actuando individual o colectivamente, o en el marco de su participación en la vida política, procurará que se alcancen y se observen los objetivos y las disposiciones de la presente Carta*" (PNUMA, 1982).

Después de la 'Cumbre de la Tierra de Río 92' y antes de la cumbre de Johannesburgo de 2002, la cuestión del acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia ha figurado en el programa del PNUMA en varias ocasiones. El sexto período extraordinario de sesiones del Consejo de Administración/'Foro Ambiental Mundial a Nivel Ministerial' realizado en mayo de 2000, aprobó la Declaración Ministerial de Malmö. En su párrafo 16 se enuncia:

> *Debe reforzarse a todos los niveles la función de la sociedad civil mediante la libertad de acceso a la información ambiental, la amplia participación en la adopción de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en relación con las cuestiones ambientales. Los gobiernos deben crear condiciones que faciliten la capacidad de todas las partes de la sociedad para tener una voz y desempeñar una función activa en la creación de un futuro sostenible (PNUMA, 2000).*

Varías han sido las reuniones, evaluaciones y pronunciamientos del Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente después de la 'Cumbre de Johannesburgo', sobre los avances en la aplicación del Principio 10 de la 'Declaración de Río'. El 25º período de sesiones del Consejo de Administración/'Foro Ambiental Mundial a Nivel Ministerial' realizado en Nairobi del 16 al 20 de febrero de 2008, reconoce que el mayor avance y desarrollo normativo del Principio 10 en el mundo, es el 'Convenio de Aarhus', suscrito por los países que conforman la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

En el 11º período extraordinario de sesiones del Consejo de Administración/'Foro Ambiental Mundial a Nivel Ministerial' celebrado en Bali, Indonesia del 24 al 26 de febrero de 2010, se presentó el proyecto de directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (ONU, 2010), en el cual se definieron 12 directrices relacionadas con el acceso a la justicia, mediante las cuales se recomienda a los Estados a garantizar de diferentes formas el acceso a la justicia ambiental para garantizar el derecho a la información, la participación del público interesado, recusar las decisiones acción u omisión de autoridades públicas o de entidades particulares que afecte el medio ambiente, el cumplimiento de la normatividad ambiental, la indemnización de los perjuicios, la compensación y reparación del medio ambiente.

1.2 Instrumentos Jurídicos Internacionales Vinculantes

Destacamos dos instrumentos multilaterales que han tenido un gran impacto en la consolidación del derecho a la participación en materia ambiental, como son el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y el 'Convenio de Aarhus'. El primero por tener mucha trascendencia e importancia en América Latina al poseer estos territorios tres características: un número importante de grupos étnicos, grandes recursos naturales minero-energéticos y una gran biodiversidad. El segundo tratado, el 'Convenio de Aarhus', que si bien es aplicable en el espacio europeo, es el único de su naturaleza, que amplía y precisa el Principio 10 de 'La Declaración de Río'.[3]

3. Por iniciativa de la CEPAL, se está negociando desde el año 2015 un Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, a la participación y acceso a la justicia en asuntos ambientales, que sería aplicable en el espacio de América Latina y el Caribe. https://www.cepal.org/es/organos-subsidiarios/reunion-comite-negociacion-principio-10-america-latina-caribe

1.2.1 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (No. 169). Organización Internacional del Trabajo

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se aplica a los pueblos tribales de países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y a aquellos pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales.

Los conceptos básicos de este instrumento internacional son la consulta, la participación y el derecho de estos pueblos a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, en la medida que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera.

El término "pueblos" reconoce a una colectividad con cultura, identidad, creencias y organización propia, así como una relación especial con la tierra, que se ve reflejada en el cuidado y protección de la naturaleza que tienen estos pueblos al considerar la tierra como su madre. El Convenio 169 es el instrumento de derecho internacional más comprensivo y completo en la materia, e intenta salvaguardar, en la legislación y en la práctica, los derechos de los pueblos indígenas y tribales, para que éstos puedan conservar sus culturas e identidad en el contexto de las sociedades nacionales donde viven. Este Convenio, al igual que otros convenios de la OIT, establece derechos mínimos que deben ser respetados y puestos en práctica por los Estados que lo han ratificado.

Este convenio se ha convertido en una herramienta fundamental de para garantizar el derecho a la participación ambiental en los países de América Latina, que cuentan con un número importante de grupos indígenas. El Estado colombiano ratificó este instrumento mediante la Ley 21 de 1991 y lo ha incorporado al derecho nacional.

Los principios y derechos consagrados en el Convenio 169, específicamente el derecho a la consulta previa con relación a la explotación de los recursos naturales, ha servido a los tribunales nacionales e internacionales en diferentes decisiones sobre derechos humanos y medio ambiente. Los tribunales colombianos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido en cuenta como criterios obligantes y como criterios de interpretación, los derechos y principios establecidos en el Convenio 169 de la OIT.

Destacamos del Convenio 169 el artículo 6 por ser de importancia para la configuración del derecho a la participación en las decisiones en materia ambiental de los pueblos indígenas:

"Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas" (OIT, 1989).

Para la Corte Constitucional Colombiana,

… el derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación. (Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997).

Son más numerosos los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la aplicabilidad del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en donde se refuerza, se dan los lineamientos y se definen los estándares para garantizar el derecho a la participación de estos pueblos en las decisiones sobre el aprovechamiento del patrimonio natural de sus territorios.[4]

4. Sobre el derecho a la participación y Consulta Previa a comunidades indígenas y afro descendientes, la Corte Constitucional ha pronunciado las siguientes importantes sentencias: T- 188 de 1993 , T 342 de 1994 , SU-O39 de 1997, T- 652 de 1998 , C-169 de 2001, C-825 de 2001 , T-1303 de 2001, T-1319 de 2001, C-418 de 2002, C-891 de 2002, SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-737 de 2005, T-382 de 2006, C-208 de 2007, C-030 de 2008, T- 769 de 2009, T-294 de 2014, T-622 de 2016, SU-133 de 2017.

1.2.2 El convenio de Aarhus

El Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, firmado en Aarhus el 25 de junio de 1998, parte de los principios, derechos y procedimientos que amplían, precisan e incorporan en un instrumento jurídico multilateral, los principios contenidos en la 'Declaración de Río', especialmente el principio de acceso incluido en el Principio 10, dando el marco de referencia para competencias, derechos, obligaciones y procedimientos, en donde se vincula la protección ambiental con la co-responsabilidad de la ciudadanía, garantizando la participación del público en la protección del medio ambiente y de los recursos naturales, como condición para disfrutar del derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la salud y la calidad de vida.

La importancia del 'Convenio de Aarhus' en la dogmática del derecho internacional del medio ambiente, radica en ser el único instrumento jurídico internacional vinculante que concreta los principios y objetivos del Principio 10 de 'La Declaración de Río', así como su profunda concepción humanista que integra los derechos ambientales con el conjunto de derechos humanos (Valencia, 2014).

Los objetivos fijados por el 'Convenio de Aarhus', son los de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, garantizar los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental por parte de las países firmantes y adherentes, de conformidad con las disposiciones establecidas en el instrumento internacional.

Acceso a la información, Participación del Público en los Asuntos Ambientales y Acceso a la Justicia, son los tres pilares esenciales sobre los cuales gravitan tanto las consideraciones como el articulado del 'Convenio de Aarhus'. Del artículo cuarto al noveno del Convenio se concretan los tres derechos consagrados (a la información, a la participación y el acceso a la justicia) y las obligaciones subsiguientes para los Estados miembros, para las autoridades públicas y para los particulares. Precisar estas garantías formales implica la posibilidad de ampliar los derechos ambientales hacia ámbitos no sólo sustanciales como el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado, sino también a los derechos ambientales de garantía como medios que buscan la efectividad y el ejercicio efectivo de los derechos substanciales por parte de los ciudadanos.

El 'Convenio de Aarhus', establece tres criterios para configurar el derecho de participación en la toma de decisiones medioambientales: (i) Participación

del público en las decisiones relativas a actividades específicas; (ii) Participación del público en los planes, programas y políticas relativos al medio ambiente y (iii) Participación del público durante la fase de elaboración de disposiciones reglamentarias o de instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general. Como criterios comunes para la participación del público se definieron en el Convenio, que la participación debe ser en el momento de inicio del procedimiento, se deben fijar unos plazos suficientes para facilitar la participación (información y formación), tomar en cuenta los resultados de la participación e informar sobre la decisión adoptada. Con estos criterios se pretende garantizar la efectiva participación del público, aplicando los principios de oportunidad, pertinencia y pluralidad, es decir, hacer visible y viable la participación del público en las decisiones que van a afectar su entorno.

2. Garantía constitucional y legal del derecho a la participación

Derecho de participación de los ciudadanos en las decisiones ambientales de acuerdo con los parámetros dados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo y establecidos por la Declaración de Río de Janeiro de 1992 en su principio 10, se compone por: El derecho de acceso a la información ambiental, derecho a la participación del público en las decisiones y el derecho al acceso a la justicia. Igualmente el derecho a la participación de los ciudadanos en las decisiones ambientales está el derecho a participar en los procedimientos administrativos y de participación política con los que se completaría el marco de herramientas que tiene la ciudadanía para la defensa del medio ambiente.

El marco jurídico colombiano para la participación de las personas y las comunidades en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente lo encontramos primeramente en la Constitución en donde se consagran no sólo los derechos ambientales, sino también las obligaciones y deberes del Estado y de las personas para su protección, conservación y defensa.

El art. 79 C.P. establece que:

> *"Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".*

Información, participación en las decisiones y acceso a la justicia son consagrados en la Constitución Política, en el Código de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente (Decreto 2811 de 1974) y en la Ley 99 de 1993 o ley del medio ambiente, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente y se establece el Sistema Nacional Ambiental, además en otros decretos y leyes sectoriales.

El derecho de la participación del público en las decisiones que se tomen sobre el medio ambiente está garantizado especialmente en los artículos 79, 330-5 y 340 de la Constitución Política, en la ley 134 de 1994 sobre mecanismos de participación ciudadana y en el capítulo III, artículos 69, 70, 71, 72 y 76 de la Ley 99 de 1993.

Otra forma de participación de los ciudadanos en materia ambiental es el derecho al acceso a los procedimientos judiciales y administrativos (Valencia, 2014a,2014b); lo encontramos en la Constitución Política en los artículos 86, 87, 88 y 229 en donde se consagran el derecho de acceso a la justicia, las acciones de Tutela, Popular, de Cumplimiento y la acción de inconstitucionalidad, así como las acciones públicas de nulidad, en la ley 472 de 1998 que reglamenta las acciones populares y de grupo, ley 393 de 1997 sobre acción de cumplimiento y en la ley 99 de 1993 artículo 73.

Esta red de derechos, acciones, procedimientos e instituciones relacionados con la defensa ambiental está fundamentada esencialmente en los mandatos constitucionales de protección del medio ambiente. La sociedad civil contemporánea del riesgo, marcada por la evolución tecnológica y las intensas devastaciones al medio ambiente requiere que los ciudadanos dispongan de una diversidad de instrumentos jurídicos para la defensa ambiental.

> *El entramado legal e institucional coopera de una manera rizomática en las acciones para la defensa ambiental; en una causa ambiental, los valores, los principios, las normas nacionales e internacionales, los precedentes jurisprudenciales de las cortes nacionales e internacionales y demás componentes del bloque de constitucionalidad ambiental servirán como argumentos de las personas y las organizaciones sociales al momento de pedir el amparo de los derechos ambientales ante los jueces y tribunales* (Valencia, 2014a, 126).

Con la entrada en vigor de la constitución de 1991, se abre un espacio normativo muy importante para la participación activa de las personas y las organizaciones sociales en las decisiones que se puedan tomar con relación al medio ambiente. En el artículo 79 (C.P) se reconoce el derecho de la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el medio ambiente, como también los deberes de conservarlo y proteger los recursos naturales del país (art. 95-8), de defender los derechos humanos (art. 95-4), y de participar en la vida política, cívica y comunitaria

del país (art. 90-5). En la misma Constitución y en leyes posteriores, se reconocen unos instrumentos de participación tanto en la elaboración de leyes, como en la toma de las decisiones administrativas sobre el medio ambiente. Todo lo anterior está enmarcado dentro del derecho-deber a un ambiente sano.

En la ley 99 de 1993 se establecen como principios de política ambiental del país:

> *Art. 1. 10. La acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. El Estado apoyará e incentivará la conformación de organismos no gubernamentales para la protección ambiental y podrá delegar en ellos algunas de sus funciones; y 12. El manejo ambiental del país, conforme a La Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo.*

Para Valencia (2014a, p.138), la participación se constituye de la siguiente manera:

> *La existencia del marco normativo que garantiza y promueve la participación de los ciudadanos en el manejo y protección del medio ambiente, es solo una parte de la ecuación de la participación ambiental (PA= MJ+LS+I+C+DS+AJA). Para que se dé la Participación Ambiental (PA), es necesario un Marco Jurídico (MJ), que contemple la Participación Pública en las decisiones ambientales como principio y como valor básico del estado democrático de derecho; la Legitimidad Social (LS) de los representantes de la comunidad, de las organizaciones sociales interesadas en la defensa ambiental, de las instituciones públicas encargadas de la protección del medio ambiente y de la responsabilidad social de los empresarios interesados en el aprovechamiento de los recursos naturales y del medio ambiente; la Información (I) entendida como el conjunto de datos que al identificar un problema del medio ambiente, permite la definición y medición de su manifestación, naturaleza, extensión, duración e intensidad de la afectación sobre los diversos componentes ambientales, información que debe estar disponible, de fácil acceso, confiable, oportuna , clara, actualizada y de calidad, para que las comunidades afectadas y los defensores ambientales sean interlocutores válidos en las discusiones y deliberaciones; el Conocimiento (C) que se construye a partir de la información disponible, al ponerla en un contexto social, cultural, temporal y espacial sobre una problemática ambiental determinada; el Diálogo de Saberes (DS) que se elabora a partir del conocimiento situado en contexto, tanto de los saberes empíricos, culturales e históricos de los actores comunitarios, los saberes políticos de los actores interesados en la defensa ambiental, el saber de la administración pública, así como del saber académico y científico cimentado con las metodología propias de la ciencia; por último el Acceso a la Justicia Ambiental (AJA) como última ratio para la defensa ambiental.*

3. El derecho a la participación en las decisiones ambientales desde la justicia constitucional

Desde las primeras sentencias de la Corte Constitucional en donde se abordaba el estudio de los derechos ambientales y la protección del medio ambiente, se ha reconocido la importancia de la participación de las personas y las comunidades en la protección, conservación y defensa del medio ambiente.

En la sentencia T-411 de 1992, en donde se hizo el primer pronunciamiento sobre la constitución ecológica, se recordaron los artículos y derechos sobre la participación de las personas y comunidades en las decisiones ambientales, a partir del postulado ético, político y jurídico de la responsabilidad que tienen el Estado y todas las personas de proteger el medio ambiente.

En esa ocasión, la Corte afirmó que:

> *La protección jurídica del medio ambiente es hoy una necesidad universalmente reconocida, una necesidad socialmente sentida, de dar una respuesta contundente a las intolerables agresiones que sufre el medio ambiente. El desarrollo sin planificación y los avances científicos fueron ampliando considerablemente el impacto industrial en el entorno. El problema ecológico y todo lo que éste implica es hoy en día un clamor universal, es un problema de supervivencia.* (Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992).

Esta responsabilidad ética, política y jurídica de la participación ciudadana activa en la defensa del derecho a un ambiente sano, de los derechos ambientales y del medio ambiente es una responsabilidad que se asume desde la ciudadanía ambiental ejercida de una manera individual y colectiva (Cortina, 1999). La participación ciudadana puede ser entendida, entonces, desde un criterio amplio, como la intervención activa de los ciudadanos en los asuntos públicos.

El ciudadano ambiental, considerado como un sujeto de derecho, debe exigir y hacer valer el derecho humano al ambiente, que engloba los otros derechos y es a su vez un derecho inseparable de otros valores y principios como la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad y la equidad, conceptos claves de la responsabilidad inter e intrageneracional (Valencia 2014b).

Para la Corte Constitucional:

> *Nuestra Constitución consagra no sólo la protección de los derechos fundamentales cuandoquiera que estén afectados por daños ambientales, sino también unos derechos del ambiente específicos -a participar en las decisiones que lo afecten, por ejemplo y también un derecho fundamental al medio ambiente.* (Corte Constitucional. Sentencia T-415 de 1992).

En la sentencia C-535 de 1996 afirma el alto tribunal que:

> *La Corte recuerda que el Estado tiene el deber de prevenir el deterioro del medio ambiente (CP art. 80) y asegurar la participación de la comunidad en las decisiones que tengan un impacto sobre el medio ambiente (CP art. 79). Esto sugiere que la participación comunitaria debe ser previa, pues es la mejor forma de armonizar ambas obligaciones estatales, lo cual justifica la existencia de figuras como la licencia ambiental, regulada por la Ley 99 de 1993, la cual prevé en su trámite una importante participación de la sociedad civil* (Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1996).

Las organizaciones sociales, indígenas, de negritudes y ambientales han considerado necesario acudir a los jueces y tribunales para que éstos, mediante sus fallos, obliguen a la administración pública y a los empresarios a cumplir con el derecho a la participación en materia ambiental, con los procedimientos y en los términos de la Constitución y la ley. Como ejemplo de casos paradigmáticos llevados ante los tribunales por insuficiente o falta de participación, en el caso de la consulta previa a las comunidades indígenas o negras, en el proceso de explotación de los recursos naturales, podemos mencionar: la oposición a la exploración y explotación petrolera por parte de la empresa petrolera Occidental de Colombia, en las tierras del resguardo de la comunidad indígena UWA, en la cual dijo la Corte Constitucional:

> *La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.* (Corte Constitucional. Sentencia SU-O39 de 1997).

El caso de la resistencia del pueblo Embera-Katío a la construcción y posterior llenado de la represa de la hidroeléctrica Urrá, I:

> *Como la omisión de la consulta previa para otorgar la licencia ambiental a la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica es precisamente el hecho que originó la violación de los mencionados derechos, y los daños irreversibles que la construcción de tales obras vienen causando en nada se remedian cumpliendo a posteriori con el requisito constitucional omitido, la Corte ordenará que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física,*

> *mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley.* (Corte Constitucional. Sentencia T-652 DE 1998).

La falta de consulta previa a las comunidades indígenas y negras de todo el país para la expedición de la Ley forestal consideró la Corte en la Sentencia C-030 de 2008 que:

> *un proyecto de la dimensión, la complejidad y las implicaciones del que pretenda regular de manera integral los asuntos forestales, exigía que, como condición previa a su radicación en el Congreso, el gobierno adelantara un ejercicio específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales, que permitiera hacer efectivo su derecho de participación. Dicho proceso habría permitido identificar dificultades, establecer las discrepancias relevantes en las aproximaciones, buscar alternativas, y, en todo caso, propiciar que el debate en el Congreso se enriqueciera con el aporte de posiciones previamente decantadas en las que, si bien no era imperativo el consenso, si permitirían apreciar con nitidez los aspectos que desde la perspectiva de las comunidades podrían resultar problemáticos.*

De lo anterior, podemos inferir la importancia que han tenido los tribunales al momento de tomar decisiones que involucren temas de derecho, medio ambiente, participación y protección de minorías étnicas, además de la importancia de la participación de las organizaciones sociales, grupos académicos, organizaciones comunitarias y organizaciones indígenas en la eficacia del acceso a la justicia ambiental.

> *Cada vez que se vaya a realizar la ejecución de una obra que implica la intervención de recursos naturales –tomando el caso concreto–, los agentes responsables deben determinar qué espacios de participación garantizar según los sujetos que vayan a verse afectados; si se trata de comunidades indígenas o afrodescendientes, o si se trata de una comunidad, que a pesar de que no entra en dichas categorías, su subsistencia depende del recurso natural que se pretende intervenir, y en esa medida, también será obligatoria la realización de espacios de participación, información y concertación, que implican el consentimiento libre e informado* (Corte Constitucional. Sentencia T-348 de 2012).

Sobre la interpretación y alcances del derecho a la participación en las decisiones sobre el medio ambiente es importante resaltar las últimas contribuciones de la Corte Constitucional:

> *Con base en la jurisprudencia constitucional, se identifican las siguientes subreglas específicas sobre la materia: (i) La apertura de espacios de participación, información y concertación, y no de mera información o socialización, que impliquen el consentimiento libre e informado, en el momento de la evaluación de los impactos y del diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación, de modo tal*

> *que en ellas se incorpore el conocimiento local y la voz de los afectados (T-348 de 2012); (ii) La participación en el proceso de elaboración de los censos de afectados y a todo lo largo de la realización del proyecto (T-135 de 2013); (iii) El cumplimiento de los compromisos acordados en los espacios de concertación (T-194 de 1999); (iv) La financiación de la asesoría que requieran las comunidades afectadas por el proyecto, a fin de que éstas puedan ejercer su derecho a la participación efectiva (T-194 de 1999); (v) La participación de las comunidades afectadas por daños ambientales en las actividades de monitoreo y control (T-574 de 1996).* (Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2015).

Igualmente en reciente sentencia,

> *…la Corte ha reiterado la necesidad de garantizar la disponibilidad de espacios de participación efectivos que permitan que los ciudadanos y las comunidades étnicamente diferenciadas –estas últimas, por vía de la consulta previa– accedan a información completa sobre las repercusiones ambientales, sociales y culturales de los proyectos y puedan pronunciarse sobre los mismos.* (Corte Constitucional. Sentencia SU-133 de 2017).

La Corte Constitucional demuestra con estas decisiones la importancia de los valores de la carta política del artículo primero, en donde se define a Colombia como República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista. La Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de las personas y comunidades en las decisiones que afectan su medio ambiente. Esta especial protección implica una serie de instrumentos y recursos mediante las cuales el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas directamente la participación y el acceso a la información sobre un proyecto que se pretenda realizar en los territorios, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o actividad. Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave en la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas, en la medida de lo posible.

4. Las lecciones de la Corte Ambiental

En la aplicación, control e interpretación de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de marcos conceptuales y hermenéuticos en materia de protección del medio ambiente y de la garantía de los derechos ambientales. Estos marcos interpretativos han consolidado lo que podemos llamar sin

lugar a equivocarnos una jurisprudencia ambiental, en donde a falta de tribunales especializados en materia ambiental, ha sido la Corte la que ha liderado unas líneas interpretativas en materia no solo de garantía de los derechos ambientales, sino de la protección del medio ambiente por sí mismo, tanto en sus sentencias de tutela como de constitucionalidad.

Dentro de las líneas de interpretación se destacan unas que nacen desde las primeras sentencia de la Corte como, por ejemplo, el concepto de Constitución Ecológica y que se han sostenido en múltiples fallos, hasta las recientes líneas sobre justicia ambiental, derechos bioculturales y la naturaleza como sujeto de derechos. Estas líneas procuran unos avances interpretativos a tono con las exigencias de la crisis ambiental y de los cambios ambientales globales (Valencia, 2017) que sufre nuestro planeta, poniendo en peligro no solo la existencia humana, sino la supervivencia de la vida en la tierra.

Una consecuencia lógica de las líneas interpretativas de la Corte Constitucional es el concepto de bloque de constitucionalidad ambiental como elemento central para la protección y garantía de los derechos ambientales y del medio ambiente en Colombia.

4.1 La Constitución ecológica

Los valores ambientales, la protección del patrimonio natural y cultural, la importancia de la participación ciudadana en las decisiones ambientales, el derecho-deber de gozar de un ambiente sano, la propuesta a futuro de "sentar las bases jurídicas para que sea posible un desarrollo basado en un nuevo pacto con la naturaleza" (Asamblea Nacional Constituyente, 1990), que fueron reconocidos por el constituyente, se evidenciaron mediante un conjunto normativo extenso inserto en el texto de la Carta Política. La Corte Constitucional ha considerado la Constitución de 1991 como una "constitución ecológica" al señalar que:

> *Esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (C.P art 8). De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (C.P art 79). Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares* (Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 1998).

Desde la sentencia T-411 de 1991 en donde se enuncia la "Constitución ecológica", se revela la intencionalidad de la Corte en la interpretación del mandato

de la Asamblea Nacional Constituyente al dejar el rastro de lo ambiental sobre el plexo de la carta constitucional:

> *El problema ecológico y todo lo que éste implica es hoy en día un clamor universal, es un problema de supervivencia. Para esta Sala de Revisión, la protección al ambiente no es un "amor platónico hacia la madre naturaleza", sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte* (Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992).

Igualmente, al referirse a la Constitución ecológica la Corte Constitucional ha dicho:

> *La "Constitución Ecológica" está conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación entre la sociedad con la naturaleza, y cuyo propósito esencial, es la protección del medio ambiente, caracterizado por consagrar una triple dimensión: De un lado, la tutela al medio ambiente, que, en un principio irradia el orden jurídico, de otro lado, aparece el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y, finalmente, de la Carta, se deriva un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades estatales y a los particulares* (Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2007).

En múltiples decisiones del alto tribunal constitucional sobre la protección de derechos fundamentales y sobre el estudio de la constitucionalidad de leyes y tratados internacionales, ha encontrado en la Constitución una serie de valores, principios y normas que por su estructura y ubicación dentro del texto fundamental, podrían conformarse en una Constitución Ecológica[5].

4.2. El concepto de justicia ambiental y derecho a la participación

El movimiento de justicia ambiental, considerado dentro de la categoría de nuevos movimientos sociales (Sosa, 1993), ha creado conciencia sobre la vulnerabilidad de minorías con respecto a los efectos ambientales. Este movimiento tiene el potencial de ejecutar acciones para proteger el medio ambiente y de involucrar a comunidades en la creación de políticas y legislación ambiental.

Como plantea Dobson (1998, p. 20):

5. Colombia. Corte Constitucional. Sentencias: T-411 de 1992, C-058 de 1994, C-375 de 1994, C-519 de 1994, C-328 de 1995, C-495 de 1996, C-535 de 1996, C-126 de 1998, C-596 de 1998, C-431 de 2000, C-794 de 2000, C-293 de 2002, C-245 de 2004, C-150 de 2005, C-189 de 2006, T-760 de 2007.

> *...la justicia ambiental surge como un discurso nuevo sobre el ambiente que, entre otras cosas, afirma que las preocupaciones sociales y ambientales son inseparables. Dentro de los objetivos de la justicia ambiental se puede destacar la propuesta de desarrollar el propio potencial de poder ("empowerment") comunitario y reconoce la necesidad de que los grupos marginados tengan acceso a los recursos indispensables para desempeñar un papel activo en las decisiones que afectan sus vidas* (Heiman, 1996:119).

El movimiento de justicia ambiental reconoce y destaca la desigualdad ambiental y la injusticia ambiental como otras dimensiones de las desigualdades sociales que caracterizan las sociedades contemporáneas. Igualmente, el movimiento de justicia ambiental considera que el uso del planeta tierra debe ser equilibrado, responsable y ético para garantizar la sustentabilidad de los seres humanos y la de otras especies en el planeta. Si bien el movimiento de justicia ambiental tiene en sus inicios una relación muy local, referido especialmente a los botaderos de residuos tóxicos y a las reclamaciones de las personas de los vecindarios afectados, sus objetivos y formas de actuación social, política y ambiental se han ido reforzando y ampliando no sólo espacialmente sino a sus planteamientos éticos, políticos y filosóficos (Valencia, 2014b).

En los recientes fallos de la Corte Constitucional se ha venido reconstruyendo el concepto de justicia ambiental, partiendo desde sus orígenes como movimiento político y social en Estados Unidos, hasta ponerlo en el contexto social, político y ecológico de Colombia, con lo que se ha ido definiendo su desarrollo, alcance y aplicación en los casos concretos.

En sentencia T-294 de 2014 dijo la Corte:

> *... la justicia ambiental incorpora una demanda de justicia participativa, esto es, un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad. Esta dimensión comporta la apertura de espacios en donde los afectados puedan participar en la toma de decisiones relativas a la realización del proyecto, la evaluación de sus impactos, permitiendo que al lado del conocimiento técnico experto que suele ser el único tenido en cuenta para orientar la toma de decisiones en materia ambiental, también haya un espacio significativo para el conocimiento local, que se expresa en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes* (Corte Constitucional sentencia T-294 de 2014).

4.3 La naturaleza en clave de sujeto de derechos

Los primeros acercamientos del derecho con los temas ambientales se dan en la regulación de las formas de apropiación de la naturaleza, especialmente al definir el derecho de propiedad en cabeza de las personas y a la naturaleza como objeto,

cosa o bien mueble o inmueble susceptible de ser apropiado mediante las diferentes formas jurídicas de adquisición de la propiedad de las cosas.

Para Noguera y Valencia:

> *...la pregunta por la naturaleza, desde el derecho moderno se ha hecho en términos de regular la apropiación de ella, como objeto sobre el cual tiene derechos el sujeto dominante. No hay diferencia epistemológica, ética ni política, entre la pregunta que se hace el derecho moderno, acerca de la naturaleza objeto; con respecto a la pregunta que se hacen otras ciencias como la biología o la física clásicas. En esencia la pregunta surge de una misma intencionalidad: la de una racionalidad imperante, omniabarcante, que culturalmente está tejiendo los hilos del sistema económico dominante, el capitalista.*
>
> *Las formas jurídicas construidas en la modernidad han obedecido a la estructuración de un derecho racional, lógico-formal, formulado a partir de la individualización, reconocimiento de sujetos de derecho y de la propiedad privada. Derechos subjetivos, propiedad privada y autonomía de la voluntad son los pilares fundamentales del derecho racional moderno que se consolidó en occidente con el movimiento codificador alentado por el Código Civil Francés de 1804. El derecho construye el marco normativo para la apropiación de la naturaleza, todo lo existente en el planeta es apropiable en forma de bienes, muebles o inmuebles y las formas de apropiación se llaman dominio o propiedad, posesión, ocupación, accesión. El principio del derecho romano y* medioeval del ius utendi, ius fruendi et abutendi *se traduce en el derecho de la modernidad, en formas de apropiación ilimitada de los también considerados bienes ilimitados de la naturaleza* (Valencia. 2014a, 31).

Ángel afirma que el derecho romano basado en el *is utendi et abutendi*, o sea, en el derecho no sólo de usar, sino de abusar del medio natural, ha sido, sin duda, uno de los principales factores de deterioro ambiental en el mundo moderno. Introducir los límites ambientales al derecho de propiedad es, sin duda, una de las revoluciones ideológicas más importantes que estamos presenciando (Ángel, 1996, 91).

Con la noción filosófica y económica de una naturaleza convertida en "recurso natural" se legisla desde el siglo XIX hasta el siglo XXI, a pesar de todos los discursos y políticas ambientales, la naturaleza aún sigue siendo considerada por el derecho como un objeto y como un recurso, que puede ser transferido por cualquiera de los medios de adquisición de la propiedad. Este es el marco filosófico-jurídico con el que no solo se legisla, sino que se interpreta la legislación emitida durante los últimos siglos, marco reduccionista y reducido con el cual se deben enfrentar los operadores jurídicos, las personas y las asociaciones interesadas en la defensa y protección del medio ambiente.

Es con estas concepciones del derecho y de la naturaleza con las pretende romper la Corte Constitucional al decir:

> *En efecto, la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global –biósfera–, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad* (Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016).

De acuerdo con Ost, "convertida en materia de reglamentación y administración, de hecho la naturaleza no ha dejado de ser tratada como objeto: por supuesto, la apropiación evidentemente no ha desaparecido; digamos que se ha hecho más compleja a causa de la imbricación de estrategias privadas e interferencias públicas" (Ost, 1996, 109).

La Corte Constitucional en la Sentencia T-622 de 2017, al "RECONOCER al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas". pretende romper con la concepción que solo son sujetos de derecho los seres humanos. La naturaleza pasa a ser el objeto de dichos derechos, como apropiable, enajenable y usufructuable, de acuerdo con la tesis hegeliana que concede al hombre un derecho de propiedad absoluta sobre todas las cosas. En palabras de Hegel: "la persona tiene derecho a hacer suya cualquier cosa: poniendo su voluntad en cosas para servir a su fin sustancial, la persona les da un alma y una destinación de que las cosas por sí mismas carecen. Este es el derecho absoluto de apropiación de todas las cosas que tiene el hombre" (Cordua, 1992, 44).

El concepto de bioculturalidad y derechos bioculturales es la consecuencia conceptual directa no solo de los avances jurisprudenciales en otros países, sino que también es la respuesta jurídica y a los diferentes movimientos ambientales que desde lo ético, lo político y lo social piden los cambios necesarios en la percepción y papel de los seres humanos en la trama de la vida (Capra, 1999). Señala la Corte que:

> ***...la premisa central sobre la cual se cimienta la concepción de la bioculturalidad y los derechos bioculturales es la relación de profunda unidad entre naturaleza y especie humana.*** *Esta relación se expresa en otros elementos complementarios como: (i) los múltiples modos de vida expresados como diversidad cultural están inextricablemente vinculados con la diversidad de ecosistemas y territorios; (ii) la riqueza expresada en la diversidad de culturas, prácticas, creencias y lenguajes es el producto de la interrelación coevolutiva de las comunidades humanas con sus ambientes y constituye una respuesta adaptativa a cambios ambientales; (iii) las relaciones de las diferentes culturas ancestrales con plantas, animales, microorganis-*

> *mos y el ambiente contribuyen activamente a la biodiversidad; (iv) los significados espirituales y culturales de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre la naturaleza forman parte integral de la diversidad biocultural; y (v) la conservación de la diversidad cultural conduce a la conservación de la diversidad biológica, por lo que el diseño de política, legislación y jurisprudencia debe enfocarse por la conservación de la bioculturalidad*[6]*. Estos elementos, en adelante deberán tenerse en cuenta como parámetros para la protección de los derechos del medio ambiente y de la naturaleza, desde una perspectiva biocultural* (Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016).

La comprensión de este nuevo tipo de derechos requiere de una visión compleja y holística de la relación derecho-sociedad y medio ambiente, lo que implica resignificar los conceptos jurídicos tradicionales asentados en la propiedad privada del derecho decimonónico y construir unos nuevos conceptos jurídicos que tengan en cuenta las nuevas relaciones y realidades que se tejen hoy entre las sociedades y los ecosistemas.

La transformación a gran escala del medio ecosistémico desde la era industrial, ha traído consecuencias importantes para el medio ambiente. La explotación muchas veces incontrolada de los recursos naturales, sumada a la contaminación por los desechos de esta transformación a gran escala, impacta y amenaza directamente la biodiversidad. Como resultado, muchas especies animales y vegetales han desaparecido o están en vía de extinción (PMUMA, 2007). La vida de las personas también se ve amenazada por las mismas causas que la de las otras especies que habitan la tierra. La conciencia de la amenaza al destino común de todos los seres humanos que habitan hoy la tierra y a las generaciones futuras, que ven afectado su entorno y su sistema ecológico, legitima el reconocimiento de un tipo de bienes jurídicos cuya vulneración y degradación produce un efecto negativo directamente a individuos determinados, al tiempo que incide negativamente en la supervivencia de los demás individuos y en la de las generaciones por venir. La teoría jurídica del derecho ambiental procura la protección integral de todos los recursos o bienes ambientales, pues ellos constituyen en su conjunto el medio ambiente, sin importar la categoría a la cual pertenezcan.

La forma como la Corte asume esos retos para el derecho es reconociendo en los casos concretos esa realidad de la interrelación que tenemos con la naturaleza, al decir que:

6. Posey, D. A., Dutfield, G., Plenderleith, K., da Costa e Silva, E., & Argumedo, A. Traditional resource rights: International instruments for protection and compensation for Indigenous peoples and local communities. Gland: International Union for the Conservation of Nature. 1996.

> *...un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos* (Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016).

Frente a las amenazas y riesgos reales del desarrollo científico-técnico, ha surgido en el derecho la necesidad de reconocer la existencia de esas amenazas y riesgos para proponer desde la ciencia jurídica, unas instituciones y unas formas legales apropiadas, para proteger a las personas y a su entorno. Una de las formas jurídicas es la consagración de un tipo de derechos diferentes en contenido y en forma, de los ya consagrados derechos políticos, sociales, económicos y culturales. Esta nueva generación de derechos ha emergido al interior de las sociedades modernas, en la forma de derechos e intereses difusos o colectivos, que representan una ruptura con el paradigma tradicional de la teoría clásica del interés jurídico. El sentido de los nuevos derechos asume la forma de lo colectivo, de lo que es de todos, diferenciando de los modernos derechos consagrados a favor de las personas individuales.

4.4 El bloque de Constitucionalidad ambiental

La crisis ambiental moderna requiere de la movilización de todas las ciencias y disciplinas del saber humano en busca de nuevas formas sustanciales y procedimentales, que propongan a la humanidad los cambios suficientes para adaptarse a la situación actual de degradación del medio ambiente, agotamiento de los recursos naturales, cambio climático, pobreza y miseria de miles de millones de personas en todo el mundo y amenaza a los ecosistemas que sustentan la vida en todo el planeta.

La ciencia del derecho aceptó el reto de los actuales tiempos, al proponer desde el derecho ambiental, diferentes institutos y formas jurídicas que definen nuevas formas de relación de los seres humanos con la naturaleza, al otorgarle a ésta la calidad de bien jurídico protegido.

Derecho y política configuran y reconfiguran el mundo de la vida-simbólico-biótica, que afecta y construye la realidad de las personas y de las comunidades. El reconocimiento del medio ambiente como bien jurídico protegido; del derecho a gozar de un ambiente adecuado y de otros derechos asociados con el medio ambiente; como el derecho de las personas para actuar a favor y en defensa de los bienes ambientales, son las formas jurídicas como las sociedades actuales asumen la relación entre derecho-sociedad-naturaleza y configuran hoy lo que llamamos el derecho ambiental.

Reconocer los riesgos y la responsabilidad que tienen las personas, las instituciones y los Estados, con el medio ambiente, ha obligado a los poderes públicos a establecer una serie de instrumentos políticos y jurídicos para el manejo y protección del medio ambiente. También se han establecido los instrumentos a favor de las personas y asociaciones de la sociedad civil, para que frente al incumplimiento de las normas y políticas ambientales establecidas, sean estos los que, como última *ratio*, accedan a los jueces y tribunales en busca de una resolución que obligue a su cumplimiento.

El conjunto de derechos, instituciones y mecanismos establecidos por las sociedades para la defensa ambiental configuran el bloque de constitucionalidad ambiental, que tiene como fin la defensa y protección de los bienes, derechos e intereses colectivos; es decir, lo que es de todos. La elaboración de unas formas jurídicas para la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ambientales, parte de múltiples voces científicas, políticas y sociales que alertan sobre la existencia de la problemática ambiental y exigen propuestas de solución a las instituciones y los Estados para mitigar, corregir, compensar o impedir los impactos y las consecuencias de las actividades humanas sobre el medio ambiente.

En Colombia, se expidió en 1973 la primera política ambiental mediante la Ley 23 de 1973 y el Código de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente de 1974, considerado este último como uno de los más avanzados del mundo, que respondía a las estrategias jurídicas trazadas desde la cumbre de Estocolmo de 1972. A pesar de tener esta norma jurídica tan avanzada, el deterioro ambiental ha continuado en nuestro país, incluso al amparo de la ley, pues el deterioro ambiental está avalado por un sistema jurídico que puede ser blando o fuerte al momento de establecer los límites y de una institucionalidad que en el ejercicio de sus funciones de reglamentación y de vigilancia, puede ser también fuerte o blanda al momento de exigir el pleno cumplimiento de las leyes ambientales, que dicho sea de paso está conformada por unos mínimos de protección, no por unos máximos.

Es a partir de la promulgación de la Constitución política de 1991, en donde se incorporaron los principios y derechos contemporáneos asociados con los derechos colectivos y del medio ambiente y en donde se entregó a la ciudadanía una serie de derechos, pero también de deberes y responsabilidades con relación al medio ambiente. Conjunto de derechos y deberes que hoy podemos llamar con el nombre genérico de justicia ambiental, que comprende los derechos ambientales y el derecho de acceso la justicia ambiental.

En la interpretación y aplicación de la nueva carta constitucional para la garantía de los derechos individuales y colectivos, se construye el concepto de bloque de constitucionalidad, entendiendo como tal aquel conjunto de principios, valores, derechos, normas y jurisprudencia nacional e internacional, asociada a la protección y garantía de los derechos humanos y en este caso a la garantía de los derechos ambientales.

5. Consideraciones finales

Reconocemos la importancia de los procedimientos constitucionales como mecanismos de acceso a la justicia ambiental y el papel que han desempeñado los jueces en su calidad de garantes de los derechos ambientales incorporados en la Constitución de 1991. Por la falta de procedimientos especiales en la justicia ordinaria, que sirvan como mecanismos efectivos para la defensa y protección del medio ambiente y de los derechos ambientales de las personas y de las colectividades; son las acciones constitucionales las utilizadas para enfrentar las continuas amenazas y violaciones, no sólo al sistema jurídico ambiental como tal, sino a la amenaza directa a la vida de las personas y las comunidades por el incumplimiento de las leyes ambientales, por la omisión del cumplimiento de vigilancia y control de las autoridades públicas sobre la aplicación de las leyes ambientales. Es muy frecuente la infracción y el desconocimiento del ordenamiento jurídico ambiental por las autoridades públicas, al otorgar licencias, concesiones y permisos de aprovechamiento del medio ambiente, sin tener en cuenta los principios constitucionales y ambientales de precaución, prevalencia del interés general, desarrollo sustentable y participación pública.

Es reconocido el papel importante que juegan los jueces y tribunales en las democracias modernas. La existencia de un poder judicial fuerte e independiente garantiza el funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas de los estados constitucionales modernos. El papel de la judicatura en temas ambientales es cada día más destacado al convertirse en garante en última instancia del cumplimiento de las normas ambientales, especialmente las relacionadas con los derechos ambientales. Frente a esto escribió Valencia que:

> *Han sido los jueces y tribunales de justicia, en su papel de jueces constitucionales, quienes han protegido muchas de las veces, los derechos ambientales de las personas y de las colectividades, a partir de una interpretación razonable, creativa y responsable, no solo de las normas constitucionales, sino que han comprendido el espíritu de la constitución ecológica y han puesto normas de inferior jerarquía en el contexto y en la lógica de la constitución verde. Indudablemente ha sido importante el papel que ha jugado la Corte Constitucional, como máximo guardián de la Constitución y con autoridad para interpretar el alcance y aplicación de los derechos y obligaciones contenidos en la misma* (Valencia 2013, p. 170).

Referencias

Ángel Maya, Augusto. (1996a). *El reto de la vida. Ecosistema y cultura. Una introducción al estudio del medio ambiente.* Bogotá: Ecofondo.

Asamblea Nacional Constituyente. (1990). *Gaceta Constitucional No. 58.*

Capra Fritjof. (1998). *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos.* Barcelona: Anagrama.

Colombia. Congreso de la República. Ley 21 de 1991.

Cordua Carla. (1992). *Explicación sucinta de la filosofía del derecho de Hegel*. Bogotá: Temis.

Corte Consitucional. Sentencia C-030 de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia SU-133 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2015.

Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-415 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-536 de 1992.

Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 1998.

Corte Constitucional. Sentencia T- 760 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia T- 769 de 2009.

Corte Constitucional. T-348 de 2012.

Corte Constitucional sentencia T-294 de 2014.

Cortina Adela. (1999). *Ciudadanos del mundo. Hacia una nueva teoría de la ciudadanía.* Madrid: Alianza Editorial.

Dobson Andrew. (1998). *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Theories of Distributive Justice.* Oxford: Oxford University Press.

OIT. (1989). Convenio No. 169. Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

ONU. (2002) Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo (Sudáfrica). 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002.

ONU. (2002a). Global Judges Symposium On Sustainable Development And The Role Of Law.

ONU. (2002b). Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo (Sudáfrica). 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002.

ONU. (2010). Proyecto de directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales.

Ost Francois. (1996). *Naturaleza y Derecho*. Bilbao. Ediciones Mensajero.

PNUMA. (1982). Carta Mundial de la Naturaleza.

PNUMA. (2000). Declaración de Malmö.

Valencia H, Javier Gonzaga. (2014a). *El derecho de acceso a la justicia ambiental en Colombia: Entre la validez formal y la eficacia material*. Colombia. Editorial Universidad de Caldas.

_____ (2014b). *El acceso a la justicia ambiental en Latinoamérica. Estudio comparado Brasil, Colombia y México*. México. Editorial Porrúa.

_____ (2017). Introducción. *Cambio ambiental global y políticas ambientales en América Latina*. En: Ghunther G. *La Política del Ambiente en América Latina: una aproximación desde el cambio ambiental global.* Mexico. Clacso-Universidad autónoma metropolitana.

La consulta popular municipal sobre minería. Modalidad de participación ciudadana

Diana Carolina Sanabria Ramírez,[1]
LL.M. (Konstanz)

1. Abogada, Universidad Santo Tomás; *Legum Magister* y doctoranda en derecho público, Universidad de Konstanz, becaria DAAD. Investigadora en derecho de planeación (proyectos de infraestructura), urbanístico, ambiental, energético y administrativo.

Resumen

El presente artículo trata la consulta popular municipal como mecanismo de participación efectivo para rechazar la minería dentro del territorio del municipio. Sobre la consulta popular municipal se abordan: concepto, alcance, límites, argumentos a favor y en contra de su viabilidad para prohibir la minería, y los efectos de la decisión tomada mediante la consulta popular municipal. Por último, el artículo presenta una propuesta sobre el proceso de concesión de títulos mineros, el cual garantice la participación del municipio y demás interesados y posiblemente prevenga reclamaciones de las empresas mineras ante tribunales internacionales de arbitraje.

1. Introducción

Se habla del *"boom"* de las consultas populares en Colombia (Rubiano, 2017), debido a que hay varios municipios decididos a sacar o evitar que entren proyectos de explotación minera a gran escala o de hidrocarburos, e incluso hidroeléctricos, a su territorio. Solo en el año 2017, la Registraduría Nacional del Estado Civil contó con que se llevara a cabo doce consultas populares en diferentes municipios. A la fecha de entrega del presente artículo ya había resultados sobre siete de ellas. Todas alcanzaron el umbral –un tercio del censo electoral– y respondieron con SÍ o NO a una pregunta que indaga la opinión de los habitantes del municipio frente a la realización de los mencionados proyectos.

Cada municipio adaptó la pregunta según su necesidad. Por ejemplo, el municipio de Cabrera (Cundinamarca) preguntó por la aceptación para desarrollar actividad minera e hidroeléctrica, mientras que Pijao (Quindío) solo preguntó sobre minería y Arbeláez (Cundinamarca) sobre explotación y lavado de materiales de hidrocarburos y/o minería a gran escala. Ésta es la pregunta base: ¿Está usted de acuerdo con que dentro de la jurisdicción del municipio X se ejecuten actividades de exploración sísmica, perforación exploratoria y producción de hidrocarburos/proyectos y actividad minera/hidroeléctrica? Los resultados fueron los siguientes (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2017):

Fecha (dd.mm.aa)	Municipio	NO	SÍ
26.02.17	**Cabrera** (Cundinamarca)	97,27 % (1463 votos)	1,53% (23 votos)
26.03.17	**Cajamarca** (Tolima)	97,9 % (6165 votos)	0,22% (14 votos)
04.06.17	**Cumaral** (Meta)	97,04 % (7475 votos)	2,38 % (183 votos)
09.07.17	**Arbeláez** (Cundinamarca)	98,54 % (4312 votos)	0,87% (38 votos)
09.07.17	**Pijao** (Quindío)	97,76 % (2613 votos)	0,97% (26 votos)

Fecha (dd.mm.aa)	Municipio	NO	SÍ
17.09.17	**Jesús María** (Santander)	97,05 % (1677 votos)	1,27% (22 votos)
01.10.17	**Sucre** (Santander)	98,21 % (3016 votos)	1,07% (33 votos)

Estos pronunciamientos populares tienen consecuencias políticas y jurídicas que no van de acuerdo con la política del Gobierno Nacional sobre la promoción de las actividades de explotación de recursos naturales (Ministerio de Minas y Energía, 2016). El problema se resume en las discrepancias que hay entre Gobierno Nacional y municipios por la expedición de licencias ambientales. Por un lado, el Gobierno Nacional es competente, entre otros, para otorgar tanto licencias ambientales para actividades de explotación de hidrocarburos, ejecución de proyectos de minería a gran escala y construcción de plantas hidroeléctricas (artículo 52, Ley 99 de 1993), como títulos mineros. Y, por otro, los municipios son competentes para planificar, gestionar sus intereses y ordenar su territorio (artículo 311, 313, numerales 7 y 9, C.P. y artículo 2, Ley 1454 de 2011).

La sentencia de la Corte Constitucional T-445 de 2016, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, fue el primer pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las consultas populares municipales referentes a explotación minera en los municipios, el cual se refiere al problema planteado entre Gobierno Nacional y gobiernos municipales. En el presente artículo se aborda la consulta popular municipal, como mecanismo de participación ciudadana, y las consideraciones sobre la constitucionalidad de ésta como forma de exclusión de proyectos mineros de determinado territorio. Así mismo, se analizará la garantía de participación que deben tener los municipios y demás actores interesados, y se hará una propuesta sobre la modificación al proceso de otorgamiento de títulos mineros o rechazo del mismo.

2. La consulta popular municipal

2.1 Concepto

La Constitución Política de 1991 garantiza a la ciudadanía la participación democrática a través de diferentes mecanismos. El artículo 103 de la C.P. incluye a la consulta popular en los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de

su soberanía. Soberanía que reside exclusivamente en el pueblo, según el principio constitucional del artículo 3 de la C.P., y que puede ser ejercida directamente por éste o por medio de sus representantes.

La definición legal de la consulta popular reposa en el art. 8 de la Ley 134 de 1994, el cual la concreta como la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto.

2.2 Alcance y límites

Según el artículo 41 de la Ley 1757 de 2015 y el artículo 55 de la Ley 134 de 1994, la decisión del pueblo, tomada mediante consulta popular, será obligatoria cuando se cumpla con que la pregunta sometida al pueblo haya obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.

A pesar de la claridad de las normas mencionadas sobre el alcance de la decisión tomada por el pueblo a través de la consulta popular, el debate sobre la vinculatoriedad de dichas decisiones tomadas a nivel municipal no ha cesado. Un ejemplo de ello es el caso de la multinacional AngloGold Ashanti, la cual sufrió un fuerte rechazo de su proyecto minero "La Colosa", mediante las consultas populares llevadas a cabo en los municipios tolimenses de Piedras en 2013 (98,8 % de los votos fueron por el "no" a la minería aurífera) y Cajamarca en 2017.

AngloGold Ashanti decidió detener todas las actividades en el proyecto, aún con el respaldo del Gobierno Nacional, el cual se ha mantenido en la posición de que la minería a gran escala es competencia única de la Nación y, además, de que los resultados de las consultas populares no tienen efectos retroactivos. Lo anterior implicaría que los títulos mineros ya otorgados se mantendrían vigentes y que la respectiva licencia ambiental para la explotación podría ser concedida sobre dichos títulos.

El Gobierno incluso afirma que "por lo tanto no es procedente que autoridades como el Concejo Municipal o el Alcalde Municipal, realicen consultas populares, para dejar en manos de la ciudadanía la realización de minería en sus territorios, por cuanto ellos no tienen la competencia constitucional y legal para prohibir la minería en su territorio" (Ministerio de Minas y Energía, 2015).

Estas disputas sobre la competencia para llevar a cabo una consulta popular sobre minería se dan en una zona limítrofe confusa entre autonomía municipal y unidad nacional. Una zona que reúne varios conflictos de tensión entre autoridades nacionales y locales. La Constitución y las leyes han fijado unos límites para tratar de definir la línea divisoria de las competencias. Aunque éstos no han sido suficientes para evitar conflictos, dan luces sobre los principales límites, los cuales se pueden agrupar bajo los criterios de competencia y materia.

Lo que se refiere a la competencia está determinado por los artículos 104 y 105 de la Constitución Política, según los cuales el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. Mientras que los gobernadores y alcaldes, según el caso, podrán realizar consultas populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio, previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que éste determine.

Además de los mencionados representantes del ejecutivo, según el artículo 5 de la Ley 1757 de 2015, cualquier ciudadano, organización social, partido o movimiento político, puede solicitar a la Registraduría del Estado Civil correspondiente su inscripción como promotor de una consulta popular.

En el caso de la consulta popular municipal, como ya se dijo, debe referirse a un asunto de carácter municipal. Si el asunto no es de competencia del municipio, no le corresponde a sus habitantes ni gobernantes solicitar la consulta. Lo que define si la competencia es del municipio es la materia sobre la que ha de versar la consulta.

El artículo 18 de la Ley 1757 de 2015 enuncia taxativamente las materias sobre las que no puede versar una consulta popular en ningún caso: i) las que sean de iniciativa exclusiva del Gobierno, de los gobernadores o de los alcaldes; ii) presupuestales, fiscales o tributarias; iii) relaciones internacionales; iv) concesión de amnistías o indultos; v) preservación y restablecimiento del orden público.

En ese listado no se encuentra la minería, por lo que una consulta popular ha de proceder sobre esta materia. Lo que no se tenía claro hasta la sentencia T-445 de 2016 de la Corte Constitucional era si la minería podría ser materia de una consulta popular municipal. Entre otras cosas, no estaba claro porque había una prohibición legal vigente para las autoridades locales de declarar un territorio como libre de minería (artículo 37 del Código de Minas). La vigencia fue de quince años, hasta que la Corte (C-273-16) la declaró inexequible en 2016, después de que la norma ya hubiera pasado por la Corte, enfrentando diferentes cargos.

El artículo 37 del Código de Minas (Ley 685 de 2001) establecía que ninguna autoridad regional, seccional o local podría establecer zonas del territorio que quedaran permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Y es exactamente

ésta la pretensión de las consultas populares municipales ya mencionadas. Los habitantes de los municipios como Cajamarca o Pijao se propusieron excluir el desarrollo de actividades de minería en sus territorios.

Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-123 de 2014, en "el entendido de que en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política".

La Corte reconoció la tensión en la que se encuentran los principios constitucionales de autonomía de las entidades territoriales y la forma de organización territorial unitaria del Estado. Esta tensión se hace más evidente cuando se trata de la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. En el caso concreto, se trataba de la competencia del municipio de ordenar su territorio, pues la prohibición del art.37 del Código de Minas le impedía al municipio considerar incluir territorios libres de minería en su plan de ordenamiento territorial.

Esta injerencia en la autonomía de los municipios fue considerada por la Corte como justificada. El magistrado ponente, Alberto Rojas Ríos, asumió que la mención del numeral 7 del artículo 313 de la Constitución. "Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley", es la base constitucional que le permite al legislador promulgar la prohibición legal en cuestión, sobreponiendo el principio del Estado unitario al de la autonomía. Sin embargo, en esa ocasión, la Corte no examinó qué tipo de ley puede llegar a limitar así las competencias de los municipios. Lo que sí hizo en la sentencia C-273 de 2016, en la que declaró la inexequibilidad del artículo 37 del Código de Minas, pues éste afectaba de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios. Y una decisión de este tipo está sujeta a reserva de ley orgánica, no a una ley ordinaria, como lo es el Código de Minas.

Tres meses después de la declaratoria de inexequibilidad del mencionado artículo 37, la Corte (T-445-16) concluyó que, en el marco de la realización de actividades mineras en el territorio nacional, debe garantizarse un grado de participación activa y eficaz, "lo cual puede llevar incluso a la manifestación de voluntad por parte del ente territorial de oponerse a la actividad minera". La Corte Constitucional reconoció la competencia que tienen los municipios para tomar decisiones

que impliquen realización **o no** de la minería (T-445-16). El municipio, como se verá más adelante en detalle, tiene la competencia de ordenar su territorio y cuenta con una importante función de reglamentación, control y vigilancia ambiental.

2.3 Resumen

En pocas palabras, está establecido en la ley que la decisión tomada por el pueblo a través de una consulta popular es obligatoria (alcance). La consulta popular tiene límites y, en el caso concreto, es competencia del municipio ordenar el territorio y proteger el medio ambiente (competencia). Que el otorgamiento de licencias ambientales y de títulos mineros no esté a cargo del municipio no implica que haya de aceptar la imposición de la minería en su territorio por parte del Gobierno Nacional sin ser partícipe de la decisión. Al municipio le compete ordenar el suelo de su territorio, lo que implica darle la bienvenida o rechazar la entrada de la minería. Por lo anterior, el municipio tiene la facultad de llevar a cabo una consulta popular sobre la minería en su territorio (materia).

3. Decisión sobre la procedencia de la minería en el territorio municipal a través de la consulta popular

3.1 Argumentos en contra

Los argumentos en contra de la viabilidad de la consulta popular como mecanismo del municipio para decidir sobre la procedencia de la minería en el territorio versan sobre la competencia que tiene el Gobierno Nacional para otorgar los títulos mineros y las licencias ambientales.

El artículo 52, numeral 2, de la Ley 99 de 1993 concede al Ministerio del Medio Ambiente la competencia para otorgar licencia ambiental, de manera privativa, sobre ejecución de proyectos de gran minería. La base para que el legislador le otorgara esta competencia a la Nación y no a las entidades territoriales es el principio de Estado unitario.

El principio de Estado unitario, o de República unitaria –como lo nombra el artículo 1 de la C.P.–, presupone la centralización política, lo cual, exige com-

petencias centralizadas para la formulación de decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional (C-579-01).

Para la Corte Constitucional este principio tiene una relación directa con los asuntos de un interés nacional de superior entidad, lo que incluso da la posibilidad de intervenciones puntuales de la Nación, que desplacen, a las entidades territoriales en asuntos que de ordinario se desenvuelven en la órbita de sus competencias (C-149-10).

Para el Gobierno Nacional la minería es un asunto de interés nacional. El Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–, como máxima autoridad nacional de planeación, declaró en 2013 todos los proyectos de inversión del país en el sector minero-energético como proyectos de interés nacional y estratégicos (CONPES, 2013). El motivo es que, para el CONPES, la minería tiene un impacto en el desarrollo del país y coadyuva a su crecimiento económico y social.

Otro de los argumentos en contra de la viabilidad de la consulta popular municipal para excluir a la minería de determinado territorio es la lectura dada al artículo 332 de la C.P., según el cual el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. Según la interpretación del Gobierno Nacional, esto significa que el Estado sería el encargado de conceder y autorizar la exploración y explotación de dichos recursos. Además, el Estado estaría representado por las autoridades nacionales competentes y, por ende, la iniciativa de la consulta popular correspondería al Presidente de la República (Ministerio de Minas y Energía, 2015).

De manera resumida, entonces, son tres los argumentos en contra de la viabilidad de la consulta popular municipal sobre minería. El primero es el principio de Estado unitario, el segundo es que la minería es un asunto de interés nacional –competencia de la Nación– y el tercero que es el subsuelo es propiedad del Estado y que el Estado está representado por las autoridades nacionales, no por las de las entidades territoriales.

3.2 Argumentos a favor

Frente a estos argumentos hay argumentos contrarios. Y fue la Corte Constitucional, en su sentencia C-445 de 2016, la encargada de desarrollarlos.

a. Estado unitario vs. autonomía de las entidades territoriales

De cara al principio de Estado unitario está el principio de autonomía de las entidades territoriales. El art. 287 de la C.P. afirma que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la

Constitución y la ley. En tal virtud tienen los siguientes derechos: i) Gobernarse por autoridades propias. ii) Ejercer las competencias que les correspondan. iii) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. iv) Participar en las rentas nacionales.

La Corte Constitucional (C-517-92), denominó como núcleo o reducto mínimo de la autonomía a estas cuatro potestades. Sin embargo, no se trata de un concepto acabado, pues los límites y/o contenido mínimo de esa autonomía no sólo están dados por la Constitución, sino también por "la ley", como lo dice el mismo artículo 287 de la C.P.

La autonomía de las entidades territoriales debe desarrollarse dentro los límites que le impongan la Constitución y la ley, lo que implica que "se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario" (C-535-96). Sin embargo, el "principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última" (C-535-96).

Según la Corte (Auto 383 de 2010), ambos principios deben ser interpretados y aplicados, de tal manera que entre ellos haya coexistencia y equilibrio, sin que uno sea absoluto en perjuicio del otro. Así, la Corte (C-478-92) (C-541-93) deja claro que existe un sistema de limitaciones recíprocas, con criterios concretos para solucionar las tensiones:

- Cuando el interés nacional y el local choquen en el ejercicio de determinadas competencias, prevalecerá el que concentre mayor valor social.
- La ley no puede dejar a las entidades territoriales sin competencias, es decir, no puede anular o enervar su autonomía, dejándolas sin qué regular o sobre qué decidir.
- El peso del principio unitario se intensifica en materia macroeconómica.
- El reparto de competencias entre entidades debe hacerse con base en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

El caso de la consulta popular municipal sobre minería, tratado en la sentencia C-445 de 2016, es un caso mediado por el principio de concurrencia, el cual exige que, en determinadas materias, la actividad del Estado deba cumplirse con la participación de los distintos niveles de la administración, debido a que hay competencias concurrentes.

Con el principio de concurrencia entre los principios de autonomía y de Estado unitario, la Corte reitera que el núcleo esencial de la autonomía territorial permite que los parámetros generales propios del carácter unitario del Estado sean ejercidos bajo dos condiciones: i) previa habilitación legal expresa y ii) respeto de las competencias propias de los municipios y departamentos.

Una vez se cumplan estas dos condiciones, el Estado unitario puede entonces realizarse. En el caso concreto, la realización del Estado unitario se traduce en la adjudicación de la competencia sobre los proyectos de gran minería a la Nación, hecho que está dentro de la libertad de configuración del legislador, entonces hay una habilitación legal expresa. Además, está dentro de las competencias del Gobierno Nacional definir las orientaciones generales de la política económica, social y ambiental (art. 339 de la C.P.). Pero la condición de respeto de las competencias propias de los municipios no ha sido realmente tenida en cuenta, pues no se les ha permitido participar en la toma de decisiones sobre proyectos que afectan directamente su territorio.

De manera que es indiscutible que el Gobierno Nacional tiene la potestad constitucional y legal, ya mencionada, de declarar todos los proyectos de inversión del país en el sector minero energético como proyectos de interés nacional y estratégicos (CONPES, 2013) y otorgar títulos mineros y licencias ambientales, pero no tiene la competencia de decidir sobre el territorio municipal –competencia e interés del municipio– y por lo tanto no puede excluir la participación de los municipios en la toma de decisiones en el caso concreto.

b. Impactos de la gran minería sobre las competencias de los municipios

Teniendo en cuenta que la decisión sobre proyectos de gran minería está en manos del Gobierno Nacional, la Corte (C-445-16) aduce que la función de ordenamiento territorial y reglamentación del uso del suelo por parte de las autoridades municipales debería ser observada por el Gobierno Nacional antes de otorgar un título minero.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 388 de 1997, el ordenamiento del territorio municipal comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.

Es evidente que cualquier municipio al que llegue un proyecto de minería vería afectados sus planes, en caso de no estar de acuerdo con los nacionales. Y no solamente por el ordenamiento territorial en general, sino porque la Ley 388 de 1997 también deja claro a lo largo de su articulado que los municipios cuentan con una importante función de reglamentación, control y vigilancia ambiental en el marco de sus competencias (C-445-16).

La importancia de esto radica en que, en las consultas populares municipales que se han llevado a cabo en los últimos cuatro años, el argumento principal de los votantes para desaprobar la ejecución de proyectos mineros o de hidrocarburos en sus territorios es la importancia de un ambiente sano por encima de los posibles beneficios económicos. La preocupación más grande de los votantes es la contaminación o escasez futura del agua y los demás impactos ambientales.

Esta preocupación es razonable, en la medida en hay casos que motivan a la población a rechazar la minería, como son el Cerrejón y Cerro Matoso (minería a cielo abierto de carbón), en donde entre 1990 y 2011 se generaron 10.000 millones de toneladas de escombros y residuos rocosos potencialmente contaminantes (Garay Salamanca, 2013). Así como, en el caso del oro, las proyecciones de residuos generados por solo "tres proyectos de megaminería a cielo abierto (Marmato, con datos de la empresa Gran Colombia Gold; Angosturas, con datos de Greystar y La Colosa, y proyecciones hechas por la Contraloría General de la República con base en datos de AngloGold Ashanti) sumarían cerca de 4.300 millones de toneladas de escombros rocosos y colas o relaves en un periodo de menos de 30 años, y con la preocupante liberación de especies químicas tóxicas como el arsénico" (Garay Salamanca, 2013).

La Corte Constitucional (C-445-16) reúne en cuatro grupos los impactos de la actividad minera sobre aspectos inherentes a las competencias constitucionales de los municipios. En primer lugar, la actividad minera a gran escala sustrae grandes extensiones de tierra de la posibilidad de llevar a cabo actividades agrícolas, lo cual afecta la economía local, entre otras cosas.

En segundo lugar, la Corte afirma que es evidente una directa correlación entre el desarrollo de grandes megaproyectos, como los mineros, en una determinada población, y la repentina aparición o expansión de grupos armados al margen de la ley en esa zona. Esto debido a los intereses económicos que persiguen dichos grupos para la financiación de sus actividades ilícitas. Lo que muchas veces se traduce en desplazamiento forzado, asesinatos, etc. En lo que atañe al municipio, la actividad minera tiene la potencialidad de afectar su orden público y así afectar las condiciones de vida y seguridad de los habitantes del mismo.

El tercer grupo de impactos al municipio consiste en el aumento de los precios de bienes y servicios debido a la llegada de población flotante destinada para trabajar en la mina –por ejemplo, aumentan los precios de los arriendos– y al aumento selectivo de ingresos en la población. Al no lograr trabajar en la actividad minera, muchos quedan por fuera de los beneficios económicos que trae dicha actividad. Esto genera círculos de pobreza que alcanzan la miseria, pues una buena parte de la población no puede cubrir los nuevos costos de los bienes y servicios.

Comparando con municipios sin minería, en los municipios mineros hay condiciones más críticas de pobreza, más problemas de salud y mayores niveles de violencia, entre otros (Garay Salamanca, 2013).

El cuarto grupo de impactos se refiere al impacto ambiental de la minería, el cual se refleja en diferentes puntos, tales como, deterioro en la calidad del agua por drenajes ácidos de mina, degradación de suelos por apertura de socavones, muerte de flora y fauna por vertimientos de la minería, intervención de cursos de agua, pérdida de cobertura vegetal y tala de bosques por campamentos y maquinaria (Miranda Londoño, 2015).

Es necesario tener en cuenta que todos los impactos generados por la actividad minera, aquí mencionados, varían en el caso particular. Por ende, es necesario que se realicen estudios técnicos antes de la realización de un proyecto. Esto se lleva a cabo, una vez el interesado en explotar los recursos naturales obtiene un título minero. La autoridad competente –actualmente, la Agencia Nacional de Minería (ANM)– concede, a través del contrato único de concesión minera (Resolución 420 de 2013), un plazo para la exploración técnica.

El periodo de exploración técnica es, por regla general, de tres años (art. 71 Código de Minas). En dicho lapso el concesionario debe elaborar, entre otros, un estudio de impacto ambiental, en donde se establecen las obras de recuperación geomorfológica, paisajística y forestal del ecosistema alterado.

Este estudio es presentado por el concesionario ante la autoridad competente para otorgar la licencia ambiental –actualmente, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)–, la cual cuenta con 30 días hábiles, después de recibir la información que haya solicitado, para revisar un estudio de impacto ambiental, que le tomó al concesionario tres años llevarlo a cabo, y expedir la resolución que otorgue o niega la licencia ambiental (artículo 58 Ley 99 de 1993). En otras palabras, la ANLA tiene, en promedio, diez días para revisar cada año de estudios de impacto ambiental.

c. Estado propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables

La Constitución de 1991 contiene una norma especial sobre la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, de cuya titularidad goza el Estado (artículo 332 de la C.P.). Con el término "Estado", el Constituyente quiso diferenciar entre "Estado" y "Nación" (C-221-97).

La interpretación de la Corte Constitucional se refiere a que el término "Estado" del artículo 332 de la C.P. es un concepto más general que el de "Nación", el cual engloba a todos los niveles territoriales. O sea, "Estado" como conjunto de las

entidades territoriales. Entonces el artículo constitucional incluye a los municipios, toda vez que estos son entes territoriales (C-445-16) (C-123-14) (Uprimny Yepes & Sandoval Rojas, 2015).

De esta manera queda desvirtuada cualquier otra interpretación que se le dé al artículo 332 de la C.P. Entonces la propiedad de los minerales que puedan ser explotados está tanto en cabeza de la Nación como en cabeza de los municipios y de los departamentos. Lo que habría de tener como consecuencia lógica que la decisión sobre la exploración y explotación involucre a las autoridades de todos los niveles. Con esto se quiere decir que ellas han de participar en el proceso de toma de decisión, aunque la regulación y la gestión de la gran minería esté a cargo de la Nación.

3.3 Resumen

En conclusión, pesan más los argumentos a favor, por lo que el municipio tiene la potestad de pronunciarse, a través de la consulta popular, sobre los proyectos de minería. La decisión sobre no llevar a cabo minería en su territorio es constitucional, tal como lo afirmó la Corte Constitucional (C-445-16).

Como la decisión es obligatoria, las autoridades encargadas –en este caso, el concejo municipal– deben expedir un acuerdo municipal según corresponda con la decisión. Para ello, según el artículo 42 de la Ley 1757 de 2015, el concejo deberá expedir dicho acuerdo dentro del mismo período de sesiones o a más tardar en el período siguiente. Si vencido este plazo el concejo no lo expide, el alcalde dentro de los quince días siguientes adoptará la decisión mediante acuerdo o resolución local.

Una vez la decisión tomada mediante consulta popular municipal esté incluida en el ordenamiento jurídico y sea pública, se podrá hacer efectiva hacia el futuro, como es propio de las normas jurídicas. A su vez, esto significa que los derechos particulares adquiridos antes de la inclusión de la decisión en el ordenamiento jurídico deben respetarse.

El Consejo de Estado (Mansarovar Energy Colombia Ltda vs. Tribunal Administrativo del Meta, 2017), en su decisión del 30 de mayo de 2017, habla del deber de respeto de todas las situaciones jurídicas particulares consolidadas de quienes, en virtud de una normativa anterior, hayan obtenido licencias, concesiones, permisos y autorizaciones para desarrollar actividades de la industria de hidrocarburos en el municipio de Cumaral. En este municipio se llevó a cabo una consulta popular municipal cuyo resultado rechazó el desarrollo de actividades de la industria de hidrocarburos. Esto aplica entonces, en el mismo sentido de respeto frente a las situaciones jurídicas ya consolidadas, para las decisiones tomadas sobre minería a través de consultas populares municipales.

De otro lado, habría espacio para preguntarse si las situaciones jurídicas consolidadas o los derechos particulares adquiridos son legítimos, pues se adquirieron sin la participación del municipio. Una respuesta a esta pregunta sería que el legislador no dispuso que hubiera dicha participación y no era exigible legalmente, en ese entonces, la participación del municipio para adjudicar el contrato de concesión minera. Es decir, como también lo ve el Consejo de Estado, la seguridad jurídica debería cobijar a las situaciones jurídicas consolidadas bajo la legislación vigente.

En conclusión, la decisión tomada mediante consulta popular municipal es obligatoria y rige hacia el futuro, una vez ésta haga parte del ordenamiento jurídico.

4. Garantía de participación de los municipios – legislación futura

4.1 Obligación de garantizar la participación de los municipios

Como ya se mencionó, la Corte Constitucional, en la sentencia C-123 de 2014, consideró que, a partir de una lectura sistemática de la Carta, i) los municipios y distritos deben participar en el proceso de decisión sobre si se realiza o no minería en su territorio y ii) que dicha participación debe ser activa y eficaz.

En dicha sentencia, la Corte afirmó que en el desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la C.P.

Por su parte, la sentencia C-445 de 2016, refiriéndose a los impactos ambientales de la minería sobre el territorio, dejó claro que la consulta popular de carácter municipal es un mecanismo de participación que le permite a los habitantes manifestar su opinión de cara a un aspecto específico como el componente ambiental.

No obstante, debería haber otra forma de participación para los municipios. De tal manera que pueda haber concertación entre autoridades nacionales, autoridades regionales (como las CAR), autoridades departamentales y locales, habitantes del municipio y –hasta– asociaciones ambientalistas.

4.2 Una forma de participación activa y eficaz - propuesta

Si se quiere poder entablar un diálogo, hay que darle paso a una forma de participación diferente para los municipios y demás interesados. Al legislador le queda la tarea pendiente de regular la forma de participación concreta que han de tener los municipios cuando el Gobierno Nacional quiera adelantar proyectos de minería en determinado territorio.

Gracias a las consultas populares municipales, la ANM ya se ha percatado de la necesidad de darle participación a las comunidades que se puedan ver afectadas por los proyectos de minería y ha venido realizando audiencias de participación ciudadana. Según la presidenta de la ANM, Silvana Habib Daza, estas audiencias tienen por objeto, informar a la comunidad sobre el inversionista, la actividad a realizar y los posibles impactos ambientales y económicos (Sepúlveda, 2017). Esta iniciativa de la ANM es un buen comienzo, pero no es suficiente.

Es evidente que la falta de participación de los municipios en los procesos de concesión minera genera conflictos serios. Como quedó demostrado, hay competencias concurrentes en el caso de los proyectos de gran minería. Así pues, el legislador debería determinar cuál es el procedimiento que han de seguir las autoridades competentes de otorgar los títulos mineros y sincronizar de competencias concurrentes.

Un buen ejemplo de los requisitos mínimos de publicidad y participación de las autoridades y del público en la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente es la directiva europea (85/337/CEE).

Teniendo en cuenta algunos de los planteamientos básicos de dicha directiva, en Colombia, la autoridad nacional que ha de otorgar el título minero –hoy, la ANM– debería llevar a cabo o establecer los criterios para exigir del interesado en obtener el título minero un estudio medioambiental estratégico sobre las posibles afectaciones que recibiría el territorio de concederse dicho título minero. Este estudio deberá dar como resultado un informe sobre los impactos ambientales del proyecto minero. Este informe deberá hacerse público.

La ANM debería no solo publicar el informe y abrir un espacio para que los ciudadanos que puedan llegar a ser afectados presenten a la ANM sus intereses, sino que además debería hacer reparto del informe a todas las autoridades que

por responsabilidad específica en materia de medio ambiente tengan interés en el otorgamiento o en la denegación del título minero, entre ellas, las del municipio en donde se proyecta la mina para que presenten los planes que tienen sobre el territorio y las CAR competentes. Se deberá establecer un plazo –de 60 o 90 días, según considere el legislador– para que éstas y los ciudadanos que puedan llegar a ser afectados se pronuncien.

También sería pertinente que el legislador considere involucrar a las organizaciones ambientalistas, legalmente constituidas, como posibles interesados y que, dentro del mismo plazo para las autoridades y posibles afectados, dichas organizaciones alleguen a la ANM sus estudios técnicos, conocimientos sobre la biodiversidad en el territorio en cuestión, etc., que ayuden a la ANM a tomar su decisión.

Los planes específicos que el municipio tenga para su territorio, sobre el que proyecta la mina el peticionario del título minero, deberán ser tenidos en cuenta por las autoridades nacionales. Para ello, el municipio allegará dichos planes dentro del plazo mencionado. Los planes del municipio que ha de considerar la ANM deberán reposar en el Esquema, Plan Básico o Plan de Ordenamiento Territorial (art. 9 Ley 388 de 1997) del municipio, o en el proyecto de Esquema, Plan Básico o Plan de Ordenamiento Territorial que esté en proceso de aprobación por parte del Consejo Municipal o Distrital. Antes de ello no se puede hablar de planes concretos.

Solo una vez que la ANM o quien haga sus veces haya revisado y ponderado los intereses de los afectados, de las autoridades regionales y locales, de las asociaciones ambientalistas, del Gobierno Nacional y del peticionario del título minero, deberá tomar una decisión motivada sobre el otorgamiento o denegación del título. Incluso se podría pensar en realizar una audiencia con los partícipes del proceso, de acceso para la opinión pública, antes de tomar la decisión final, con el fin de informar y de visitar el lugar donde se desarrollaría el proyecto.

Así, la ANM tomaría su decisión ponderando los intereses partícipes en el proceso y debería hacerlo teniendo en cuenta que denegar el otorgamiento de un título minero también es una opción. Pues hay muchos casos en los que los costos ambientales y sociales pesan más que los ingresos económicos que puedan llegar a percibirse.

4.3. Otras implicaciones

De otorgarse el título minero, los habitantes del municipio como sus autoridades ya habrán tenido conocimiento y participación previa. Así no estén de acuerdo con la decisión final, sabrán que fueron tomados en cuenta y conocerán los motivos por los que pesaron más los intereses de llevar a cabo el proyecto minero.

Esto genera aceptación por el solo hecho de haber participado de un proceso transparente y evitaría sorpresas y conflictos entre los habitantes del municipio y quienes realicen el proyecto minero.

Por otro lado, con el fin de garantizar el acceso a la justicia, debería haber un pronunciamiento de la ANM previo al título minero, cuya naturaleza jurídica sea la de un acto administrativo. Tanto para el interesado como para los demás intervinientes (por ejemplo, los ciudadanos cuyos terrenos puedan llegar a ser expropiados) debe haber acceso a la justicia. Ambos pueden verse afectados por la decisión de la ANM por un error en la ponderación, por ejemplo.

Solo después de que las decisiones judiciales pertinentes hubieran sido tomadas, la ANM debería otorgar el contrato de concesión minera, es decir, conceder finalmente el título minero.

El contrato único de concesión minera, contenido en la Resolución 420 de 2103 de la ANM, no contempla dirimir los conflictos jurídicos en tribunales de arbitraje, pero Colombia ha suscrito varios acuerdos internacionales con cláusulas de protección a la inversión. Dichas cláusulas permiten que los inversionistas mineros sometan a arbitramento las reclamaciones que tengan frente al Estado colombiano cuando, a su parecer, exista una expropiación –no indemnizada o indemnizada de manera insuficiente– o una violación de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión y que la empresa con el título minero haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

Colombia ha suscrito más de una docena de acuerdos internacionales de inversión y TLC con capítulos de protección a la inversión (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2017), entre los que se encuentran el TLC con Canadá y el Tratado Bilateral de Inversión con Suiza. Gracias a estos dos acuerdos, Colombia enfrenta reclamaciones ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), por cuenta de las empresas Eco Oro Minerals Corp. –canadiense, que reclama por no poder explotar en el páramo de Santurbán– y Glencore International A.G. –suiza, que reclama por sanción fiscal impuesta por la Contraloría–.

Con el hecho de tener vigentes este tipo de acuerdos, el legislador debería tener en cuenta la necesidad de dar lugar a un procedimiento transparente y abierto a todos sus involucrados. Un procedimiento que reduzca las posibilidades de la administración de cometer errores en su decisión. Y en caso de haber errores, se corrijan por orden judicial antes de adjudicar el contrato de concesión. Lo cual, a su vez, reduciría tanto las posibilidades de posterior modificación, suspensión o anulación de títulos mineros, con base en los cuales ya se hayan hecho inversiones, como las reclamaciones por estas causas.

5. Conclusiones y comentario final

La consulta popular municipal es válida para rechazar el desarrollo de actividades mineras dentro del territorio del municipio. Una vez se haya llevado a cabo la consulta, la decisión es obligatoria y debe incluirse en el ordenamiento jurídico. A partir de la publicación de la nueva norma, ésta tendrá efectos hacia el futuro.

La falta de participación de los municipios en el proceso de toma de decisión sobre los proyectos mineros ha generado el llamado "boom" de las consultas populares municipales. Lo que muestra que hace falta que el legislador, sin quitarle la competencia al Gobierno Nacional de decidir sobre los títulos mineros, cree un proceso que tenga en cuenta las competencias del municipio sobre su territorio y las decisiones políticas que tome su comunidad, en lugar de la imposición unilateral pretendida por el Gobierno Nacional con su "locomotora minera".

Hasta ahora el Gobierno Nacional –o por lo menos algunos de sus funcionarios– ha dejado ver que le interesa mucho percibir las regalías y los impuestos de la industria minera y de hidrocarburos y no se esmera lo suficiente por proteger los páramos o la selva amazónica (ver casos de La Macarena, Santurbán, Parque Nacional Yaigojé-Apaporis).

Las decisiones sobre el medio ambiente deben ser tomadas en serio, no son decisiones que se puedan tomar con "licencias exprés" por varias razones (Bermúdez Liévano, 2014). La primera tiene que ver con que el medio ambiente es un bien jurídico de interés nacional e internacional. Hay que protegerlo porque Colombia tiene obligaciones jurídicas constitucionales, legales e internacionales, y porque es un deber con las generaciones futuras.

La segunda razón es práctica. Las autoridades ambientales no pueden evaluar adecuadamente los estudios que les presentan los interesados en adquirir las licencias ambientales sin tener la capacidad de comprobar y comparar la información allí suministrada con otra. Además, no es posible evaluar a fondo un estudio que se ha llevado a cabo durante años en apenas unos cuantos días.

Por último, las decisiones no pueden seguirse tomando sin la participación de los afectados directos por la actividad minera. Tanto las autoridades de todos los niveles de la administración como los ciudadanos posiblemente afectados, las CAR y las organizaciones ambientalistas deben poder participar en la toma de la decisión sobre la concesión de un título minero.

Por otro lado, debería haber una etapa previa al contrato de concesión minera, que tenga como resultado un acto administrativo que pueda ser demandado. Así, se garantizaría el acceso a la justicia para todos los partícipes del proceso –incluido el

interesado en recibir el título minero– y se podrían evitar posibles reclamaciones ante tribunales internacionales de arbitraje por la modificación, suspensión o anulación del título minero, consecuencia de una decisión errada de la administración que deba ser corregida, toda vez que los árbitros podrían considerar que dichas acciones constituyen una violación por parte del Estado colombiano de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión y que la empresa con el título minero ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

Referencias

Bermúdez Liévano, A. (24 de septiembre de 2014). *Los seis temores sobre las licencias ambientales 'exprés'.* Obtenido de lasillavacia.com: http://lasillavacia.com/historia/los-seis-temores-sobre-las-licencias-ambientales-expres-48650

CONPES. (20 de agosto de 2013). *Documento CONPES 3762*. Obtenido de http://parquearvi.org/wp-content/uploads/2016/11/Documento-CONPES-3762-de-2013.pdf

Dejusticia. (20 de octubre de 2016). *Corte se estrenó en fallos sobre consultas populares mineras a favor de la participación ciudadana.* Obtenido de https://www.dejusticia.org/corte-se-estreno-en-fallos-sobre-consultas-populares-mineras-a-favor-de-la-participacion-ciudadana/

Garay Salamanca, L. J. (2013). *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista.* Bogotá: Contraloría (Tomo I). Imprenta Nacional de Colombia.

Mansarovar Energy Colombia Ltda vs. Tribunal Administrativo del Meta, Expediente no. 11001-03-15-000-2017-01198-00 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M.P. (E): Stella Jeannette Carvajal Basto, 30 de mayo de 2017).

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (3 de octubre de 2017). *Acuerdos internacionales de inversión vigentes.* Obtenido de http://www.tlc.gov.co/publicaciones/6420/acuerdos_internacionales_de_inversion_vigentes

Ministerio de Minas y Energía. (11 de marzo de 2015). *Solicitud de concepto sobre consultas populares.* Obtenido de https://forvm.com.co/wp-content/uploads/2015/05/Concepto-N%C3%BAmero-2015016348-de-11-03-2015.-Ministerio-de-Minas-y-Energ%C3%ADa..pdf

Ministerio de Minas y Energía. (abril de 2016). *Política minera de Colombia.* Obtenido de https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/

Pol%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad-76da-41ca-8b11-2b82c0671320

Miranda Londoño, J. (2015). Sistema Nacional de Áreas Protegidas y el sector minero. En C. Constitucional, *Encuentro Constitucional por la Tierra* (págs. 265-274). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Registraduría Nacional del Estado Civil. (2017). *Consulta popular 2017.* Obtenido de http://www.registraduria.gov.co/-Consulta-Popular-2017-.html

Rubiano, M. P. (2017). Así explotó el "boom" de las consultas populares. *El Espectador*, http://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/asi-exploto-el-boom-de-las-consultas-populares-articulo-695826.

Sepúlveda, L. (10 de julio de 2017). *En 91 municipios del país dicen 'Sí' a la operación minera.* Obtenido de Portafolio: http://www.portafolio.co/economia/en-91-municipios-del-pais-dicen-si-a-la-operacion-minera-507599

Uprimny Yepes, R., & Sandoval Rojas, N. (2015). Constitución, actividades extractivas y territorios. En C. Constitucional, *Encuentro Constitucional por la Tierra* (págs. 227-244). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Análisis de la jurisprudencia de la Corte Ambiental en la SU 133/17:

La protección de los derechos constitucionales en Marmato frente a la gran minería

El territorio para un marmateño significa todo: su historia, sus ancestros, su trabajo, su vida. Significa todo y aquí hay sentido de pertenencia por este pueblo porque aquí está nuestro pasado, nuestro trabajo. El territorio lo representa todo para nosotros, es nuestro patrimonio (…) Por eso ese proyecto a cielo abierto no es posible porque de un tajo acabaría con la historia de uno de los pueblos más antiguos del país, con la cultura, con sus tradiciones.

Yamil Amar, presidente del Comité Cívico Prodefensa de Marmato, 2013.

León Felipe Cubillos Quintero[1]
Carolina Arias Hurtado[2]

1. Doctor en Sociología de la Universidad Libre de Berlín. Docente Asociado de la Facultad de Ciencias Ambientales de la Universidad Tecnológica de Pereira. Director de la Línea de Investigación Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental –IESPA–.
2. Estudiante del Doctorado en Estudios del Desarrollo de la Universidad Autónoma de Zacatecas, México. Integrante de la Línea de Investigación Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental –IESPA– de la Universidad Tecnológica de Pereira.

Resumen:

Analiza la jurisprudencia de la Corte Ambiental ante la defensa de los derechos de comunidades étnicas, afrodescendientes y de los habitantes de Marmato frente a la participación en los impactos generados por la cesión de los títulos mineros a la compañía Gran Colombia Gold. Dos capítulos versan sobre el contexto de la vulnerabilidad en el modelo extractivista de Colombia y del municipio, el tercero alude al derecho de la participación según la sentencia SU 133/17, con énfasis en la contribución de la academia. Las conclusiones exaltan el papel de los Magistrados que llevaron a término la decisión final del asunto.

Introducción

El artículo presenta en tres apartes una aproximación al análisis de la Jurisprudencia de la Corte Ambiental en la sentencia SU 133/17 sobre la protección de los derechos constitucionales en el municipio de Marmato frente a la gran minería.

En primer lugar, realiza una lectura externa sobre el contexto del extractivismo y la vulneración de los derechos ambientales en el país, como marco general para comprender las razones estructurales de este fenómeno en un municipio históricamente representativo a nivel nacional como lo es Marmato –"Pesebre de oro de Colombia"–.

En segundo lugar, se incluye una mirada internalista basada en el análisis de la sentencia citada, donde se da cuenta, en primera instancia, del desarrollo y transformación de los antecedentes normativos que preceden el momento de decisión del fallo. Un aspecto particular ocupa el papel de la academia al ser invitada para presentar su concepto ante la Corte, participación examinada a la luz de cinco temas que fueron citados en los apartes dos y tres de la Sentencia: "Trámite ante la Corte Constitucional" y "Consideraciones", respectivamente. Se hizo hincapié en los argumentos brindados por los conceptos, documentos y artículos que fueron utilizados por la Corte en el ítem "Dinámicas sociales y parámetros normativos e históricos en Marmato".

El artículo culmina con unas conclusiones donde se exalta el papel de los Magistrados María Victoria Calle, Gloria Stella Ortíz y Jorge Iván Palacio en su petición de revisión del proceso llevado hasta el año 2015; el Magistrado Jorge Pretelt, quien, en el mismo año, amparó los derechos solicitados por los peticionarios en la Sentencia 438 y, finalmente, al Magistrado Sustanciador Luis Ernesto Vargas Silva quien decidió de fondo el asunto de análisis. También se resalta el papel de los académicos que participaron del proceso y, de manera muy significativa, de las comunidades mineras tradicionales del municipio de Marmato.

1. Extractivismo y vulneración de los derechos ambientales en Colombia

Colombia ha firmado la paz después de seis décadas de conflicto armado. En este escenario de posacuerdo, que el gobierno insiste en llamar "posconflicto", se genera una gran incertidumbre frente a cómo los modelos de desarrollo contribuirán o no a ayudar a solucionar las causas objetivas del conflicto: concentración de la tierra, desigualdad social, pobreza, falta de justicia social, participación política, distribución y apropiación social del patrimonio natural, etc. Si no se tiene en cuenta un enfoque territorial se pueden agudizar los conflictos y la vulneración de los derechos ambientales, pues grandes intereses internacionales y nacionales tendrían la patente de corso para explotar, sin trabas, el patrimonio de uno de los países más ricos del mundo en biodiversidad.

Tal como lo mencionan Acosta y otros (2011), el actual modelo de desarrollo existente en América Latina, tanto en los países más liberales como en los progresistas, está basado en el extractivismo agenciado por el gran capital. En Colombia el extractivismo fue declarado como la principal *locomotora de desarrollo*[3]. En este esquema, las empresas privadas y extranjeras se reconocen como los únicos agentes con el potencial de impulsar el crecimiento económico del país; atraen sus inversiones mediante la ausencia de impuestos y garantías tributarias, la posibilidad de explotar mano de obra barata y de externalizar los impactos socioambientales.

En la actualidad más de la mitad de los megaproyectos extractivos en Colombia se encuentren en manos de inversión extranjera directa, asociada con altos valores de transferencias de rentas (Samaniego *et. al.,* 2014). La inversión extranjera en el sector de la agroindustria, agricultura, silvicultura y pesca creció 241% entre los años 2010 a 2014 (Delgado Gómez, 2015); en el sector minero y de hidrocarburos aumentó del 21% al 85% entre los años 2000 a 2010 (Toro, 2012). Por su parte, Canadá se ha posicionado como la principal fuente de inversión extranjera directa en el sector minero: en el año 2012 operaban 40 compañías canadienses con 86 proyectos mineros (Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina, 2014).

De manera paralela, han aumentado los conflictos ambientales causados por el extractivismo. Según el Atlas de Justicia Ambiental (2016), Colombia registra el

3. En el plan nacional de desarrollo Prosperidad para todos (2010-2014) el sector minero-energético se estableció como la principal locomotora de desarrollo; propósito retomado en el actual plan nacional de desarrollo Todos por un nuevo país. Paz, equidad y educación (2014-2018), en el denominado eje transversal de transformación del campo y crecimiento verde que busca consolidar la agroindustria y la gran minería.

mayor número de conflictos (88) en América Latina, de los cuales el 54% involucran corporaciones multinacionales. Aunque los conflictos están presentes en todas las regiones del país, se ubican principalmente en las zonas más pobladas (Andina y Caribe), como en zonas de conservación y territorios ancestrales. Cerca de 7.9 millones de personas han sido afectadas (Pérez-Rincón, 2015), particularmente las comunidades campesinas, indígenas y afrodescendientes.

Es importante resaltar que los conflictos ocasionados por el extractivismo patentan la vulneración de los derechos ambientales: el deterioro de ecosistemas estratégicos como páramos, cabeceras de cuencas hídricas, ríos y humedales; la fragmentación, superposición y pérdida del control sobre los territorios; la afectación de la identidad cultural de comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas; la transformación en las formas de vida y las economías locales; la destrucción de redes sociales y formas organizativas; efectos nocivos sobre la salud; agravamiento de la pobreza y la inequidad social; así como el aumento de la violencia, la criminalidad y la represión.

Con el acompañamiento de diversos sectores (trabajadores vinculados a las empresas extractivas, pobladores urbanos, activistas, académicos e investigadores), las comunidades afectadas están exigiendo la defensa de los derechos ambientales y cuestionando el extractivismo del gran capital como modelo de desarrollo para Colombia. Surgen nuevas organizaciones sociales, formas de movilización y participación ciudadana, también acciones legales ante tribunales nacionales e internacionales para que se amparen los derechos individuales y colectivos.

Como resultado de la presión social, algunas instituciones como la Corte Constitucional han sido partidarias de la defensa de los derechos ambientales. En este escenario ha sido crucial el papel de los magistrados Jorge Iván Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle y Gloria Stella Ortiz en la protección de los derechos y principios ambientales constitucionales. Además, como en el caso que nos interesa analizar en el presente artículo, municipio de Marmato, su jurisprudencia ha solicitado y considerado los aportes de la academia frente a problemáticas constitucionales.

2. Marmato y la vulneración de los derechos ambientales

Marmato (Caldas) es el cuarto pueblo más antiguo de Colombia. Su principal patrimonio lo constituye el "cerro El Burro" donde se localiza su centro histórico declarado en 1982 *Monumento Histórico Nacional*.

La historia de Marmato se encuentra asociada con la práctica de la minería del oro. Durante la época prehispánica fue realizada por indígenas Moragas y Cartamas, quienes se constituyeron en los principales proveedores de oro de los especializados orfebres Quimbayas. En 1537 el territorio fue "descubierto" en la expedición dirigida por el Mariscal Jorge Robledo. Las minas de Marmato fueron explotadas bajo orientación de los ibéricos, figuraron en el año 1625 como un Real de Minas con dos encomiendas pertenecientes a la jurisdicción de Popayán. Este periodo se caracterizó por el saqueo del oro, la extinción de los pueblos originarios y la incorporación de mano de obra esclava proveniente del África Central y del Golfo de Biafra.

A finales del siglo XVI y hasta el siglo XVIII la propiedad de las minas de Marmato se encontraba en manos de terratenientes, hijos de peninsulares radicados en la Provincia de Popayán. En 1798 Marmato hacía parte de la Real Compañía de Minas de Popayán, jurisdicción del Estado Soberano del Cauca. Durante este período se establecieron las comunidades actuales de Marmato: esclavos africanos e indígenas Chamis y Purembará provenientes del Chocó.

En 1825 las minas de Marmato fueron entregadas por el naciente Estado a la empresa inglesa B.A Goldschmith y Compañía para garantizar un empréstito que permitió consolidar la "independencia" de la Gran Colombia. En 1829 las minas pasaron a la Powles-Illingworth y Co. y en 1873 a la Western Andes Mining Company Limited hasta 1905, año en que Marmato se convirtió en uno de los municipios del recién creado departamento de Caldas y, a su vez, se cancelaron los derechos de explotación de las minas. Sin embargo, en 1906 dichas minas fueron entregadas como botín de guerra al general Alfredo Vásquez Cobo, quien las cedió en contrato de arrendamiento a la compañía C.W. Sindycate Limited y luego a la Colombian Mining-Exploration Co. hasta 1925.

Entre 1926 y 1931 el Estado recuperó el control de las minas de Marmato y las cedió en arrendamiento a diferentes empresarios nacionales, quienes al no contar con recursos para explotar el oro de manera "razonable" las sub-arrendaron a pequeños mineros locales. De este modo, en la década de los años treinta del siglo XX se inició la configuración de la minería tradicional basada en la valoración de la autonomía y la solidaridad practicada por las comunidades afrodescendientes, indígenas y mestizas.

En 1940 las minas de Marmato fueron administradas nuevamente por el Estado a través del Ministerio de Minas. Se promovió la empresa individual y las formas asociativas de pequeños mineros, quienes constituyeron agrupaciones de hecho y luego se transformaron en sociedades de derecho, ya que suscribieron contratos de explotación de las minas de la parte alta de acuerdo con la Ley 66 de 1946. Esta normatividad promovió un modelo de explotación a través de la división territorial y cultural del municipio.

> *La zona alta donde se localiza el cerro El Burro y se encuentra el centro histórico se destinó para la pequeña minería; y la zona baja donde se encuentra la vereda El Llano, actualmente zona de expansión urbana, para la mediana minería* (Arias Hurtado, 2013a, p. 37).

En 1956 el gobierno nacional legisló el Decreto 2223 que retomó el modelo territorial y cultural de explotación de la Ley 66. En 1969 se expidió la Ley 20 en la que se ratificó la propiedad de la nación sobre el patrimonio minero. En 1980, mediante el Decreto 2064, las minas de Marmato pasaron a ser administradas por ECOMINAS que explotó una parte de los yacimientos de la parte alta y los restantes continuaron siendo explotados por los pequeños mineros a través de contratos de arrendamiento. Nuevamente en 1988, a través del Decreto 2655, se impulsó la firma de contratos para la pequeña minería en la zona alta de Marmato, cuya duración coincidía con la vida útil del yacimiento.

En 1990 ECOMINAS se convirtió en Minerales de Colombia –MINERALCO S.A.–, vinculado al Ministerio de Minas y Energía, encargado de explotar la zona baja de Marmato destinada a la mediana minería y de celebrar contratos para la pequeña minería en la zona alta, de acuerdo con el programa de legalización minera establecido por la Ley 141 de 1994. Alrededor de 122 contratos fueron celebrados en esta ocasión.

Desde 1995 hasta la actualidad el municipio de Marmato se constituye en un territorio de interés para el desarrollo de un megaproyecto de minería a cielo abierto:

- Entre 1995 a 1997 la compañía Gran Colombia Resource Inc. llevó a cabo exploraciones en la zona de Echandía que linda con la zona alta.
- Entre 1996 a 2000 la compañía canadiense Conquistador Mines Ltd., a través de su filial colombiana Corona Goldfields S.A., adquirió el 13.15% de la zona baja propiedad de Mineros Nacionales y compró varias minas de la zona alta.
- Entre 2005 a 2009 la compañía canadiense Colombia Goldfields Limited, a través de su filial en Colombia la Empresa Minera de Caldas, adquirió varias minas de la zona alta.
- En el 2010 la compañía canadiense Medoro Resource Ltd. compró las minas de Mineros Nacionales ubicadas en la parte baja.
- En el 2011 la compañía canadiense Medoro Resource Ltd. se fusionó con la multinacional panameña Gran Colombia Gold, bajo el nombre de Gran Colombia Gold Corp. para adquirir en concesión la zona alta, la zona baja y la zona Echandía que linda con la zona alta.

Según la propia transnacional el megaproyecto de minería a cielo abierto:

> *Afectará tanto a la zona alta de Marmato como a la vereda El Llano y otras veredas del municipio, como San Juan, Boquerón, Echandía y Cabras que pueden requerir reinstalación completa (…) Habrá necesidad de desarrollar un nuevo municipio en otro lugar. Esto requeriría una importante colaboración entre la población y el gobierno colombiano* (Gran Colombia Gold, 2012, p. 104).

Es de resaltar que en el año 2012 el máximo órgano de control fiscal del Estado hizo el siguiente señalamiento; debido a su importancia se transcribe en su mayor parte:

> *No ha sido formalmente presentado un proyecto de gran minería en Marmato con las características habituales de un proyecto minero (…) por las empresas del grupo empresarial de la canadiense Gran Colombia Gold Corporation (…) Tal es la situación, que ni la Gobernación de Caldas, ni la Agencia Nacional Minera, ni el Ministerio de Minas pueden afirmar tener conocimiento de dicho proyecto. Pese a esto, el megaproyecto para oro en la zona de Marmato fue presentado en el sitio web de la empresa Gran Colombia Gold, lo cual no se trata de manera alguna de una propuesta presentada de manera oficial aunque haya sido objeto de noticia en la prensa nacional o inclusive haya sido tema de discurso del exministro de minas Carlos Rodado (…) No obstante la situación anterior, el tema del megaproyecto aurífero resultaría ser un tema de especial interés para la Contraloría General de la República desde el momento en que este proyecto sea presentado oficialmente, puesto que su planteamiento y realización deben presentar las características propias de un proyecto sustentable. Preocupa de un proyecto de estas magnitudes y características las implicaciones ambientales y sociales. Indudablemente un proyecto que se plantee para ser realizado a cielo abierto (…) con la eliminación de un cerro y la generación de un pit de más de 800 metros de profundidad, con la remoción y reubicación de millones de toneladas de estériles, arroja serios problemas ambientales que deben ser evaluados (…) Además de todos estos detalles sobre lo acontecido en torno al tema de Marmato, interesantes de por sí, para la Contraloría General de la República resulta de interés el hecho de que el reasentamiento corresponda verdaderamente a una necesidad de la comunidad de Marmato o a una conveniencia de intereses empresariales (…) Esta situación por lo visto ha reunido un variado número de intereses y es probable que tenga implicaciones de orden fiscal* (Contraloría General de la República, 2012).

Entre tanto, la minería tradicional se constituye en el principal referente cultural e histórico de la población de Marmato que para el año 2011 estaba considerada en 8.848 habitantes: 56.5% afrodescendientes, 16.7% indígenas y 28.6% se reconocen como mestizos (Arias Hurtado, 2013b). Además, la minería tradicional continua siendo el principal renglón de la economía y fuente de trabajo del municipio.

La defensa del territorio y la minería tradicional dio origen al Comité Cívico Prodefensa de Marmato (2006), la Asociación de Mineros Tradicionales de Mar-

mato –ASOMITRAMA– (2006), entre otras organizaciones locales, las cuales han apelado a diversas formas de movilización, participación ciudadana y acciones legales. Como consecuencia de la cesión inconsulta de títulos mineros y de la orden de cerrar y desalojar la mina "Villonza", ubicada en la zona alta de Marmato, en el año 2014 cuatro mineros tradicionales interpusieron una acción de tutela por la afectación de cinco derechos fundamentales:

1. Debido proceso
2. Libertad para ejercer el oficio de mineros tradicionales
3. Mínimo vital
4. Derecho a no ser desplazados del territorio
5. Participación.

3. La protección del derecho a la participación de los mineros tradicionales de Marmato, la Comunidad Indígena Cartama y la Asociación de Joyeros Tradicionales –ASOJAMAR– según la Sentencia SU 133/17

Un reciente ejemplo de un fallo vital para entender el presente y el futuro del derecho ambiental frente al extractivismo minero en Colombia, lo representa la sentencia SU 133 del 28 de febrero de 2017 frente a la participación de los mineros tradicionales, las comunidades indígenas, afrodescendientes y los habitantes del municipio de Marmato, en la definición de los impactos derivados de las decisiones mineras que autorizaron la cesión de títulos al grupo empresarial Gran Colombia Gold. Dicha sentencia dictaminó la protección del derecho de la población a participar en la definición de los impactos frente a los derechos de explotación de la parte alta del cerro El Burro y el derecho de las comunidades indígenas y afrocolombianas a ser consultadas al respecto.

La Sentencia está estructurada, en primer lugar, en unos "Antecedentes" (páginas 1 al 13). Seguida del "Trámite ante la Corte Constitucional" (páginas 13 a la 41), un capítulo número tres denominado "Consideraciones" (páginas 41 a la 165), para finalizar con la "Decisión" (páginas 165 a la 175).

Después de presentar los antecedentes para dar cuenta de los hechos jurídicos que hacen parte de la sentencia a partir de la acción de tutela (2014) de cuatro accionantes, el siguiente aparte se encargará de analizar el papel de las instituciones académicas desde la invitación que hizo la Corte para que prestarán su colaboración al brindar un concepto sobre la problemática objeto de estudio.

La sentencia explicita en el ítem número tres, "Consideraciones" en lo referido a las "Dinámicas sociales y los parámetros normativos e históricos de Marmato", como en los argumentos que fueron retomados por el Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, el concepto enviado por los académicos de la Universidad Tecnológica de Pereira (Luis Gonzaga Gutiérrez, León Felipe Cubillos, John Jairo Arias, Carolina Arias Hurtado y Olga Lucía Monsalve) para la solución del Primer Problema Jurídico: "El derecho de los habitantes de Marmato y de los Peticionarios, en su condición de mineros tradicionales, a participar en la adopción de las decisiones que autorizaron la cesión de los derechos mineros amparados en el título CHG -081".

Luego de conocer dichas posiciones y señalar las decisiones surgidas de la sentencia, se realizarán algunas conclusiones sobre la responsabilidad social de la academia frente al derecho ambiental.

3.1 Antecedentes

En el año 2014 cuatro mineros tradicionales de Marmato, pertenecientes a la mina "Villonza", ubicada en la zona alta del cerro El Burro y donde se realizan actividades de explotación, reclamaron en una acción de tutela, en primera instancia, ante los tribunales del municipio de Riosucio y, en segunda instancia, en la ciudad de Manizales, la solicitud de amparo administrativo a la vulneración de sus derechos frente a la participación, debido proceso, mínimo vital y el derecho al trabajo, ante la resolución 751 de 2010 que los obligaba al cierre y desalojo de la mina referida, para proteger los derechos de explotación de las compañías agrupadas bajo el nombre de la multinacional canadiense Gran Colombia Gold, conferidos desde el año 2007 por parte del gobierno nacional.

Como se explicó en párrafos anteriores, la minería en Marmato contiene condiciones excepcionales en el panorama de otros proyectos de extracción minera presentes en el territorio nacional. Primero, es de destacar que la cultura minera ha acompañado al cuarto municipio más antiguo de Colombia durante sus cinco siglos de existencia. Segundo, los principios de la extracción minera tradicional sustentados en la repartición democrática de los beneficios y la reciprocidad han conformado una economía de la subsistencia comunitaria. Tercero,

las condiciones geológicas y geográficas, el "sistema único de cotas" del cerro El Burro ha contado desde 1946 con una legislación especial por parte del Estado colombiano (Ley 66) que determinó para la zona alta el respeto a pequeños emprendimientos de minería tradicional, frente a una zona baja donde sí se permite la extracción de mediana minería con la participación de empresas movidas por economías de mercado. Cuarto, todo ello se lleva a cabo en un territorio proclamado Monumento Histórico Nacional, donde aparece Marmato como el "Pesebre de oro de Colombia", habitado por mineros tradicionales, comunidades étnicas y afrodescendientes, quienes también se relacionan estrechamente con la cultura minera.

En el caso en cuestión, el título CHG – 081, obedece a una concesión, entre otras tantas, que el gobierno colombiano otorgó a las firmas mineras agrupadas en la multinacional canadiense Gran Colombia Gold, en el año 2007, debido a la interpretación realizada en su momento del Código 685 del 2001.

Los peticionarios después de padecer las acciones de hecho derivadas del amparo administrativo de la multinacional minera, mediante la resolución 715 de 2010, que obligaban, entre otras decisiones, al desalojo de los mineros tradicionales de sus labores en este título, reclamaron no haber tenido ningún proceso de socialización con las comunidades ante la clausura de las minas en el año 2012. Debido a la razón anterior, la recuperación de las minas por parte de los mineros tradicionales no tardó en llegar durante ese mismo año. Frente a la reivindicación de sus derechos, los mineros tradicionales esgrimieron la identidad cultural y las prácticas de los habitantes del municipio respaldadas también con un antecedente normativo, donde aducían la inconstitucionalidad de dicha resolución pues se expidió con base en la Ley 3182 de 2010 declarada inexequible en la sentencia C-366 de 2011.

El 12 de mayo de 2014 al ser admitida, en primera instancia, dicha acción de tutela por el juez penal del municipio de Riosucio (Caldas), le fue ordenado a la Alcaldía de Marmato suspender la diligencia de desalojo y cierre de la mina "Villonza", posición que se mantuvo tan solo 14 días en vigencia, luego de recibir los reclamos de la Agencia Nacional Minera y de Minerales de Occidente SAS. Estas dos instituciones señalaron hechos y juicios que indicaban, entre otras consideraciones, el haber procedido dicha tutela sobre personas indeterminadas, la falta de anexión de títulos de propiedad por parte de los peticionarios, por último, no contar con pruebas reales sobre la existencia o no de comunidades indígenas y afrodescendientes originarias presentes en la zona.

Ante la impugnación reiterada por los cuatro accionantes, se emitió un fallo en segunda instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales (Caldas) donde se confirmó el fallo en primera instancia otorgado por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, arguyendo la falta de pruebas frente al

ejercicio laboral que los accionantes hicieron en esa época en la mina referida. Con esta importante consideración, y apoyada en otras de las razones contempladas por el juzgado de Riosucio, se remitió el expediente para su revisión a la Corte Constitucional.

La sala de selección número diez estudió el expediente número T4561330 y mediante un auto del día 20 de octubre de 2014 decidió no seleccionar dicho expediente para una futura revisión. Sin embargo,

> *Los Magistrados Jorge Iván Palacio, Gloria Stella Ortiz y María Victoria Calle insistieron en su selección ante la sala de selección número once de 2014, en ejercicio de la facultad que, para el efecto, les confiere el decreto 2591 de 1991* (Corte Constitucional, 2017, p. 13).

Para el Magistrado Jorge Iván Palacio su intención obedecía a la necesidad de que la ley y la jurisprudencia protejan la minería artesanal, así como poder determinar si existió una vulneración de los derechos de trabajo y al mínimo vital, proclamados por los peticionarios como derechos de defensa y debido proceso, en caso de verificarse la condición de inexequible del Código Minero.

La Magistrada Gloria Stella Ortiz insistió en el carácter novedoso y constitucionalmente relevante, ya que la tutela permitiría generar una distinción entre la minería ilegal y la ancestral como determinar "los límites de la participación de las comunidades étnicas en la explotación minera" (Corte Constitucional, 2017, p. 13). Del mismo modo, se puede interpretar dentro de sus consideraciones el deseo de que la Corte no puede prohijar el desconocimiento de los derechos con los que cuentan las personas afrodescendientes e indígenas a ser consultadas en este tipo de proyectos.

Por último, la Magistrada María Victoria Calle precisó que dicha revisión permitiría conocer la vulnerabilidad del derecho al trabajo y al mínimo vital de los peticionarios. También insistió al unísono con la Magistrada Calle, en el derecho de consulta previa, libre e informada al que deben acceder las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Ante las anteriores solicitudes, la tutela fue enviada a la sala número séptima. El Magistrado Sustanciador Jorge Pretelt vinculó a una serie de instituciones para que se pronunciaran de acuerdo con sus competencias, en ejercicio de sus derechos de "contradicción y de defensa": Los Ministerios de Minas y Energía, de Ambiente y Desarrollo Sostenible, del Interior y del Trabajo, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Alcaldía de Marmato y la Corporación Autónoma de Caldas. El 17 de marzo del año 2015, también compulsó oficios a la Organización Nacional Indígena de Colombia, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio

del Interior, quienes debían concluir si había una existencia o no de comunidades indígenas sujetas al proceso de consulta previa. Fue necesario, además, encomendar el 17 de abril al juzgado promiscuo municipal de Marmato, la realización de una inspección judicial al área en cuestión, la cual sería acompañada también por la Defensoría del Pueblo, para verificar la existencia o no de comunidades indígenas que oficiaban labores de trabajo minero.

Ya recaudados los pronunciamientos de estas diferentes instituciones y organizaciones, como realizada la diligencia *in situ* del 17 de abril, casi tres meses después, la sala séptima de revisión de tutelas con la providencia del 13 de julio de 2015:

> *Amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena y de la comunidad afrodescendiente ASOJAMAR que se han dedicado a la minería artesanal, en la mina "Villonza" localizada en la parte alta del cerro el Burro en el municipio de Marmato* (Corte Constitucional, 2017, p. 25).

La consulta era un derecho indelegable a las comunidades étnicas que laboraban en esta mina. La sentencia 438 de 2015 también exigió suspender las labores de explotación por parte de Mineros de Occidente y la Gran Colombia Gold; además, dejó sin piso legal la resolución 715 de 2010 que exigía el cierre y desalojo de la mina. En manos del Ministerio del Interior quedo definido el proceso de consulta previa de las comunidades sujetas de derecho.

No obstante la anterior decisión, la compañía Minerales Andinos de Occidente, Alberto Castro Saldarriaga y la Agencia Nacional Minera interpusieron una acción de nulidad con el concurso del Ministerio de Minas y Energía. El principal argumento tenía que ver con el derecho al trabajo y al mínimo vital que reclamaba Alberto Castro Saldarriaga, quien no fue vinculado al trámite correspondiente siendo cotitular del título CHG-081. Adujo que frente a la espera de la realización del proceso de consulta previa exigido por la sentencia 438 de 2015, el sustento suyo y el de su familia se encontraban en riesgo. Además, aspectos referidos por las instituciones señaladas como el pretendido "desconocimiento constitucional de la sentencia" y otros aspectos legales, sustentaban dicha petición de nulidad.

En diciembre de 2015 la sala plena acogió la nulidad de la sentencia reclamada por Alberto Castro Saldarriaga en el auto 583 de 2015. Al suspender la sentencia 438 de 2015, por las razones expuestas por esta persona natural, y al buscar un "remedio judicial idóneo" el auto 583 de 2015 ordenó a la Corte:

> *Lo pertinente para la integración del contradictorio, vinculando como parte dentro del proceso de tutela al señor Alberto Castro Saldarriaga, a quien se le otorgará el término de tres (3) días contados a partir de su notificación personal, para que ejerza sus derechos de defensa y contradicción frente a las pretensiones de la demanda de tutela de la referencia* (Corte Constitucional, 2017, p. 28).

Luego de ejecutada esta prescripción debería ser enviada al nuevo Magistrado Sustanciador que asumiría el asunto, juicio por decidir en sala plena.

La primera medida llevada a cabo para dar cumplimiento al auto 583 de 2015 fue recibir la respuesta a la tutela en la que se vinculó a Alberto Castro Saldarriaga. Fue elaborada por su apoderado el abogado Juan Guillermo Valencia quien solicitó también el traslado de pruebas, decretar la nulidad de aquellas pruebas en las que no estuvo presente su defendido y agregar otras adicionales. El nuevo Magistrado Sustanciador Luis Ernesto Vargas Silva al analizar la principal causa de nulidad de la sentencia 438 –la afectación a los cotitulares del título CHG-081– y en aras de mantener "la debida unidad e integración del contradictorio", ordenó a la Agencia Nacional Minera la actualización de los nombres de cada cotitular, donde aparecieron, entre ellos, Nancy Helena Castro y María Salangia Duque como personas titulares. También ellas realizaron sus pronunciamientos, al igual que la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (ASOMITRAMA), la Asociación de Joyeros Tradicionales de Marmato (ASOJAMAR) y nuevamente la Parcialidad Indígena Cartama.

El nuevo Magistrado Sustanciador, allegados estos pronunciamientos invitó, finalmente, a varias instituciones académicas del país "a que prestaran su colaboración brindando su concepto sobre la problemática objeto de estudio" (Corte Constitucional, 2017, p. 36). Todo ello con el interés de determinar las pruebas necesarias para resolver "De fondo" el asunto analizado, de acuerdo con la potestad que le brinda el artículo 05 de 1992 modificado por el acuerdo 02 de 2015. La Personería de Marmato junto con la Alcaldía del *"Pesebre de Oro de Colombia"* deberían dar cuenta del proceso histórico del desarrollo social de la minería en el municipio. La Gobernación de Caldas, por su parte, tendría que señalar el auspicio de actividades de concertación.

3.2 Papel de la academia frente al concepto solicitado por la Corte

Como un precedente fundamental en el caso de Marmato se encuentra el papel concedido a la academia para que prestara su colaboración brindando un concepto frente a la problemática constitucional referida en la acción de tutela. Las instituciones convocadas para tal efecto fueron:

- Instituto de Estudios Regionales de la Universidad de Antioquia.
- Facultad de Ciencias Ambientales de la Universidad Tecnológica de Pereira.
- Observatorio de Territorios Étnicos de la Facultad de Estudios Ambientales y Rurales de la Pontificia Universidad Javeriana.

- Centro Interdisciplinario de Estudios para el Desarrollo de la Universidad de los Andes.
- Centro de Investigación y Educación Popular –CINEP–.

Solo la Línea de Investigación en Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental -IESPA- de la Facultad de Ciencias Ambientales de la Universidad Tecnológica de Pereira atendió la solicitud de la Corte Constitucional[4], con el apoyo del Semillero de Investigación en Economía Ambiental y de los Recursos Naturales de la misma facultad.

Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental[5] es una Línea de Investigación adscrita al Grupo Gestión en Cultura y Educación Ambiental del Departamento de Estudios Interdisciplinarios. Está integrada por docentes, egresados y estudiantes de los diferentes programas de la Facultad de Ciencias Ambientales. Temas como la problemática ambiental, el territorio, la cultura, el desarrollo y la interdisciplina orientan sus programas de investigación.

Desde el año 2011 la Línea tiene un programa de investigación en Marmato, comprometido con los conflictos ambientales y las organizaciones sociales de este territorio. Entre las investigaciones en el municipio se encuentran:

- *Estrategia para la apropiación social de las problemáticas ambientales mineras desde la perspectiva sociocultural entre la Facultad de Ciencias Ambientales y las organizaciones sociales de Marmato (Caldas) (2016).* Investigación financiada por la Universidad Tecnológica de Pereira (Línea de Investigación en Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental -IESPA-, 2016b).
- *Gestión del patrimonio local para el desarrollo territorial en el campo de los megaproyectos transnacionales en los municipios de Samaná y Marmato – Caldas. (2013 a 2014).* Investigación financiada por COLCIENCIAS y la Universidad Tecnológica de Pereira.
- *Análisis comparativo de los procesos de construcción de territorialidades en el campo de los megaproyectos transnacionales: Casos de estudio Samaná y Marmato-Caldas. (2012 a 2013).* Investigación financiada por COLCIENCIAS y la Universidad Tecnológica de Pereira.

4. Según la Corte Constitucional (2017, p. 36): La Universidad de los Andes precisó que no le era posible efectuar intervención alguna, pues se encontraba en cierre académico y no contaba con personal para el efecto. El Observatorio de Territorios Étnicos de la Facultad de Estudios Ambientales y Rurales de la Pontificia Universidad Javeriana y el Centro Interdisciplinario de Estudios para el Desarrollo de la Universidad de los Andes y al Centro de Investigación y Educación Popular, CINEP no contestaron a lo solicitado por la Corte.
5. Mayor información en www.iespautp.tk

- *¿Neo-extractivismo o desarrollo local? Conflictos territoriales y patrimoniales en el pueblo minero de Marmato (Colombia) (2011 a 2013).* Trabajo de Grado de la Maestría en Gestión del Patrimonio y Desarrollo Territorial de la Universidad Mayor de San Simón, Bolivia (Arias Hurtado, 2013a, 2013b, 2014).

La Línea de Investigación también realizó dos *Encuentros Académicos: Investigaciones socioculturales en el marco de la problemática ambiental del territorio (2015 y 2016).* Entre los temas centrales figuran el extractivismo, la minería y el caso de Marmato. Dichos encuentros contaron con la participación del Comité Cívico Prodefensa de Marmato y la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato (Línea de Investigación en Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental -IESPA-, 2016a).

En el 2016 realizó en el municipio de Marmato el Seminario-taller: *Problemáticas ambientales mineras desde la perspectiva sociocultural y derechos fundamentales,* para profundizar con las organizaciones sociales la discusión y el análisis sobre las problemáticas que enfrenta el *"Pesebre de oro de Colombia"*, así como otros territorios del país y América Latina. Igualmente, se examinaron las últimas sentencias de la Corte Constitucional con relación a la minería en Colombia como insumo para la defensa de los derechos fundamentales de los marmateños (Línea de Investigación en Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental –IESPA–, 2016c).

En consecuencia, el concepto presentado a la Corte Constitucional por la Línea de Investigación en Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental –IESPA– se sustentó en las investigaciones y publicaciones sobre Marmato. Dicho concepto respaldado en 52 páginas contempló:

- El contexto histórico y social en el que se enmarca la situación descrita por los accionantes.
- Los efectos económicos y sociales que podrían haberse derivado de las decisiones administrativas que han autorizado la entrega de títulos mineros sobre una zona que, en términos de la Ley 66 de 1946, se encontraba reservada para la pequeña minería.
- El marco constitucional y legal.

La primera referencia directa sobre la participación de la academia en el proceso se encuentra en las páginas finales de la segunda parte de la sentencia: "Trámite ante la Corte Constitucional". Allí se hace un resumen del concepto enviado por la Facultad de Ciencias Ambientales de la Universidad Tecnológica de Pereira ante la invitación realizada por el Magistrado, como del documento que fue hecho llegar a la Corte por el antropólogo Carlos Julio González.

En cinco aspectos podemos interpretar la contribución de la academia en el concepto que solicitó la Corte para el examen y futura decisión de la Sentencia SU-133/2017:

a. Historia del desarrollo minero en el municipio
b. Origen y trasformaciones de la minería tradicional en Marmato
c. La minería tradicional como identidad cultural en el "Pesebre de oro de Colombia"
d. Los efectos económicos, normativos y sociales de la incursión de la gran minería
e. El desarrollo normativo minero en el municipio de Marmato.

Ideas concretas, a partir de los diferentes conceptos, son citadas directamente en el cuerpo de la sentencia o como pie de páginas sobre todo en el capítulo número III: "Consideraciones", donde se destaca el ítem "Dinámicas sociales y los parámetros normativos e históricos en Marmato". También es necesario señalar que en la solución del primer problema jurídico: "El derecho de los habitantes de Marmato y los peticionarios, en su condición de mineros tradicionales, a participar en la adopción de las decisiones que autorizaron la cesión de los derechos mineros amparados por el título CHG – 081", se lee en sus líneas argumentos complementados con los conceptos de los académicos de la Universidad Tecnológica de Pereira. Un reconocimiento especial se debe hacer a la profesora de la Universidad EAFIT de Medellín, Gloria Patricia Lopera Mesa, en su condición de asesora, por "el minucioso estudio del régimen jurídico que históricamente determinó el ejercicio de la minería en Marmato" (Corte Constitucional, 2017, p. 113).

A continuación se plantearán algunos de los principales argumentos desarrollados por los académicos de acuerdo con los cinco aspectos señalados:

a. Historia del desarrollo minero en el municipio

> *La historia de Marmato, el cuarto pueblo más antiguo de Colombia, se encuentra vinculada a la minería del oro, que fue ejercida por las comunidades indígenas durante la época prehispánica; por vía de la Real Compañía de Minas, entre el siglo XVI al siglo XVIII; y por compañías inglesas, desde 1825 hasta 1930* (Corte Constitucional, 2017, p. 38).

En el primero y el segundo párrafo la Corte destaca el concepto enviado por los docentes de la Facultad de Ciencias Ambientales de la Universidad Tecnológica de Pereira, las referencias al trabajo minero ejercido por las comunidades indígenas, afrodescendientes y mestizas, realizado antes y después de la conquista española, la modernización del proceso apalancado por las mineras inglesas, la

aparición de los primeros emprendimientos mineros individuales y asociados que se presentaron en los años posteriores a 1930, como los desarrollos normativos en el campo minero de Marmato desde los años cincuenta hasta la primera década del siglo XXI con la entrada de las nuevas compañías multinacionales canadienses. Se puede señalar que los aspectos históricos también aportados por el antropólogo González Colonia desde la perspectiva cultural y la asesora Gloria Patricia Lopera frente al régimen jurídico sustentan algunos de los principales argumentos señalados por la sentencia en los diferentes apartes de las "Consideraciones" como en la "Decisión".

b. Origen y trasformaciones de la minería tradicional en Marmato

> *Los profesores Gonzaga, Cubillos y Arias (supra 44) coinciden en ubicar los orígenes del proceso de configuración de la minería tradicional en Marmato, en ese momento, cuando el gobierno les arrendó las minas a los empresarios locales, quienes al no contar con los recursos para explotar el oro de manera razonable, lo subarrendaron a pequeños mineros independientes* (Corte Constitucional, 2017, p. 115).

La Sentencia también resalta el énfasis que hicieron los intervinientes en las prácticas históricas y culturales de los principios de autonomía y solidaridad, refrendadas en últimas con la Ley 72 de 1939 cuando se facultó a la nación para otorgar contratos de pequeña minería con la participación de los mismos mineros tradicionales. El decreto 461 de 1940 legitimó aún más la participación preferente de los mineros tradicionales. Estos aspectos se pueden considerar como razones de peso para exigir la participación de las comunidades que tradicionalmente han venido realizando actividades mineras frente a la cesión de presentes y futuros derechos mineros.

c. La minería tradicional como identidad cultural en el "Pesebre de oro de Colombia"

La intervención que hizo el antropólogo González Colonia allegando su concepto a la Corte, confirma desde el relato histórico una cultura minera propia que se ha expresado en el municipio de Marmato desde el origen de la minería tradicional, al fusionar en los pequeños emprendimientos mineros procesos de minería auspiciados por las compañías inglesas en el siglo XIX. Buena parte de la infraestructura desarrollada para los procesos de extracción y producción, como de la misma morfología del municipio, obedecen a las costumbres recreadas por los mineros artesanales desde épocas anteriores e, incluso, las disposiciones normativas de división del cerro dictaminadas en 1946 no hacen más que corresponder a la forma tradicional de minería que se desarrollaba a lo alto y ancho del cerro El Burro.

Las visitas llevadas a cabo durante nuestras investigaciones en Marmato, como los textos consultados, también ofrecen aspectos lingüísticos, religiosos, simbóli-

cos y, aún, económicos que avalan la presencia de una cultura minera típica en el municipio de Marmato.

d. Los efectos económicos, normativos y sociales de la incursión de la gran minería

Refiriéndose de nuevo al concepto realizado por los profesores de la Universidad Tecnológica de Pereira en su segunda parte, la Sentencia se alude:

> *Los efectos económicos y sociales de la incursión de la gran minería, el acaparamiento de títulos, la compra de minas y su posterior cierre, con la creciente especulación se han disminuido los ingresos de los mineros, los comerciantes y los demás miembros de la comunidad* (Corte Constitucional, 2017, p. 36).

Más adelante, con el apoyo de otras instituciones y asociaciones locales, se señalaron los perjuicios sociales a los que se vieron sometidos los mineros tradicionales ante el cierre en el año 2012 de las minas por parte de la empresa Minera de Caldas:

> *Los profesores de la Universidad Tecnológica de Pereira indicaron que los cambios derivados en la compra de las minas y de su cierre por parte de las multinacionales mineras se vieron agravados por las restricciones que impuso el gobierno a la compra de insumos para la minería por parte de quienes no son reconocidos como mineros legales de acuerdo al artículo 685 de 2010, esto es por quienes no ejercen dicha actividad frente al amparo de un título* (Corte Constitucional, 2017, p. 124).

Estas situaciones y otras impactaron negativamente la cultura y las costumbres de reciprocidad y subsistencia de la organización de los mineros tradicionales y a los emprendimientos individuales en sus relaciones productivas y económicas.

e. El desarrollo normativo minero en el municipio de Marmato

Desde las últimas páginas del segundo aparte "Trámite ante la Corte Constitucional", como en el tercer aparte "Consideraciones", se retoma el concepto elaborado por los profesores de la Universidad Tecnológica de Pereira como las citas a la asesoría de la Doctora Lopera Mesa. Se hace hincapié en el papel idóneo de la transformación de la normatividad que se ha convertido en una jurisdicción única para Colombia debido, entre otros aspectos, a las condiciones geofísicas del territorio lo cual ha determinado un sistema único de cotas y una legislación también única para responder a las características propias de la minería del cerro El Burro.

Además, en el cuidadoso recuento que hizo la Línea de Investigación en Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental con el Semillero de la Facultad de Ciencias Ambientales de la Universidad Tecnológica de Pereira, como

en los artículos de la asesora de la Universidad EAFIT de Medellín, se da cuenta de unos antecedentes normativos que reglan todavía los procesos mineros en el municipio sean de pequeña, mediana o gran escala como pretendía la multinacional minera en cuestión.

Luego de este análisis realizado a partir de la cuidadosa lectura de los apartes dos y tres de la sentencia, en el cuarto y último aparte denominado "Decisión", la Sala Plena de la Corte Constitucional en Trece Ordinales (páginas 165 a 169) resolvió el tema objeto de análisis de la Sentencia SU-133/17. En concordancia con nuestro análisis queremos citar el ordinal SEGUNDO donde se condensa la solución directa al tema objeto de la sentencia.

Finalmente, invitamos a los lectores a cotejar este ordinal con las razones expuestas en todo el artículo:

> ***SEGUNDO: REVOCAR*** *las sentencias proferidas el 14 de julio de 2014 y el 26 de mayo de 2014 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales y por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, respectivamente, en tanto declararon improcedente la tutela formulada por los señores Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ruiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria. En su lugar,* ***AMPARAR*** *su derecho fundamental, el de los habitantes del municipio de Marmato y el de los mineros tradicionales del municipio a participar en el proceso mediante el cual identificarán los impactos que se derivaron de la autorización de las cesiones de los derechos mineros emanados del título CHG-081 y acordarán la adopción de las medidas encaminadas a salvaguardar su derecho a ejecutar labores de exploración y explotación minera en la parte alta del cerro El Burro, para garantizar su subsistencia, a través de emprendimientos autónomos de pequeña minería. Así mismo, se* ***AMPARA*** *el derecho fundamental de la comunidad indígena Cartama y de las comunidades negras asentadas en Marmato a ser consultadas, de manera previa, libre e informada, sobre el impacto de autorizar dichas cesiones y los derechos a la libertad de oficio, al trabajo y al mínimo vital de quienes ejercen labores de minería tradicional en la parte alta del cerro El Burro* (Corte Constitucional, 2017, p. 165).

Conclusiones

En adelante se palpó una lucha jurídica cuando empezamos a reclamar ante el gobierno nacional el reconocimiento de nuestra tradición minera, nuestro derecho al trabajo. También le dijimos que queremos hacer parte de ese proyecto que ustedes tienen Por un Nuevo País, queremos hacer parte de eso que ustedes llaman PAZ.

Ruben Dario Rotavista,
Presidente de la Asociación de Mineros Tradicionales de Marmato, 2016.

El extractivismo del gran capital promovido en Colombia durante las últimas décadas está configurando un renovado escenario de conflictos territoriales y de vulneración de derechos ambientales, como se ha palpado en el municipio de Marmato desde la llegada de compañías multinacionales.

Al realizar esta aproximación al análisis a la jurisprudencia de la Corte Ambiental en la Sentencia SU-133/17 frente al caso de la gran minería en Marmato y la vulneración de algunos de los derechos constitucionales de los mineros tradicionales, las comunidades étnicas y afrosdecendientes, como los habitantes en general del municipio, viene a nuestra memoria el importante papel que como manos izquierdas del Estado (Bourdieu, 2000) cumple una institución como la Corte Constitucional. Mientras existe una mano derecha desarrollista, preocupada sólo por el crecimiento del capital económico y que cada vez quiere saber menos frente a lo que hace su mano izquierda, el respaldo a los principios y valores universales del individuo y las comunidades se hace presente, también en individuos como las Magistradas María Victoria Calle, Gloria Stela Ortiz y el Magistrado Jorge Iván Palacio quienes, con su exigencia de revisión de un proceso, dan cuenta, justo en el momento necesario, de la importancia de la sustentabilidad de la vida plasmada en los territorios y los habitantes de patrimonios culturales imborrables del país.

Las oportunas decisiones de los Magistrados Jorge Pretelt en el 2015 y Luis Ernesto Vargas Silva en febrero de 2017, escriben una página de independencia y sano juicio para defender a los sujetos más vulnerables social y políticamente, al investirlos de ciudadanos con la dignidad que otorga los fallos proferidos.

El papel de la investigación académica encuentra un lustre mucho más brillante cuando recibe la aprobación objetiva y ética de quienes representan el ejercicio de la justicia social que debe impartir el Estado. Experiencias como las vividas en la construcción de estos conceptos autónomos, sin más tribunal que la evidencia con los hechos, nos hacen sentir que estamos cumpliendo el verdadero

compromiso público y la responsabilidad social para el que fuimos dispuestos en la estructura de un Estado de y con Derecho.

Por último, agradecemos de nuevo a la comunidad de Marmato toda su contribución, apoyo y acompañamiento. Nos han hecho sentir que el compromiso con los valores y derechos ambientales, culturales y sociales van en la misma vía con la esperanza de construir en este escenario "posconflicto" la nueva Colombia que todos añoramos. Hoy Marmato continúa a la espera de que los procesos de consulta previa y participación en la definición de los impactos se lleven a cabo…

Referencias

Acosta, A., Gudynas, E., Houtart, F., Ramírez, H., Martínez-Alier, J., & Macas, L. (Eds.). (2011). *Colonialismos del siglo XXI: negocios extractivos y defensa del territorio en América latina.* Barcelona: Icaria Editorial.

Arias Hurtado, C. (2013a). *¿Neo-extractivismo o desarrollo local? Conflictos territoriales y patrimoniales en el pueblo minero de Marmato (Colombia).* Universidad Mayor de San Simón, Cochabamba.

Arias Hurtado, C. (2013b). Neo-extractivismo vs. desarrollo local: El caso del pueblo minero de Marmato (Caldas). *Scientia Et Technica,* 3, 589–598.

Arias Hurtado, C. (2014). Conflictos territoriales y patrimoniales en "el pesebre de oro de Colombia". *Luna Azul*, (39), 207–233.

Bourdieu, P. (2000). *Contrafuegos: reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal.* Barcelona: Anagrama.

Contraloría General de la República. (2012). *Respuesta denuncia 2012-46080-82111-OS y acumulados.* Bogotá: Contraloría General de la República.

Corte Constitucional. (2017). Sentencia SU-133/17 (p. 175). Bogotá.

Delgado Gómez, P. (2015). La inversión extranjera en el sector agropecuario creció 241% desde 2010. *La República*.

Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade –EJOLT–. (2016). Mapping environmental justice. Recuperado el 22 de marzo de 2017, a partir de http://www.ejolt.org

Gran Colombia Gold. (2012). *NI43-101 Mineral resource estimate on the Marmato Project, Colombia.* Toronto: Gran Colombia Gold.

Grupo de Trabajo sobre Minería y Derechos Humanos en América Latina. (2014). *El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá. Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* Washington: Fundación para el Debido Proceso.

Línea de Investigación en Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental –IESPA– (Ed.). (2016a). *Memorias académicas del Primer Encuentro "Investigaciones socioculturales en el marco de la problemática ambiental del territorio"*. Pereira: Universidad Tecnológica de Pereira.

Línea de Investigación en Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental –IESPA–. (2016b). *Problemáticas ambientales mineras desde la perspectiva sociocultural y derechos fundamentales.* Pereira: Universidad Tecnológica de Pereira.

Línea de Investigación en Estudios Socioculturales y Problemática Ambiental –IESPA–. (2016c). *Video divulgativo del Seminario-taller Problemáticas ambientales mineras desde la perspectiva sociocultural y derechos fundamentales.* Pereira: Universidad Tecnológica de Pereira. Recuperado a partir de https://www.youtube.com/watch?v=J1kg6Ao6fvI

Pérez-Rincón, M. (2015). Conflictos ambientales en Colombia: actores generadores y mecanismos de resistencia comunitaria. *Ecología Política,* 48, 76–82.

Samaniego, P., Vallejo, M. C., & Martínez-Alier, J. (2014). *Déficit comercial y déficit físico en Sudamérica.* Quito: Universidad Autónoma de Barcelona, FLACSO.

Toro, C. (2012). Geopolítica energética: minería, territorio y resistencias sociales. En C. Toro, J. Fierro, S. Coronado, & T. Roa (Eds.), *Minería, territorio y conflicto en Colombia.* (pp. 13–38). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

La Corte Constitucional y la transformación del gobierno de los recursos naturales en Colombia: el caso de los mineros tradicionales de Marmato

Juan Felipe García Arboleda[1]
María Cristina Hernández[2]

1- Profesor asistente de la Escuela de Derecho de la Universidad Javeriana en Bogotá y director de la Clínica Jurídica sobre Derecho y Territorio de esta universidad.
2. Profesora de cátedra de la Escuela de Derecho de la Universidad Javeriana y miembro del Taller Umbra de la Universidad de los Andes.

Resumen:

Este artículo propone que la introducción de los derechos bioculturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional no sólo significa una transformación en el paradigma antropocéntrico de relacionamiento con la naturaleza, sino una nueva forma de gobierno de los recursos naturales que materializa los principios de participación contenidos en la Constitución de 1991. Para ello, describe las "viejas formas" de gobierno antropocéntricas en la consolidación de proyectos de Estados nacionales a comienzos del siglo XX y las opone a las "nuevas formas" contenidas en los estándares de participación de la Sentencia SU 133 de 2017. El artículo finaliza con una reflexión sobre el porvenir de esta sentencia y la aplicación de los nuevos estándares en el gobierno de los recursos naturales.

Introducción

El artículo de investigación que se presenta a continuación, se escribe con ocasión del homenaje que la Heinrich Böll Stiftung (Colombia) le ofrece a Jorge Iván Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle, magistrados de la Corte Constitucional colombiana quienes profirieron fallos trascendentales que pretenden reconfigurar las relaciones de los seres humanos que habitamos el territorio de Colombia con nuestro entorno, en especial, con las fuentes que proveen la vida como ríos, lagunas, ciénagas, mares, bosques, montañas y páramos.

Los autores de este texto nos sumamos al oportuno homenaje como profesores del curso *"Derechos Humanos & Recursos Naturales"*, –que se imparte en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana–. Una de las líneas argumentativas del curso consiste en describir la emergencia, en el corazón de la jurisprudencia constitucional, de un nuevo paradigma para regular las relaciones humanas con su hábitat. Antes de explicar en detalle el cambio de paradigma, quisiéramos enunciar la importancia del planteamiento de este cambio por medio de la jurisprudencia.

El carácter pedagógico de la Jurisprudencia

Como profesores hacemos énfasis en el *carácter pedagógico de la jurisprudencia*. Al lidiar con hechos concretos, las sentencias se diferencian de la Constitución, las leyes y los decretos, en que pueden *enseñarle la vida del derecho* a una comunidad. De manera general, los lectores de un fallo judicial pueden encontrar la historia de un sujeto que considera que le han causado un daño. Ese sujeto acude a una instancia judicial confiando en que, a través del poder que se les confiere a los jueces (el poder de interpretar las normas vigentes), se le brinde un remedio a lo que considera como perjuicio.

El trabajo de los jueces consiste en realizar un *ejercicio de persuasión* (restringido por el sistema normativo vigente que lo precede), para justificar si tal daño

existió o no. En el caso que considere que tal daño sí ha acaecido, el *ejercicio de persuasión* derivará en proponer, (a partir del sistema normativo mencionado), la mejor vía para remediar el daño. Este ejercicio de persuasión no solo está dirigido a las partes en conflicto, también se dirige a la vida futura de la comunidad. El mensaje de los jueces consiste en establecer que, toda vez que dicho daño sea infligido y toda vez que esos hechos se repitan, se deberá aplicar reiteradamente la solución propuesta en su decisión (Kahn, 2017, pág. 60).

Por su necesaria naturaleza abstracta, la Constitución, las leyes y los decretos no pueden mostrar todo este proceso vital y concreto del derecho. Es por ello que las sentencias adquieren un especial rol en la *educación jurídica*, y, más allá de las Facultades de Derecho, las sentencias se instituyen como un pilar fundamental en la pedagogía de una comunidad que aspira ser gobernada por normas, y no por líderes de facciones que sólo pretenden aumentar sus ventajas políticas y económicas en la sociedad. De otra manera, las sentencias no solo son fuentes del derecho, también son fuentes históricas: son las fuentes de la historia del proceso de consolidación del Estado de derecho en una sociedad (Kahn, 2017, pág. 56).

El *paradigma ecocéntrico* y la noción de *derechos bioculturales*

Consideramos que un hito en esa historia del Estado de derecho en Colombia lo constituye la Sentencia T-622 de 2016 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. El precedente judicial se originó en la acción de tutela que instauró el Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna"[3], el 27 de enero de 2015 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra la Presidencia de la República y otras instituciones del Estado colombiano[4]. Para los actores, la

3. En representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH).
4. Ministerio de Interior, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Ministerio de Educación, Departamento para la Prosperidad Social, Departamento Nacional de Planeación, Agencia Nacional de Minería, Agencia Nacional de Licencias Ambientales, Instituto Nacional de Salud, Departamentos de Chocó y Antioquia, Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó –Codechocó–, Corporación para el Desarrollo Sostenible del Urabá –Corpourabá–, Policía Nacional - Unidad contra la Minería Ilegal, Instituto Geográfico Agustín

explotación minera mecanizada que se viene desarrollando a gran escala de forma ilegal desde finales de la década de los noventa, ha ido destruyendo el cauce del río Atrato en el Chocó, al realizar vertimientos indiscriminados de mercurio y otras sustancias requeridas para el desarrollo de estas actividades. De acuerdo con esta demanda, el daño que la actividad minera le ha causado a la cuenca del río Atrato ha violado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes (Sentencia T-622, 2016) .

La sala sexta de Revisión de la Corte Constitucional[5] se ocupó de revisar los fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca[6] y del Consejo de Estado[7], los cuales se negaron a conceder la acción de tutela determinando que la acción era improcedente porque lo que se pretendía con ella era la protección de derechos colectivos y no fundamentales. Para la sala sexta, los hechos del caso y los fallos de las dos instancias previas hacían necesario introducir un reconocimiento que no tenía precedente en el ordenamiento jurídico colombiano: el reconocimiento del río Atrato como un sujeto de derechos.

De acuerdo con este planteamiento de ruptura, el tipo de minería descrita arriba se encuentra vulnerando los derechos fundamentales del río Atrato, entre ellos, el derecho fundamental a su vida al estar contribuyendo paulatinamente a su muerte. Para la sala, la reconfiguración conceptual propuesta, –que desmonta de plano la tesis de la improcedibilidad alegada en los fallos de instancia–, es la consecuencia lógica de un necesario cambio de paradigma en las relaciones de los seres humanos con su hábitat para poder remediar y finiquitar las afectaciones que padecen el río y sus pobladores. El nuevo paradigma es catalogado como un enfoque *ecocéntrico*:

> *5.9 El enfoque ecocéntrico parte de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es*

Codazzi –IGAC–, Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder–, Registraduría Nacional del Estado Civil, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación, Municipios de Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia).

5. La sala estuvo integrada por Aquiles Arrieta, quien actuó como magistrado encargado, Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la presidió.
6. Sección Cuarta, Subsección B
7. Sección Segunda, Subsección A

> *la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella* (Sentencia T-622, 2016).

La Corte introduce el concepto de *enfoque ecocéntrico* como parte de un ejercicio de persuasión que consiste en vincular a la Constitución de 1991 y el trabajo interpretativo que la Corte ha hecho de la Carta en sus veintiséis años de vida, con un proceso de distanciamiento del *paradigma antropocéntrico* en las relaciones de los seres humanos con el medio ambiente. Para la Corte, este último paradigma "responde a una antigua tradición filosófica y económica –que va desde los teóricos naturalistas como Smith y Ricardo hasta los pragmáticos neoliberales como Stiegler y Friedman– que ha concebido al hombre como el único ser racional, digno y completo del planeta. Desde este punto de vista, lo único que importa es la supervivencia del ser humano y solo en esta medida debe protegerse el medio ambiente, aun cuando admite la posibilidad de la explotación controlada de recursos naturales para promover el desarrollo estatal" (Sentencia T-622, 2016).

En concepto de la Corte, el cambio hacia el *paradigma ecocéntrico* se sustenta constitucionalmente en la fórmula del Estado Social de Derecho, (artículo 1º), "en tanto define a Colombia como una República democrática, participativa y pluralista" (Sentencia T-622, 2016). Estos elementos esenciales de la República que diseñó la Constitución de 1991, se desarrollan "en el mandato constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación (artículos 7º y 8º)" (Sentencia T-622, 2016).

Considerando en su conjunto esta axiología constitucional y usándola para pensar las relaciones de los grupos humanos con las fuentes de vida que se encuentran en los territorios que habitan, la Corte realiza un *ejercicio de persuasión* adicional. Para fortalecer el *paradigma ecocéntrico,* es preciso hacer evidente que las relaciones de los pobladores de un hábitat del cual derivan su subsistencia se encuentran en íntima conexión con sus culturas y por ello merecen una especial protección constitucional, razón por la cual, la Corte introdujo una nueva categoría en la jurisprudencia constitucional: la categoría de *derechos bioculturales*:

> *...en su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios –de acuerdo con sus propias leyes, costumbres– y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda*

e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente (Sentencia T-622, 2016).

Las relaciones entre el Estado y la naturaleza desde el paradigma antropocéntrico

Una de las consecuencias medulares de la reconfiguración conceptual que realizó la sala sexta de revisión de la Corte Constitucional, al introducir la noción de derechos bioculturales, es la transformación de *las relaciones entre el Estado y la naturaleza,* en especial, en lo que hace referencia al problema del *gobierno de los recursos naturales*.

Los profesores Kelly, Leal, Wakild y von Hardenberg han introducido el concepto *"The Nature State"* (El Estado de la Naturaleza) para remarcar que, desde su consolidación como forma política generalizada, el Estado-Nación ha ejercido un rol central en el gobierno y control de los recursos naturales "articulando grandes visiones de cómo se debe ver la naturaleza y persiguiendo proyectos de cambios radicales que buscan alcanzar un mayor control sobre las poblaciones locales" (2017).

Ahora bien, lo que resulta interesante en este énfasis de la investigación sobre las relaciones entre Estado y naturaleza es que ese gobierno y control sobre los recursos naturales que tienen como pretensión delimitar las formas, los sujetos, los espacios y los tiempos en que se deben conservar o explotar los recursos naturales, es una acción que fortalece la construcción y consolidación del Estado-Nación mismo. De otra manera, el rol de la definición de conservación o de explotación de los recursos naturales son dos caras de la misma moneda, –pues al definir las áreas de conservación, se definen las de explotación (Igoe, Borckington, Rosaleen 2008)–, y es un rol que se ha erigido, históricamente, en la columna vertebral de los proyectos nacionales (Blackbourn & Armiero, 2014).

Diversos estudios han documentado cómo los proyectos nacionales desde mediados del siglo XIX y durante todo el siglo XX se empeñaron, con ahínco, en definir las áreas de conservación y explotación de los recursos naturales mediante el uso de herramientas de una ***planificación centralizada*** en las autoridades del Estado-Nación, independientemente de si el proyecto nacional fuera capitalista o socialista. Analizando la historia de la consolidación el Estado alemán, el profesor David Blackbourn señala que, por lo demás, dichas herramientas "dependieron de formas modernas de conocimiento: mapas, tablas, inventarios, teoría científica, la

experticia de ingenieros hidráulicos. También fue una medida de poder político. Estas transformaciones del paisaje alemán fueron coercitivas" (Blackbourn, 2006:7).

El caso alemán es ejemplar, pues brinda elementos para comprender que esta relación típica del Estado con la naturaleza en el proceso histórico de su consolidación implicó una relación de profunda asimetría entre los planificadores que definían las políticas de explotación/conservación y los pobladores de los espacios sobre los que recaía dicha planificación. La cuestión puede ser observada con detalle en el tratamiento que el gobierno nacional-socialista les dio a los humedales de Pinsk en las tierras bajas de Polesia. Después de la visita del geógrafo Martin Burgener a estos humedales, el espacio es descrito como un lugar gris y salvaje, que debe ser limpiado de la "parasítica minoría que era ajena al paisaje" (Blackbourn, 2006: 254). Esta "parasítica minoría" son principalmente las tres poblaciones que habitan el humedal, y que los alemanes definieron como los tres grandes obstáculos en el desarrollo de estas tierras: los judíos, los eslavos y los polacos.

Burgener propuso una "limpieza" radical que no sólo requería de una transformación de la hidráulica natural del humedal, sino de una persecución de las poblaciones consideradas como obstáculo y que se habían asentado en estos territorios. Estas acciones materializaron la búsqueda de un nuevo paisaje que, según el planeador rural del régimen, Konrad Meyer, permitiera la constitución de espacios de vida "verdaderamente" alemanes.

Para la consecución de estos espacios, los pantanos del humedal debieron ser secados, los caudales de agua "rebelde" controlados a través de obras de hidrología y la población perseguida y eliminada, asesinando a más de 10.000 personas para la remodelación y moldeamiento de estos paisajes según los ideales alemanes. Así, Blackbourn expone de forma magistral cómo los ideales raciales que consolidó el Tercer Reich para su gobierno se materializaron en visiones sobre el paisaje particulares que buscaron mejorarlo a través del despliegue del conocimiento de los ingenieros y planificadores, con un uso, incluso, de violencia militar que consolidó un espacio de vida bajo los ideales nacionalsocialistas.

Con una visión muy similar a la expuesta por Blackbourn, en un estudio del caso español, el geógrafo Erik Swyngedouw explica la relación entre agua y constitución del Estado-Nación a lo largo del siglo XX. Su periodo de análisis va desde la caída del imperio colonial español en 1898 hasta el 2010, explicando cómo escaló un imaginario moderno sobre el control del agua a las políticas actuales de desalinización. En el estudio que realizó durante el periodo del gobierno autoritario de Franco, Swyngedouw explora la relación entre la planeación hidrológica y los ideales de "desarrollo orgánico nacional", observando cómo la búsqueda de "la corrección de las inequidades existentes" se dio, entre otros, a través de la conexión de las cuencas hidrográficas (Swingedouw, 2014: 80).

Continuando con la investigación sobre la relación entre el control del agua y los ideales nacionalistas, Dorothy Zeisler Vralsted analiza "la conquista de la naturaleza al servicio del socialismo" en la búsqueda de la canalización del río Volga sobre la ciudad de Moscú (Zeisler Vralsted, 2014: 93). Desde las referencias más explícitas a ideales nacionales como la ubicación de estatuas de Lenin y Stalin en la entrada del río Volga a la ciudad, como en mecanismos más invisibles de hidropoder como el uso político de la potabilidad del agua, Zeisler narra la emergencia de un nuevo paisaje que materializaba los ideales de modernización socialistas rusos.

El caso colombiano no es, ni mucho menos, una excepción a esta forma de construcción y consolidación del Estado-Nación cimentada en una planificación centralizada que define las políticas de conservación/explotación de los recursos naturales. Tal y como lo ha documentado el profesor García, a mediados del siglo XX, Colombia fue la destinataria de la primera misión del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento cuyo objetivo era instituir un modelo conceptual que sirviera para lograr la estabilidad de sociedades en transición hacia el desarrollo. El director de esta misión, Lauchlin Currie, en posturas similares a las de Martin Burgener en Alemania, consideró que el plan estratégico para el desarrollo colombiano consistía en una reconfiguración del valle del río Magdalena. Currie dirigió su mirada especialmente hacia los suelos aluviales encharcables e inundables (García Arboleda, 2017).

Tal y como lo establece García, para Currie era necesario sustituir el uso habitual que los pobladores le daban a estos espacios por un uso de mayor productividad económica como la ganadería. "A diferencia del plan oriental de la Alemania nazi, en el que la violencia se unificaba y legitimaba contra eslavos, polacos y judíos para que abandonaran sus vidas en los humedales del Río Pripet, y de esta manera, cedieran estos espacios para que fueran ocupados por campesinos alemanes <<verdaderamente>> arios, <<verdaderamente>> productivos; en el caso colombiano, Currie imaginaba el vaciamiento humano de los suelos aluviales del valle del río Magdalena, para que fueran ocupados por una cantidad ingente de cabezas de la mejor raza bovina" (García Arboleda, 2017).

Son estas relaciones entre Estado y naturaleza derivadas de un enfoque antropocéntrico, características del *Estado de la Naturaleza,* tal y como se explicó, las que son transformadas, de manera significativa, por el concepto de derechos bioculturales que introduce la sala sexta de la Corte, haciendo el giro hacia un enfoque ecocéntrico. A continuación, por medio de la presentación del caso de los mineros tradicionales de Marmato, y de la sentencia de unificación que profirió la Corte Constitucional en sala plena sobre éste, analizaremos, en concreto, la reglas que propone el alto tribunal para la reconfiguración de estas relaciones.

El caso de los mineros tradicionales de Marmato (Caldas)

En el año 2014, los señores Orlando de Jesús Ramírez Rincón, Jaime Arturo Ramos Ruiz, José Dumar Vélez y Carlos Arturo Botero Gaviria instauraron una acción de tutela contra la Agencia Nacional de Minería, Minerales Andinos de Occidente S.A., la Compañía Gran Colombia Gold y la Compañía Minera de Caldas. Los accionantes se identificaron como oriundos de Marmato y de otros pueblos circunvecinos, cuyas economías se sustentan en la explotación de las riquezas minerales yacentes en el cerro El Burro. De acuerdo a su dicho, sus medios de vida han estado siempre en relación con la actividad de minería tradicional de la que derivan su sustento y el de sus familias (Sentencia SU-133, 2017).

Los habitantes de Marmato que instauraron la acción manifestaron que ejercían su oficio en la mina Villonza y que dicha mina, como las demás que se ubican en la parte alta del cerro El Burro, se han destinado históricamente al ejercicio de la pequeña minería, a diferencia de la parte baja del cerro la cual se ha reservado para la explotación minera a mediana escala. Señalan que esta regla consuetudinaria se rompió en 2007 cuando la Compañía Gran Colombia Gold, con aval de la autoridad minera del Estado colombiano, comenzó un proceso de compra y concentración de los títulos mineros ubicados en la parte alta del cerro El Burro a través de sus filiales, la Compañía Minera de Caldas y Minerales Andinos de Occidente (Sentencia SU-133, 2017).

Manifestaron los demandantes que una vez estas empresas adquirieron los títulos de las minas de la parte alta del cerro se suspendió la explotación de las mismas. Por esta razón, los mineros tradicionales reanudaron la actividad de explotación en la mina en donde más de 120 personas trabajaban, adelantando una solicitud de legalización de su actividad. Sin haber recibido respuesta a su solicitud, el alcalde encargado de Marmato les notificó, el seis de mayo de 2014, sobre la ejecución, el 14 de mayo siguiente, de una diligencia de cierre y desalojo de la mina Villonza en cumplimiento de la Resolución GTRM Nº 751 del 1º de septiembre de 2010, "por medio de la cual se resuelve un amparo administrativo dentro del título minero Nº CHG-081" (Sentencia SU-133, 2017).

Los mineros tradicionales de Marmato alegaron que dicha resolución y el potencial desalojo de la mina Villonza vulneraba sus derechos fundamentales al debido proceso, la libertad para ejercer su oficio, su derecho a ejercer el trabajo que eligieron y saben hacer, su mínimo vital, su derecho a la participación y su derecho a no ser desplazados de su territorio. Los accionantes le rogaron al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio que en virtud del reconocimiento de la vulneración de sus derechos: 1) dejara sin efectos la resolución de amparo administrativo, 2) ordenara

a las empresas mineras abstenerse de realizar labores de exploración y explotación en la zona alta del cerro El Burro, y 3) prescribiera a la Agencia Nacional de Minería abstenerse de autorizar cesiones de títulos mineros en la zona alta del cerro El Burro (Sentencia SU-133, 2017).

Tanto el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio en primera instancia, como la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales en segunda, declararon la improcedencia de la acción de tutela subrayando la existencia de mecanismos ordinarios para atacar los actos administrativos que, en opinión de los accionantes, produjeron la situación de vulneración de derechos fundamentales. Pese a que la sala de selección once de 2014 de la Corte Constitucional no seleccionó la tutela para su revisión, los magistrados Jorge Iván Palacios, Gloria Stella Ortiz y María Victoria Calle enviaron sus insistencias para la selección arguyendo que 1) existe una situación de desprotección normativa de los mineros artesanales, 2) es necesario precisar las diferencias entre la minería ilegal y la ancestral y, 3) hay mérito suficiente para indagar si la notificación de la decisión de amparo administrativo se ajustó a lo previsto en el artículo 310 de la Ley 685 de 2001 y si respetó la jurisprudencia constitucional trazada en la Sentencia T-187 de 2013.

En frente de un típico caso en que las autoridades estatales centrales encargadas de la planificación y gobierno de los recursos naturales mineros se sobreponen, junto a los inversionistas privados, a los intereses y formas de vida de los pobladores tradicionales de un espacio rico en dichos recursos, los magistrados sustentan su insistencia relievando la situación de asimetría y desprotección en la que se encuentran estos últimos, de tal suerte que se hace necesario la revisión de los fallos de instancia para que estén sintonizados con las nuevas formas de gobierno de los recursos naturales que se derivan de la introducción de la noción de *derechos bioculturales* en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La decisión de la Sentencia SU 133 de 2017 y sus estándares del derecho fundamental a la participación como nueva fórmula del gobierno de los recursos naturales

Después de seleccionar la sentencia para ser revisada, la Corte Constitucional planteó dos problemas jurídicos sobre los que deriva su análisis. El primero está relacionado con el derecho a la participación de los mineros tradicionales de Marmato

y el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes que allí habitan, frente al título otorgado que autoriza la minería a gran escala. El segundo análisis versa dobre la posible violación al debido proceso, derecho al trabajo y el mínimo vital debido a la orden de desalojo de la mina Villonza.

Frente al primer problema, la Corte Constitucional decidió que la cesión de los derechos mineros otorgados por la Agencia Nacional de Minería a la empresa debió prever instancias participativas, dada la potencialidad que tiene este acto de afectar a los habitantes y a los mineros tradicionales de Marmato. Además, observó que, si bien los peticionarios no tenían un contrato de concesión vigente esto, "no desvirtúa su condición de mineros tradicionales ni su derecho a participar en la adopción de las decisiones que autorizaron las cesiones de los derechos emanados del título CHG-081" (Sentencia SU 133, 2017). Por lo tanto, considera afectados los derechos a la participación de los mineros tradicionales y a la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes allí asentadas.

Frente al segundo problema, la Corte decidió que la orden de cerrar y desalojar la mina afectó el derecho al debido proceso y amenazó los derechos al mínimo vital, al trabajo y a la libertad de oficio, al impedir que los mineros tradicionales pudieran manifestarse frente al amparo administrativo y pudieran ejercer la actividad de la que derivan su sustento.

La regla jurisprudencial que la Corte construye frente al caso concreto en relación con el derecho fundamental a la participación, parte del reconocimiento del ejercicio histórico de la minería tradicional y el asentamiento prolongado de los habitantes sobre el territorio objeto de disputa. Además, se deriva también de un fundamento constitucional que parte desde el artículo primero que caracteriza a Colombia como un Estado democrático, participativo y pluralista y se desarrolla entre otros, en el artículo segundo –que establece como uno de los fines esenciales del Estado la facilitación de la participación en las decisiones que los afectan–; en los artículos 40 y 41 que consagran el derecho de todos los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y obliga a las instituciones educativas a fomentar los principios y valores de la participación ciudadana; en el artículo 70 que condiciona la adopción de decisiones que afecten el medio ambiente; y en los artículo 330 y 342 referidos a la participación en Planes Nacionales de Desarrollo. A partir de este fundamento constitucional, la Corte enuncia, al menos, siete reglas o estándares que llenan de contenido el derecho fundamental a la participación, reconfigurando una nueva forma de gobierno de los recursos naturales en Colombia.

La primera regla destacada es sobre la participación efectiva. Rememorando la Sentencia T-194 de 1999 que tuteló los derechos a la participación de los pescadores y campesinos "cuya subsistencia se vio comprometida por cuenta de los efectos

ambientales de la construcción de la hidroeléctrica Urra 1" (Sentencia SU-133 de 2017), la Corte destacó que a pesar de que existieron instancias de participación organizadas por Planeación Nacional, limitaron su ejercicio al diligenciamiento de formatos. Por lo tanto, tanto las empresas como las autoridades de ambiente, mineras y las autoridades territoriales debieron financiar la asesoría para que las comunidades pudieran ejercer su derecho efectivamente.

La segunda regla procede de la sentencia T-606 de 2015 que tuteló los derechos a la participación de los pescadores de Barlovento a raíz de la prohibición de la pesca artesanal en áreas protegidas del Parque Nacional Tayrona. Si bien la Corte en este caso consideró que la prohibición del ejercicio de la pesca tenía como finalidad la protección de servicios ambientales y la preservación de especies marítimas, decidió que las autoridades del Parque debieron conformar una mesa de trabajo para el diseño y ejecución de un plan de compensación en la que participaran las comunidades y de las personas afectadas por las decisiones en cuestión.

Una tercera regla se refiere a la obligación estatal de garantizar la disponibilidad de los espacios de participación, y parte de la Sentencia T-047 del 2011 que cuestionó a las autoridades que intervinieron en el trámite constitucional de unos habitantes de un albergue contra la alcaldía de Yumbo. La Corte, al observar que ninguna de las entidades abrió espacios para que los habitantes del albergue fueran consultados sobre las medidas de reubicación disponibles, reiteró la obligación estatal de garantizar la disponibilidad de los mismos[8].

La cuarta regla extiende el derecho fundamental de participación a comunidades que tradicionalmente han habitado un territorio, aunque no presenten una identificación étnica, refiriéndose a la tutela del derecho a la participación de unos pescadores de Cartagena frente al proyecto Anillo Vial Malecón de Crespo (T 348 del 2012). Si bien en este caso la Corte observó que no se trataba de un grupo culturalmente diferenciado que fuera sujeto del derecho a la consulta previa, sí recalcó que esta comunidad debió haber sido consultada y compensada por los impactos ocasionados.

La quinta regla se refiere al principio de buena fe que debe guiar las deliberaciones entre las partes que interviene, sobre todo en lo relacionado a lograr la finalidad de un consentimiento de las comunidades, al evitar posturas adversariales y de eliminación de las posturas del contradictor. Para ello, se fundamenta en la sentencia T 294 de 2014 que estableció que la participación de comunidades

8. Si bien esta regla no se refiere a un caso sobre recursos naturales, es relevante para la Corte en la medida en que llama la atención sobre la necesidad de que los jueces constitucionales abran los espacios de deliberación y participación antes de que estos lleguen a revisión.

indígenas y campesinas en los espacios de participación abiertos para estudiar el otorgamiento de una licencia ambiental para la construcción de un relleno sanitario en Ciénaga de Oro, Córdoba, debían orientarse bajo los principios de buena fe.

La sexta regla subraya la "necesidad de aplicar estándares internacionales para la garantía de los derechos humanos de poblaciones que se ven afectadas por el desarrollo de proyectos" (Sentencia SU-133 de 2017). La sentencia que esta vez trae a colación la Corte es la T-550 de 2015 que buscó la protección del derecho a la consulta previa de las comunidades negras de Buenaventura que podían verse afectadas por un proyecto de construcción de un Malecón. Debido a que la sala no encontró que el peticionario estuviera legitimado para representar a alguna comunidad, protegió sus derechos a la participación y vivienda digna aplicando estándares internacionales contra los desalojos forzosos por motivos de desarrollo.

La séptima y última regla es la "incorporación del estándar interamericano para estudiar todos los casos de personas, familias y comunidades potencialmente afectadas por el desarrollo de la minería" (Sentencia SU-133 de 2017), en la que la Corte recalca que las comunidades o personas que se vayan a ver afectadas por la minería tienen "derecho a participar en la adopción de las decisiones relacionadas con la planeación y ejecución de los proyectos, aun si no reivindican una identidad étnicamente diversa", según los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Una reflexión final: Sobre el porvenir de la Sentencia SU-133 de 2017 y la aplicación de los nuevos estándares en el gobierno de los recursos naturales

Retomando el argumento con el que iniciamos el presente trabajo sobre el *carácter pedagógico de la jurisprudencia*, es fundamental advertir que dicho carácter hace que las altas Cortes asuman un rol de intermediario entre el pasado y el futuro: En efecto, las Cortes miran hacia atrás para narrarnos la forma en que se ha concebido y vivido el Estado de Derecho en el pasado y a partir de ese mirar hacia atrás juzgan, por medio de la interpretación de las normas vigentes en el sistema jurídico, si dicha forma debe ser preservada o si es preciso modificarla para, en el futuro, concebir y vivir el Estado de derecho de una manera diferente (Kahn, 2017, pág. 77).

En este trabajo hemos querido evidenciar que la Sentencia SU- 133 de 2017 es el punto de llegada de una labor jurisprudencial de la Corte Constitucional que *ha transformado la forma de gobierno de los recursos naturales en Colombia*. En esta ardua faena, a la cual hacemos homenaje, la Corte ha intentado persuadirnos de que la vieja forma de gobernar los recursos naturales, a través del uso de la fuerza del Estado y su planificación centralizada, excluyendo la participación de los habitantes que basan sus formas de sociabilidad en relaciones que tejen sobre las fuentes de vida de un territorio concreto, es una forma de gobierno que tiene que quedar en el pasado y es una forma de gobierno que quedó en el pasado con la promulgación de la Constitución de 1991.

Este ejercicio de persuasión llega a su clímax en un apartado de la sentencia que, aunque no hace parte del cuerpo de la misma, no podemos dejar de mencionar. En la aclaración de voto que realiza la magistrada María Victoria Calle se explica esta transición entre pasado y futuro de una manera ejemplar. La magistrada recurre a la cultura popular memorando una de las películas clásicas del cine colombiano, "La estrategia del caracol".

En su aclaración de voto la magistrada nos recuerda cómo la trama gira en torno al desalojo de varias familias de una casa en el centro de Bogotá ("la casa Uribe"). Nos dice que esta película evoca un apego ciego a la ley de las autoridades del Estado, combinado con las estrategias para evadirla por parte de las poblaciones que no están amparadas por el derecho. La última escena en la que finalmente se va a realizar el desalojo y el propietario (en papeles) está listo para el ingreso, encumbra una surreal *vía de hecho* que planearon milimétricamente los habitantes de la casa Uribe.

En este precioso ejercicio de persuasión, los mineros tradicionales de Marmato son los habitantes de la casa Uribe. Al igual que a éstos, a los marmateños se les ha venido colocando en una situación de extinción de sus modos de vida y sus fuentes de subsistencia: "la afectación central de los marmateños ocurre con la decisión de autorizar la cesión de títulos mineros en el cerro El Burro; continúa con la integración para mantener la explotación y finaliza con el cierre de las minas de la parte alta" (Aclaración de Voto Calle Sentencia SU-133, 2017).

La magistrada Calle, quien hace parte de los cinco magistrados que votaron favorablemente la Sentencia SU-133 de 2017, advierte una diferencia fundamental entre los protagonistas de la película y los mineros tradicionales de Marmato. Esta diferencia la atribuye precisamente, a una diferencia temporal, a una diferencia en cómo se concebía y se vivía el Estado de Derecho antes de la Constitución de 1991 y cómo se debe concebir y vivir el Estado de Derecho en el futuro, un futuro en donde las reglas de la sentencia SU-133 de 2017 se apliquen cabalmente:

> *Cuando se escribió el guion de la Estrategia del Caracol no existía la Constitución Política de 1991, con una carta de derechos particularmente amplia y exigible ante los jueces a través de la acción de tutela; tampoco se había asumido de manera efectiva el modelo de Estado constitucional de derecho y el concepto de Estado social como norma jurídica, acompañado del principio de igualdad material, lo que tal vez explica la implícita defensa a la vía de hecho asumida por los inquilinos del inmueble. En el escenario actual (el posterior a la Constitución de 1991) las normas legales, y más aún las de inferior jerarquía (decretos, resoluciones o contratos, como los que se han mencionado) no son válidas ni aplicables si se oponen a la eficacia de los derechos constitucionales que, como plásticamente lo señala Ferrajoli, no están a disposición de la ley mayoritaria y constituyen por tanto las leyes del más débil* (Aclaración de Voto Calle Sentencia SU-133, 2017).

Es por esta razón por la que "mientras en la película los inquilinos responden con una vía de hecho, a la que se legitima mediante la alusión a las injusticias de la justicia; en el caso Marmato es el Estado quien, al adoptar decisiones sobre la explotación del cerro el Burro, sin tomar en consideración los derechos fundamentales de los marmateños (especialmente, la participación, la consulta a las comunidades étnicas, la identidad cultural de los pobladores, el trabajo y el mínimo de subsistencia) se ubica en el plano de las vías de hecho; mientras los afectados controvierten estas actuaciones desde la acción de tutela y los derechos constitucionales" (Aclaración de Voto Calle Sentencia SU-133, 2017).

Ahora bien, es fundamental advertir que esta transformación en el gobierno de los recursos naturales que prescribe la Sentencia SU-133 de 2017, no es compartida por la totalidad de los magistrados. De manera simple, dicha transformación no hace parte de una visión unánime de la Corte Constitucional. Lo anterior se hace evidente en el salvamento de voto que suscriben los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez (Salvamento de voto Linares-Lizarazo-Guerrero Sentencia SU-133, 2017).

Para este grupo de magistrados por medio de la sentencia SU-133 de 2017 la Corte constitucionalizó el derecho a la explotación minera de unos particulares en la zona alta del cerro El Burro, desbordando las competencias que debe ejercer con prudencia y auto restricción en los precisos términos que le han sido conferidas por el Constituyente (Art. 241 de la Constitución). Dicha invasión de competencias acaeció, según el salvamento, pues la Corte reemplazó las funciones de la Agencia Nacional Minera quien tiene la competencia legal del otorgamiento de títulos de exploración y explotación de las minas (Salvamento de voto Linares-Lizarazo-Guerrero Sentencia SU-133, 2017).

Por otra parte, en el salvamento de voto los magistrados advierten con preocupación que la Corte con su decisión se encuentra invadiendo la esfera de la

autonomía de la voluntad para realizar actos jurídicos entre particulares, lo que puede llegar a desincentivar *la iniciativa privada en materia minera*. En efecto, señalan los magistrados que "la Corte pasó por alto la naturaleza jurídica del acto de cesión de los títulos mineros y omitió considerar que la acumulación de éstos podría analizarse a la luz de las normas de control de integraciones empresariales, en aras de proteger la libre competencia" (Salvamento de voto Linares-Lizarazo-Guerrero Sentencia SU-133, 2017).

Sin duda alguna, los argumentos del salvamento ponen de presente que las autoridades nacionales de planificación, y los inversionistas privados, también tienen un rol trascendental en el gobierno de los recursos naturales. Esta tensión se encuentra en el corazón de la Sentencia SU-133 de 2017, manifestada en una votación que terminó 5-3. Y con todo, el precedente judicial que nos vincula hacia el futuro resuelve la tensión a favor de los grupos humanos que han habitado tradicionalmente un territorio, pues son a éstos a quienes se les está poniendo en riesgo sus formas de vida y a quienes históricamente se les ha excluido del gobierno de los recursos naturales, lo que exalta la categoría de *derechos bioculturales*.

Que haya primado esta última visión del gobierno de los recursos naturales en una sentencia de unificación de la Corte, no significa que haya triunfado en la sociedad y en la forma de concebir y vivir el Estado de Derecho. Al respecto, señala Paul Kahn: "En pocas ocasiones, sin embargo, encontramos que solo hay un recuento disponible. Leemos los salvamentos de voto y podemos encontrarlos igualmente persuasivos. Tenemos, entonces, que decidir entre dos recuentos. En ese momento es importante que confiemos en las cortes como institución. Si lo hacemos, el hecho de que un recuento sea la <<decisión correcta>> no es irrelevante para precisar qué tan persuasivo puede ser. Un argumento se vuelve más persuasivo si confiamos en quien lo presenta. La confianza, claro, se construye con el tiempo, a medida que vemos cómo le ha ido a las Cortes" (Kahn, 2017, pág. 77).

Al final, la jurisprudencia, como toda actividad jurídica, está inmersa en una *práctica de persuasión*: los jueces intentan persuadirnos que sus interpretaciones de las normas contenidas en sus fallos reestablecerán un equilibrio previamente trastocado. Pero la recuperación del equilibrio sólo es percibida con el paso del tiempo, en el futuro, con la consolidación de un precedente judicial. Por ello la importancia de dejar a un lado la riesgosa tentación en que muchos caen de atacar a las Cortes, minando la confianza de la sociedad en ellas sin entrar en el juego argumentativo que hace evidente las tensiones siempre presentes en la vida del derecho.

Es fundamental estar muy atentos al porvenir de esta sentencia, que será fuente de un agudo debate en nuestra sociedad. Como profesores y ciudadanos, convencidos de la necesidad de restituir la participación de los habitantes de un territorio en

el gobierno de los recursos naturales que constituyen su entorno, contribuiremos a alimentar este ejercicio de persuasión que ha abierto la Corte con sus sentencias. Invitamos a toda la ciudadanía a enriquecer y hacer parte de esta discusión, pues son los ciudadanos quienes se deben apropiar de las sentencias y juzgar si ellas han restaurado el equilibrio. Son, en último término, los llamados a recobrar la confianza en sus Cortes y en el derecho como fórmula para la construcción de la paz.

Referencias

Blackbourn, David. Armiero, Marco. "On history, nature and nation. An interview with David Blackbourn" *Environment and History,* Vol. 20, no 1, 143-159 p.

Blackbourn, David. *The conquest of nature. Water, landscape and the making of modern Germany.* Norton, New York and London, 2006.

Brockington, Dan, Rosaleen Duffy y Jim Igoe. *Nature Unbound: Conservation, Capitalism and the Future of Protected Areas.* Londres, Earthscan, 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 133 de 2017. M.P Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 622 de 2016. M.P Jorge Iván Palacio Palacio

García, Juan Felipe. *El exterminio de la isla de papayal. Etnografías sobre el estado y la construcción de paz en Colombia.* Tesis doctoral en Antropología. Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 2017.

Hardenberg, Wilko Graf von, Mathew Kelly, Claudia Leal y Emily Wakild. *The Nature State: Rethinking the History of Conservation.* Londres: Routledge, 2017.

Kahn, Paul. *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia.* Ciudad de México: 2017.

Swyngedouw, Erik. "Not A Drop of Water…': State, Modernity and the Production of Nature in Spain, 1898–2010" *Environment and History* 20 (2014): 67–92 W. P.

Zeisler-Vralsted, Dorothy "The Aesthetics of the Volga and National Narratives in Russia" *Environment and History* 20 (2014): 93-122 p.

La consulta previa en la defensa de los territorios indígenas en Colombia

Margareth Durán Izquierdo[1]
Jesús Olivero Verbel, Ph.D.[2]

1. Investigadora del Grupo de Química Ambiental y Computacional, estudiante del Doctorado en Toxicología Ambiental de la Universidad de Cartagena.
2. Director del Grupo de Química Ambiental y Computacional, coordinador del Doctorado en Toxicología Ambiental de la Universidad de Cartagena.

Resumen

Los mecanismos que implementan los gobiernos para la conservación de los grupos minoritarios, en particular los indígenas, deben garantizar el respeto por sus derechos fundamentales. La consulta previa fue adoptada por Colombia como un mecanismo de participación y diálogo para la toma de decisiones sobre sus territorios y otros temas que los involucren. La Corte Constitucional, a través de su alta jurisprudencia, ha respaldado y resguardado su implementación; sin embargo, aún existen sectores económicos que no efectúan adecuadamente este mecanismo, generando conflictos frecuentes con los afectados, lo cual necesariamente implica que este escenario de raciocinio multicultural pueda readecuarse con urgencia.

Introducción

Los pueblos indígenas han sido declarados parte de la diversidad étnica y cultural de los países que habitan. En nuestro contexto, se denominan pueblos indígenas a aquellas poblaciones descendientes de nativos originarios de América que se reconozcan como tal, que permanecen en sus expresiones culturales, ideologías y organización política (Agredo, 2006). Son grupos minoritarios con desventajas sociales, económicas, escasa participación en política y construcción de estado. En este panorama de desigualdad, a través de los años las comunidades indígenas se han empoderado en luchas para que se les reconozcan, respeten y cumplan sus derechos fundamentales a través de duras y constantes batallas jurídicas, obteniendo, en ocasiones, lo demandado.

A pesar de su importancia en la conservación de los ecosistemas que habitan, históricamente, las comunidades indígenas han sido excluidas de decisiones ambientales y no cuentan con completa autonomía territorial (O'Faircheallaigh, 2007). Sin embargo, la idea de que ellos deben tener cierta emancipación sobre la extracción de los recursos naturales de sus territorios, ha tomado cada día más fuerza y respaldo internacional (Papillon y Rodon, 2017). En este marco, las peticiones indígenas se han centrado en exigir amparo por sus territorios, a la comunidad internacional y al gobierno local, en especial frente a particulares con intereses sobre la explotación de recursos naturales, usualmente abundantes en sus territorios.

Como resultado de estas insistentes manifestaciones sobre iniciativas indígenas, surge el Convenio 169 de 1989 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), siendo el acuerdo internacional más importante relacionado con la jurisprudencia indígena, en donde se reconocen una serie de premisas primordiales, como el derecho a la autodeterminación, conservación de instituciones políticas y económicas, a la autonomía en sus territorios, brinda además, herramientas de participación y concertación entre indígenas y particulares sobre temas que los involucre (González y Mesri, 2015). Posteriormente, es proclamada la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007, allí se reafirmaron los códigos ya establecidos, se reconoce el autogobierno, la expresión libre de su cultura, se

propone eliminar la discriminación y promover la tolerancia entre indígenas y no indígenas, y se ratifican los derechos a sus territorios donde deberán ser consultados en caso de intervenciones que los afecten, tal como lo relata el Artículo 10 de esta declaración la cual estipula la necesidad de realizar consulta previa antes de desplazamientos o traslados y el derecho a una indemnización justa cuando hayan existido daños. (ONU, 2007).

En Colombia según cifras oficiales, dadas hace 12 años, existen 87 grupos indígenas reconocidos por el estado con 1.392.623 individuos que corresponden al 3,43% de la población del país, ubicados mayormente en el área rural en resguardos indígenas legalmente constituidos (DANE, 2007). A ellos la Constitución de 1991 les ampara la existencia de sus derechos fundamentales como la autonomía por el territorio y la gestión de sus recursos, la autodeterminación, el poder gozar de organizaciones políticas y económicas propias, el reconocimiento de la justicia indígena, la consulta previa y el autogobierno reafirmando el pluralismo y la multiculturalidad del país. Manifestándose también la responsabilidad del estado de velar por las minorías étnicas (Congreso de Colombia, 1991). Estos cambios constitucionales surgen por la aceptación del Convenio 169 de la OIT, en Colombia mediante la Ley 21 de 1991 el cual establece las directrices para la formulación de nuevas políticas para los pueblos indígenas.

Surge así el derecho a la participación, implementado por diversos países y que se nombra como "consulta previa" por el convenio 169 de la OIT, o como "consentimiento previo, libre e informado" por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Salinas, 2011), que les otorga el derecho a los Indígenas y al estado el deber de consultarlos mediante sus organizaciones políticas cada vez que surjan proyectos, medidas legislativas, administrativas o convenios que puedan afectar directa o indirectamente sus colectividades. En este marco, son incluidos también los procedimientos de concesión de licencias ambientales (Hanna, Vanclay, Langdon, y Arts, 2014).

En el contexto jurídico, el objetivo de la consulta previa es resguardar la autonomía, autodeterminación, derecho al veto, poder conocer y entender a cabalidad de qué trata el proyecto por el que se les consulta, saber si pueden existir efectos negativos y tener la libertad de expresar sus decisiones. Este debe ser un proceso auto dirigido, libre de influencias o plazos externos, ejecutada previamente al desarrollo de cualquier actividad, y debe aplicarse en todos los casos sin excepción (Campbell *et al.*, 2012). Se convierte así en uno de los principios más importantes existentes en el país sobre participación y protección a comunidades indígenas y demás grupos étnicos. Estos reconocimientos legislativos han propiciado pequeños cambios, sin embargo existen aún muchos vacíos y deficiencias en su aplicación (Semper, 2006). Por esto es necesario realizar restructuraciones

para que las políticas sean más completas y eficientes, de lo contrario la demanda de inclusión y participación por parte de los pueblos indígenas se mantendrá vigente (Sochet, 2014).

En la implementación de este derecho fundamental, la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental como órgano legislativo. Es quien a través de diversas sentencias ha formulado las pautas necesarias que deben asumir todos los interesados en intervenir territorios de resguardos indígenas; lo anterior velando para que se cumpla lo establecido en la Constitución respecto al mecanismo de consulta previa como espacio de diálogo, participación, y protección (Rodríguez, 2013). La jurisprudencia permanente y abundante de la Corte Constitucional ha contribuido a fortalecer los asuntos indígenas consagrados en la Constitución y ha sido enfática en resaltar la necesidad e importancia de respetar los derechos esenciales de las minorías étnicas; así en la sentencia *T-576/14* describe que *"el derecho a la consulta reviste el carácter de fundamental, cuestión que tiene importantes implicaciones, al permitir, por ejemplo, que su protección se reclame por vía de tutela, aunque se trate de un derecho de titularidad colectiva. Esta Corte ha desarrollado dos clases de criterios aplicables al desarrollo de los procesos consultivos. Por un lado, aquéllos a los que ha llamado "criterios generales de aplicación de la consulta" y, por otro, "las reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta"*. La misma ratificación aparece en la Sentencia T-660/15.

Aun con la ratificación de los derechos de los grupos indígenas por la Constitución Colombiana de 1991, hasta la fecha se han presentado casos importantes de vulneración a uno de sus derechos fundamentales, la consulta previa, especialmente por parte de entidades públicas, privadas y multinacionales mineras, quienes de acuerdo con sus premisas, califican este derecho como un formalismo y consideran a los pueblos indígenas, por sus estilos de vida e ideologías, un obstáculo para el desarrollo económico del país, porque, según ellos, retrasan la ejecución de los proyectos. Este desconocimiento conduce a que muchas veces los procesos de consulta no se implementen de forma adecuada, exponiendo a las comunidades al deterioro ambiental, despojo de territorios, problemas sociales, culturales, sanitarios e inclusive peligro de extinción. En muchos de estos casos ha sido necesaria la intervención de la Corte para salvaguardar la ley.

La Corte Constitucional tiene dentro de sus funciones, según artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, revisar en la medida que lo determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales, emitiendo posteriormente una sentencia definitiva (Constitución Política, 1991). En este documento se realizó una búsqueda de aquellas sentencias revisadas y falladas por la Corte contra entidades públicas y privadas que han incursionado en territorios indígenas, sin ningún tipo de diálogo consensuado o

consulta previa. El proceso ha sido recurrente, con un gran número de proyectos en donde la consulta previa ha sido omitida o desestimada a la hora de intervenir territorios indígenas, aun con incumplimientos de las disposiciones jurídicas.

El texto agrupa únicamente aquellas sentencias donde existe afectación física del ambiente y la salud humana en los resguardos indígenas, lo cual incluye proyectos mineros, infraestructura, hidroeléctricas, carreteras y ocupación de territorio (Tabla 1). Las sentencias más frecuentes estuvieron relacionadas con minería extractiva (oleoductos, hidrocarburos y metales), constituyendo el 47.3% de los casos revisados. Por resaltar, son precisamente estas actividades las que deben abordarse con el mayor cuidado, en virtud de sus impactos negativos tanto para la salud humana como para la ambiental (Jain, Cui, y Domen, 2016; Northey, *et. al.*, 2016; Olivero, 2016; Vallejo *et al.*, 2016).

En cada sentencia se registra un precedente importante relacionado con la protección de los derechos indígenas y del patrimonio cultural y ambiental del país. La sentencia T-764/15, por ejemplo, también exalta la consulta previa como una herramienta para que las comunidades étnicas sean consultadas y escuchadas antes de la adopción de decisiones, bien sean de carácter estatal o privado, que, de manera trascendental, pudieran afectarles. Los avances jurisprudenciales de la Corte, respecto a la consulta previa, han sido fundamentales para posicionarla como legítima y obligatoria. Aunque estas decisiones de la Corte pueden ser inoportunas para muchos sectores económicos, para las comunidades significan la esperanza de justicia y protección. No obstante, la Corte ha señalado la necesidad de buscar un punto intermedio entre el desarrollo, la explotación de los recursos naturales y la preservación de la multiculturalidad nacional (Rodríguez, 2013). En conjunto, las sentencias sirven como pequeños aportes al gran mosaico que legitima la realidad y las vulneraciones de los derechos de nuestros pueblos indígenas.

Los impactos toxicológicos, derivados de las actividades extractivas o explotación minera, traen consigo daños a los ecosistemas y un alto riesgo para la salud de los individuos expuestos, en este caso los pueblos indígenas. Estas operaciones plantean dos tipos generales de preocupaciones principales, primero el agotamiento de los recursos no renovables y el daño ambiental, representado por el deterioro de la calidad del aire, suelo y del agua, contaminación por drenaje de las minas, deforestación, pérdida de biodiversidad, alteración del paisaje, afectación de las aguas subterráneas; y segundo el advenimiento de los impactos negativos en la economía tradicional de las comunidades intervenidas (Fugiel, Burchart-Korol, Czaplicka-Kolarz, y Smoliński, 2017; Jain *et al.*, 2016; Macedo, De Almeida y Akimoto, 2003). En Colombia, diversos estudios científicos han mostrado los impactos de varios tipos de minería sobre la salud ambiental y humana en distintas

regiones del país con marcada presencia indígena (Olivero, 2010; Cardoso, 2015; Olivero, 2016; Quiroz-Arcentales *et al.*, 2013).

De acuerdo con la información consagrada en la Tabla 1, entre las comunidades con mayor afectación en sus territorios por diversas actividades externas, se encuentran a indígenas Achaguas, Motilón Barí, U'wa y Awá, Embera Katío, Bachidubi, Sikuani, indígenas de los resguardos Cañamomo Lomaprieta y de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes han instaurado acciones de tutelas basándose en la violación de derechos fundamentales reconocidos nacional e internacionalmente. Ha sido la Corte, por tanto, quien ha obligado a las instancias correspondientes a responder por sus omisiones, manifestando en repetidas ocasiones la importancia de la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que afecten sus reservas como garantía de protección efectiva de su identidad cultural, y autonomía (Sentencia T-993, 2012).

En cuanto al territorio como área geográfica, la Corte en su sentencia T-438/15 ratifica *"los recursos que se encuentran en los territorios indígenas, son un asunto que afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes"* por lo que para su gestión se les debe consultar y en especial resguardar. En otra sentencia similar, T-693/11, la Corte destaca las características de los resguardos como inembargables, inalienables e imprescriptibles según Convenio 169 de la OIT. Resaltando en todos los casos la importancia del territorio como elemento esencial de las comunidades. Por tanto las omisiones a la consulta en proyectos con fines extractivos en los asentamientos indígenas son de especial atención, dada la estrecha relación entre ellos y su territorio, siendo éste imprescindible para su permanencia y la subsistencia de sus expresiones culturales. La relación de estas personas con su ambiente contempla más allá de lo perceptible, y se fundamenta en la cosmovisión indígena, determinada por el respeto a la tierra, a quién llaman "Madre". La existencia de lugares sagrados en sus territorios, donde realizan rituales propios de su cultura, ayuda a que se prevengan daños al entorno, y a mantener un equilibrio ambiental y espiritual entre ellos, la tierra y los elementos que la constituyen: agua, aire, fuego, animales y plantas.

El territorio también garantiza la sostenibilidad, la vida comunitaria, y el manejo racional de los recursos como ejes fundamentales de desarrollo indígena. Es importante indicar que la palabra "desarrollo" en el contexto indígena no se relaciona con ingresos económicos, capacidad productiva, tecnologías modernas o complejos industriales de producción; para ellos el desarrollo se refiere al equilibrio que se consigue entre suplir las necesidades básicas a través del entorno y el cuidado por el mismo, siendo sostenible, colectivo y relaciona lo material con lo espiritual, sin el objetivo de acumular riquezas. Estas diferencias de pensamientos muchas veces impiden llegar a acuerdos pues se trata de comparar la concepción del mundo occidental con el pensamiento indígena.

Otras determinaciones de la Corte Constitucional respecto al territorio fueron dadas en la sentencia T-769 de 2009, planteando que *"el Ministerio de Medio Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa",* medida que suministra sin ambigüedades la necesidad de protección estatal. Sin duda esta sentencia constituye una pauta importante para la protección de los derechos de los grupos étnicos y la población en general a un ambiente sano.

Todas estas sentencias son importantes si se considera la crisis climática actual y el valor de preservar la biodiversidad, en peligro por los innumerables proyectos extractivos y amenazada por empresas que de alguna forma aparecen con licencias ambientales sin el cumplimiento de las normas, o con herramientas para obviarlas. Estas violaciones recurrentes han puesto en crisis este mecanismo de participación, a tal punto que algunos pueblos indígenas han decidido no realizar más procesos de consulta previa en tanto el gobierno no brinde garantías jurídicas y asuma un compromiso serio, responsable y firme respecto al tema. Frente a estos casos en donde no se logra un acuerdo entre las partes involucradas, la Corte, a través de la sentencia SU-039/97 ha expresado *"cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros."* Es necesario el diálogo constante para lograr acuerdos reales e incluyentes.

Debe recalcarse que el panorama de incumplimiento a la normatividad para el acceso a los territorios indígenas no se presenta solo en Colombia, en muchos países de América Latina la situación de los indígenas es la misma, con diversos conflictos generados alrededor de sus territorios y múltiples presiones externas sobre la gestión de sus recursos. La intromisión del estado y de particulares, se ha aumentado en los últimos años por diferentes intereses económicos, constituyéndose como uno de los problemas frecuentes que deben afrontar los indígenas, panorama exacerbado por la decidida exclusión en las decisiones, y el desconocimiento de los efectos negativos para el ambiente y la salud de la comunidad, finalmente poniendo en riesgo su supervivencia física y cultural (Anglés, 2014;

Martínez, 2015). En otros países en donde aún no hay reconocimiento constitucional de los derechos indígenas la situación es más compleja y ha llevado a que el gobierno no responda a todas las aristas de la situación de manera integral (Guerrero, 2016). Cuando estos conflictos no tienen respuesta estatal, usualmente los afectados recurren a órganos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para resguardar los derechos fundamentales de estos grupos minoritarios.

En conclusión, en Colombia la Corte Constitucional se establece como la principal institución jurídica pública que ha brindado una protección amplia a los derechos de las minorías étnicas, aportando al fortalecimiento de la multiculturalidad del país y a mejorar la situación indígena actual, caracterizada por exclusión y discriminación. A través de múltiples sentencias la Corte ha contribuido a reforzar las garantías jurídicas existentes, anima a los pueblos a luchar por el respeto de sus derechos y su bienestar por mecanismos legales y a exigir la participación en decisiones que los afecten, con información clara y suficiente. Sin embargo, en el país el panorama de vulneraciones frecuentes a la consulta previa sugiere vacíos sustanciales en su implementación, así como un desconocimiento de los derechos de los grupos étnicos, por lo que es necesario una revisión exhaustiva de la misma para obtener medidas más eficaces y estrictas que permitan igualdad de condiciones democráticas.

A futuro, la Corte Constitucional debe mantener su jurisprudencia frente a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y ratificar la obligatoriedad en la ejecución de la consulta previa para evitar vulneraciones y reiterados incumplimientos en lo legalmente establecido. De igual forma, encontrar un punto de equilibrio a través de la concertación, Estado-Pueblos, para que el mecanismo de la consulta previa se implemente de forma vinculante y eficaz, haciendo que el Estado brinde garantías para el respaldo de los derechos de las minorías, logrando mejorar las condiciones de participación y de decisión respecto a sus territorios y evitando llegar hasta instancias jurídicas repetitivas. Es fundamental que el carácter de la consulta sea realmente previa, libre e informada, sin ningún tipo de presión o intento de dividir a las comunidades a través de otros medios. Así mismo, deben reglamentarse acciones legales más rigurosas para la vulneración de los derechos fundamentales de las minorías étnicas, y en aquellos casos en donde exista afectación, las compensaciones deben ser reales y acordadas con las mismas. Por último, los entes encargados de realizar y verificar el proceso de consulta, deben ser competentes en temas de derechos humanos y asuntos indígenas sin ningún tipo de influencias externas.

Referencias

Agredo Cardona, G. A. (2006). El territorio y su significado para los pueblos indígenas. Luna Azul, 23, 28–32. Retrieved from http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321727225006

Anglés Hernández, M. (2014). Jurisprudencia interamericana. Acicate contra la discriminación y exclusión de pueblos originarios de México en relación con sus recursos naturales. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 14, 261–299. https://doi.org/10.1016/S1870-4654(14)70008-X

Campbell, J., Oxman, M., Natour, F., & Baddache, F. (2012). Engaging with Free, Prior, and Informed Consent, (September). Retrieved from http://www.bsr.org/reports/BSR_Engaging_With_FPIC.pdf

Cardoso, A. (2015). Behind the life cycle of coal: Socio-environmental liabilities of coal mining in Cesar, Colombia. Ecological Economics, 120, 71–82. https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2015.10.004

Congreso de Colombia. Constitucion Politica de Colombia, Congreso de Colombia § (1991). https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004

Departamento Administrativo Nacional de Estadistica (DANE). (2007). Colombia una nación multicultural. Colombia Una Nación Multicultural, Su Diversidad Étnica, 1 – 45.

Fugiel, A., Burchart-Korol, D., Czaplicka-Kolarz, K., & Smoliński, A. (2017). Environmental impact and damage categories caused by air pollution emissions from mining and quarrying sectors of European countries. Journal of Cleaner Production, 143, 159–168. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.12.136

González Oropeza, M., & Mesri Hashemi-Dilmaghani, P. A. (2015). Justiciabilidad de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas. Cuestiones Constitucionales, (32), 201–233. https://doi.org/10.1016/j.rmdc.2016.03.007

Guerrero Guerrero, A. L. (2016). Demandas de derechos humanos de los Mapuche en Chile y los discursos jurídicos. Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos, 62, 103–134. https://doi.org/10.1016/j.larev.2016.06.006

Hanna, P., Vanclay, F., Langdon, E. J., & Arts, J. (2014). Improving the effectiveness of impact assessment pertaining to Indigenous peoples in the Brazilian environmental licensing procedure. Environmental Impact Assessment Review, 46, 58–67. https://doi.org/10.1016/j.eiar.2014.01.005

Jain, R. K., Cui. Z. "Cindy," & Domen., J. K. (2016). Environmental Impact of Mining and Mineral Processing. Environmental Impact of Mining and Mineral Processing. https://doi.org/10.1016/B978-0-12-804040-9.00006-1

Macedo, A. B., De Almeida Mello Freire, D. J., & Akimoto, H. (2003). Environmental management in the Brazilian non-metallic small-scale mining sector. Journal of Cleaner Production, 11(2), 197–206. https://doi.org/10.1016/S0959-6526(02)00039-2

Martínez Espinoza, M. I. (2015). Reconocimiento sin implementación. Un balance sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, 60(224), 251–277. https://doi.org/10.1016/S0185-1918(15)30010-6

Northey, S. A., Mudd, G. M., Saarivuori, E., Wessman-Jääskeläinen, H., & Haque, N. (2016). Water footprinting and mining: Where are the limitations and opportunities? Journal of Cleaner Production, 135, 1098–1116. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.07.024

O'Faircheallaigh, C. (2007). Environmental agreements, EIA follow-up and aboriginal participation in environmental management: The Canadian experience. Environmental Impact Assessment Review, 27(4), 319–342. https://doi.org/10.1016/j.eiar.2006.12.002

Olivero-Verbel, J. (2016). Coal and gold mining in Colombia: Impacts and challenges. Toxicology Letters, 259(2016), S25. https://doi.org/10.1016/j.toxlet.2016.07.630

Olivero-Verbel, J., Carranza-Lopez, L., Caballero-Gallardo, K., Ripoll-Arboleda, A., & Muñoz-Sosa, D. (2016). Human exposure and risk assessment associated with mercury pollution in the Caqueta River, Colombian Amazon. Environmental Science and Pollution Research, 23(20), 20761–20771. https://doi.org/10.1007/s11356-016-7255-3

Olivero Verbel, J. (2010). Efectos de la minería en Colombia sobre la salud humana. Universidad de Cartagena, 5–13. Retrieved from http://www1.upme.gov.co/sites/default/files/forum_topic/3655/files/efectos_mineria_colombia_sobre_salud_humana.pdf

Papillon, M., & Rodon, T. (2017). Proponent-Indigenous agreements and the implementation of the right to free, prior, and informed consent in Canada. Environmental Impact Assessment Review, 62, 216–224. https://doi.org/10.1016/j.eiar.2016.06.009

Quiroz-Arcentales, L., Hernández-Flórez, L. J., Calderón, C. A. A., Medina, K., Robledo-Martínez, R., & Osorio-García, S. D. (2013). PM10 exposure-related respiratory symptoms and disease in children living in and near five coal-mining areas in the Cesar department of Colombia. Revista de Salud Pública, 15(1), 66–79. Retrieved from http://www.scopus.com/inward/record.url?eid=2-s2.0-84894528740&partnerID=40&md5=233d86f925cc8329dd548ac532738b20

Rodríguez, G. A. (2013). De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. Journal of Chemical Information and Modeling (Vol. 53). https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004

Salinas Alvarado, C. E. (2011). La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. Revista Derecho del Estado, 235–259. Retrieved from. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932011000200011&lang=pt.

Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 762–778. Retrieved from http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21731.pdf.

Sentencia N° T-576. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia, 2014.

Sentencia N° T-438. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia, 2015.

Sentencia N° T-993. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia, 2012.

Sentencia N° T-769. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia, 2009.

Sentencia N° T-764. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia, 2015.

Sentencia N° SU-039. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia, 1997.

Sentencia N° T-660. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia, 2015.

Sochet, M. S. (2014). ¿Exclusión o inclusión indígena? Estudios Políticos, 31, 87–106. https://doi.org/10.1016/S0185-1616(14)70572-4

Unidas, N. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Revista de Paz y Conflictos, 19. Retrieved from http://www.ugr.es/~revpaz/numeros/rpc_n3_2010_completo.pdf#page=171\nhttp://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

Vallejo Toro, P. P., Vásquez Bedoya, L. F., Correa, I. D., Bernal Franco, G. R., Alcántara-Carrió, J., & Palacio Baena, J. A. (2016). Impact of terrestrial mining and intensive agriculture in pollution of estuarine surface sediments: Spatial distribution of trace metals in the Gulf of Urabá, Colombia. Marine Pollution Bulletin, 111(1-2), 311–320. https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2016.06.093.

Tabla 1.
Acciones de tutela interpuestas por comunidades indígenas por intervención en sus territorios sin agotar el mecanismo de consulta previa, revisadas por la Corte Constitucional.

Tema de Disputa	Motivos	Demandado	Población indígena accionante	Decisión Corte Constitucional	Sentencia y año
Instalación de antenas tecnológicas en territorio indígena.	Construcción de antena de comunicaciones en territorio ancestral indígena sin agotar la consulta previa.	Alcaldía municipal de Riosucio, Caldas.	Resguardo indígena Cañamomo Lomaprieta.	Amparar el derecho fundamental a la consulta previa.	T-698/11
Instalación de antenas tecnológicas, en territorio indígena.	Ocupación por parte del Ejército Nacional del cerro Alguacil o Inarwa dentro del Resguardo Arhuaco, SNSM*.	La Nación, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y otros.	Fundación Misión Colombia.	Realizar consulta previa, retiro paulatino de antenas y base militar.	T-005/16
Instalación de antenas tecnológicas, en territorio indígena.	Ocupación del resguardo por parte de tropas de E.U para instalar un radar de la DEA, que puede poner en riesgo sus derechos constitucionales.	Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de los Estados Unidos.	Resguardo de Monochoa, Amazonas Medio, propiedad colectiva de los grupos étnicos Huitoto y Muinane.	A favor, protección de su derecho al ambiente sano. Crear un comité de vigilancia permanente.	T-405/93
Construcción de oleoductos	Construcción en territorio indígena de oleoducto Rubiales Cusiana sin cumplir con la consulta previa.	Ministerios del interior y de justicia y de ambiente, la empresa Meta Petroleum Limited y otros.	Gobernador del cabildo indígena resguardo turpial (Indígenas Achaguas).	A favor, impacto cultural en modalidad de daño inmaterial por lesión a valores y creencias indígenas.	T 693/11

Tema de Disputa	Motivos	Demandado	Población indígena accionante	Decisión Corte Constitucional	Sentencia y año
Exploración y Explotación de Hidrocarburos	Expedición de licencia ambiental, para adelantar exploración y explotación de petróleo en su territorio, sin consultarlos.	Ministerio del Interior y de Justicia, de Defensa, de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y ECOPETROL S.A.	Pueblo Indígena Motilón Barí.	A favor, amparar el derecho fundamental a la consulta previa.	T-880/06
Exploración y Explotación de Hidrocarburos	Explotación sísmica bloque Samoré.	Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc.	Defensor del Pueblo, en representación pueblo Indígena U'WA.	A favor, amparar el derecho fundamental a la consulta previa.	SU039/97
Exploración y Explotación de Hidrocarburos	Plan hidrocarburífico en el territorio donde se asienta la comunidad Awá sin consulta previa.	Ecopetrol, Petrominerales Colombia Ltd., Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y Ministerio del Interior.	Representantes políticos comunidad indígena Awá	A favor, suspender actividades hasta realizar proceso de consulta previa.	T-359/15
Exploración y Explotación de Hidrocarburos	Actividades de extracción y explotación de hidrocarburos en el proyecto Quifa, dentro de resguardo indígena, en el municipio de Puerto Gaitán (Meta).	Meta Petroleum Corp. Sucursal Colombia y/o Pacific Rubiales Energy Corp. Sucursal Colombia y el Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa	Capitán Mayor y autoridades indígenas del Pueblo Sikuani del Resguardo Indígena Vencedor Pirirí.	Ordenar la suspensión de las actividades relacionadas con el proyecto. Realizar un proceso de consulta previa entre el resguardo accionante y las empresas involucradas.	T-764/15

Tema de Disputa	Motivos	Demandado	Población indígena accionante	Decisión Corte Constitucional	Sentencia y año
Construcción de un puerto multipropósito	Concesión de licencia ambiental, sin realizar consulta previa.	Ministerio del interior y de justicia Ministerio de Ambiente y la empresa Puerto Brisa S.A y otros.	Indígenas SNSM* a través de sus representantes.	Suspender actividades. Amparar el derecho fundamental a la consulta previa.	S.T547/10
Construcción de hidroeléctrica	Perjuicios por construcción de obras civiles de la hidroeléctrica Urrá.	Presidente de la República, los Ministros de Minas y Energía, la Alcaldía de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S.A. E. S. P. y otros.	Representantes políticos Indígenas Embera Katío.	A favor, indemnizar a la comunidad.	T-652/98
Construcción de embalse	Construcción del embalse Salvajina al norte del departamento del Cauca, habitada por minorías étnicas.	La Presidencia de la República, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y otros.	Gobernadores del Cabildo Honduras y Cerro Tijeras.	Culminar la consulta previa y establecer de manera concertada medidas para compensación, mitigación y corrección de daños.	T462A/14
Disputa por cuenca hídrica	Vulneración de derechos fundamentales al agua, la alimentación y la consulta previa.	Acción de tutela contra corporación autónoma regional del alto Magdalena.	Resguardo indígena Paniquita.	A favor, realizar debido proceso y consulta previa a la comunidad afectada.	T-1080/12

Tema de Disputa	Motivos	Demandado	Población indígena accionante	Decisión Corte Constitucional	Sentencia y año
Construcción de vías	Vulneración del derecho a la consulta previa, al adelantar la construcción del proyecto variante el Guamo en su territorio.	Ministerio de Ambiente, Agencia Nacional de Infraestructura, Instituto Nacional de Vías –INVIAS y otros.	Cabildo indígena La Luisa del Pueblo Pijao.	A favor, dar inicio a consulta previa para vincular a la comunidad al proceso.	ST-993/12
Construcción de vías	Ampliación de carretera en territorio indígena donde existía además una falla geológica.	Compañía Solarte y el Ministerio de obras públicas.	Gobernador de la comunidad indígena de Cristianía.	A favor, suspender actividades, realizar estudio de impacto ambiental.	T-428/92
Proyecto minero	Contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles.	Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía.	Miembros de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó.	A favor, cumplir con la consulta previa y suspender actividades de exploración y explotación.	T-769/09
Proyecto minero	Licencia ambiental global para la explotación de un yacimiento de materiales de construcción al interior del territorio ancestral.	Ministerio del Interior, Corpocesar, Construcciones El Dorado Ltda. Ingenieros Contratistas y otros.	Representantes del resguardo indígena Arhuaco de la SNSM*.	Agotar el procedimiento de consulta previa con las comunidades que habitan el territorio sagrado.	T-849/14

Tema de Disputa	Motivos	Demandado	Población indígena accionante	Decisión Corte Constitucional	Sentencia y año
Proyecto minero y eléctrico, invasión del territorio	Proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá; trámites de concesión minera para explotación de oro; invasión ilegal del territorio.	Los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía y otros.	Representantes de los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito pertenecientes a la etnia Embera-Katío.	A favor, conceder la protección de los derechos a la consulta previa de las comunidades étnicas.	T-129/11
Proyectos mineros	Procesos de contratación, formalización e inscripción de títulos mineros dentro de la zona comprendida como Resguardo.	Agencia Nacional de Minería, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural y otros	Gobernador del Resguardo Indígena Cañamomo – Lomaprieta.	Conceder la protección de los derechos fundamentales solicitados.	T-530/16
Fumigación de cultivos ilícitos	Fumigación de cultivos ilegales, en sus territorios sin ser consultados.	Presidencia de la República y otros.	Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC.	Realizar consulta previa.	SU.383/03

Fuente: Corte Constitucional.
SNSM: Sierra Nevada de Santa Marta.
E.U: Estados Unidos.
DEA: Drug Enforcement Administration, por sus siglas en inglés.

Tercera Parte

Justicia Ambiental: la defensa del ambiente como vía para la igualdad

La justicia ambiental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Especial referencia a la Sentencia T-704/16

Luis Felipe Guzmán Jiménez[1]

1. Abogado y Magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia, doctorando en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Columnista de la Silla Vacía, Docente e Investigador del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente.

Resumen

La justicia ambiental es un movimiento que nace en los Estados Unidos en el año 1978, producto de acciones gubernamentales de racismo ambiental, lo cual ha generado un impacto en la aldea global, es decir, un proceso de recepción por parte de los países de sistema romano-germánico y *common law.* Este fenómeno no ha sido ajeno a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, por ello en este artículo analizaremos uno de los fallos que la incorporan al orden constitucional, el cual es usado por el juez constitucional para resolver los diversos conflictos ambientales que afronta el país, como el analizado de la Comunidad Indígena Media Luna Dos en el proyecto Comunidad Indígena Media Luna Dos.

Palabras Clave: Justicia ambiental, consulta previa, políticas públicas, juez ambiental, comunidades indígenas.

1. Introducción

Colombia es un país estratégicamente bien ubicado dentro de los países tropicales, es catalogado como el segundo país más biodiverso y uno de los más ricos en cuanto a disponibilidad de agua en América Latina. Más de la mitad de su territorio está cubierto por bosques y ecosistemas estratégicos dignos de conservación ambiental. Pasando al ámbito económico es una nación que ha presentado un buen crecimiento económico, aunque sigue siendo uno de los de mayor desigualdad del mundo. El fenómeno de urbanismo, proyectos de interés nacional en materia de infraestructura vial, actividades extractivas de recursos naturales no renovables y la ganadería extensiva siguen siendo una gran amenaza a los ecosistemas y la diversidad biológica; a su vez un marcado conflicto armado interno representa una gran presión ambiental debido a los bloques de minería criminal y sumando a estos antecedentes, un país altamente vulnerable al cambio climático y a la variabilidad meteorológica llevan a que sean formuladas políticas públicas en materia ambiental acordes a estas y muchas más problemáticas que deben preverse al momento de formularlas (OCDE, 2014).

Este país mega diverso con todas las características descritas presenta el mayor número de conflictos ambientales en América Latina, en él se documentan cerca de 72 conflictos ambientales según lo establecido por el Atlas de Justicia Ambiental diseñado por la Universidad de Barcelona. Le siguen países como Brasil con 58, Ecuador con 48, Argentina con 32, Perú con 31 y Chile con 30. Cabe aclarar que estos conflictos han llegado a los estrados judiciales, existiendo otra inmensa mayoría que no han sido documentados, ni han llegado a los estrados judiciales; una cifra que nos evidencia lo anterior, es que en el 17 por ciento de los casos analizados se han ganado juicios legales, logrando cancelar proyectos y devolver bienes a varias comunidades, lo cual demuestra un alto grado de efectividad de las causas ambientales (Environmental Justice Atlas, 2012; Semana Sostenible, 2014).

Sin duda, en la emergencia de la cuestión ambiental como aspecto socialmente problematizado, están surgiendo nuevos significados sociales y conflictos políticos en relación con la construcción de las demandas ambientales y las respuestas esbozadas desde la acción pública estatal. La construcción social y política del medio ambiente involucra una compleja diversidad de actores sociales que, conjuntamente con el

proceso de problematización de la cuestión, disputan por constituirse en "fuentes de autoridad reconocida" tanto en la definición de procesos de atribución de causalidad como en la "justificación" de la generalización del interés en torno a dichas cuestiones[2].

Como consecuencia del reforzamiento del nexo entre democracia y medio ambiente, descubrimos que tal híbrido trae consigo el concepto de pertenencia y el derecho a ser consultado/a en las decisiones relevantes que afectan a la ciudadanía de una comunidad democrática, este es un elemento central de la justicia ambiental como respuesta a los requerimientos de las causas ambientales.

Sumado a lo anterior, la justicia ambiental tiene diferentes manifestaciones en el ordenamiento jurídico, una de ellas es la participación ciudadana, en el caso de Colombia ésta se desprende de las disposiciones constitucionales 79 y 80, respectivamente. Luego son diseñados los mecanismos de participación ciudadana en la Ley 99 de 1993; esta ley general establece cada una de las figuras y sus condiciones para que estas puedan operar[3].

Ahora bien, la consulta previa es sin duda uno de los mecanismos de participación ciudadana que busca incentivar la intervención en las actuaciones administrativas ambientales con más operatividad para la defensa del derecho a gozar de un ambiente sano, y a su vez es uno de los que más controversias constitucionales viene generando[4]. A raíz de una de éstas, es que se profiere el fallo que analizaremos de la llamada Corte Constitucional Ambiental, en el que se plasma por primera vez el concepto de justicia ambiental.

Examinaremos en el presente artículo, dos asuntos centrales, en primer lugar, la problemática de los conflictos ambientales en Colombia y su incidencia en la consolidación de una justicia ambiental. Y, en segundo lugar, un análisis a la categoría jurídica de reciente creación denominada justicia ambiental en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional, con una especial referencia a la Sentencia T-704/16, en ésta se analizarán tres aspectos esenciales: descripción del pleito, argumentación jurídica y la opinión del fallo, y finalmente algunas conclusiones al respecto.

2. Dentro de los diez más connotados casos de injusticia ambiental se destacan: Contaminación del petróleo en el delta del Río Níger (África), los vertidos mineros tóxicos en Samarco (Brasil), la contaminación del pueblo Yongxings (China), la hidroeléctrica Agua Zarca (Honduras), el tren de alta velocidad (Italia- Francia), minas de carbón (Sudáfrica), acaparamiento de tierras (Guatemala), vertidos ilegales de residuos tóxicos en Somalia (África), la contaminación de aguas por mercurio (Colombia), el bosque Kallpavalli (India).
3. Para profundizar sobre la participación ciudadana en materia ambiental, se puede ver: (Hurtado Mora, 2014; García Pachón & Hurtado Mora, 2010).
4. El derecho a gozar de un ambiente sano fue consagrado inicialmente como un derecho colectivo enlistado en la Carta Política, pero más adelante de su consagración constitucional, la Corte Constitucional a través de una línea jurisprudencial ha determinado su carácter fundamental, la cual desde el año 2006 viene siendo reiterada. Ver en este sentido: (Guzmán Jiménez & Ubajoa Osso, 2015).

2. Los conflictos ambientales en Colombia

Los conflictos ambientales se han convertido en uno de los asuntos más complejos para abordar por parte del Estado moderno, su crecimiento exponencial ha generado varias situaciones[5]. En primer lugar, se han generado importantes insumos para la democratización en el acceso de los recursos naturales; en segundo lugar, el juez constitucional ha desarrollado un papel estratégico en la búsqueda del desarrollo sostenible y en algunos casos en la preservación ambiental y en tercer lugar, se empieza a discutir sobre el estado de derecho ambiental[6].

Paralelo a esta realidad social, los tribunales constitucionales y de Derechos Humanos han permitido la ecologización de los derechos fundamentales en sus fallos y han desarrollado un rol democrático en la materialización de los postulados ambientales, teniendo en cuenta la relevancia institucional que ha adquirido en los últimos tiempos la protección al ambiente sano. Cada vez con mayor frecuencia, esta Corte debe resolver conflictos sociales, ambientales y culturales que presentan tensiones que en la mayoría de eventos son difíciles de solucionar. No obstante, a medida que nuevos casos han sido resueltos también ha desarrollado una serie de reglas en aras de proteger derechos e intereses constitucionalmente relevantes, se hacen ejercicios hermenéuticos enclave a los derechos ambientales.

Para definir un conflicto ambiental resulta necesario entender el concepto del mismo, este es la disputa o choque de derechos y libertades generado por un efecto, daño o problema ambiental que involucra dos actores cuyos intereses son contrapuestos, teniendo en cuenta lo que ha planteado Folchi (2001, p.82) que en estos conflictos los valores o ideales no solo comprenden los ambientalistas, sino una amalgama de percepciones, tradiciones y urgencias materiales donde juega un papel central cualquier proceso de transformación ambiental. Rodríguez (2016, p. 10) define conflicto ambiental: "confrontación social, económica y política entre diferentes actores (públicos y privados; locales, nacionales e internacionales) que

5. Los conflictos socio-ambientales son un caso particular de conflicto social. Son aquellas manifestaciones públicas en la que existe, al menos, una oposición organizada (plataforma, grupo de nueva creación a raíz del conflicto) que se moviliza debido a la "reducción cualitativa o cuantitativa de los recursos ambientales disponibles" (CDCA, 2010).
6. El Estado de Derecho Ambiental es una construcción teórico jurídica, cuyo origen está en el escenario académico, no es una cláusula que esté incorporada en los textos constitucionales, la cual propone imbricar el sistema jurídico con el deber de protección del medio ambiente en todas las actuaciones del Estado, inspirándose primero en un imperativo ético de protección del entorno, desarrollado *a posteriori,* en términos jurídicos, conforme al correlativo deber constitucional de proteger el medio ambiente. Para profundizar sobre el particular: (Parejo Alfonso, 1994; Montoro Chines, 2000).

surge por la existencia de diversos intereses relacionados con el uso, manejo, aprovechamiento, exploración, explotación, conservación, protección, administración o afectación de los recursos naturales y del ambiente".

Todas estas "disputas por la naturaleza" han generado que muchos de estos asuntos lleguen a los estrados judiciales en busca de la tutela efectiva de los derechos y bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, como ocurre con la sentencia T-704/16 donde se evidencia el déficit democrático que tiene el país en el manejo de los recursos naturales y su aprovechamiento; en este caso, con presencia de comunidades indígenas, donde se evidencia la necesidad de activar los mecanismos de participación ciudadana respectivos, para el caso, la consulta previa.

La jurisprudencia ha fijado líneas, reglas y principios del proceso consultivo; los fallos pioneros son las sentencias T-737-2005, C-461-2008, T-129-2011, T-376-2012, T-462A- 2014 en donde se ha establecido un listado de criterios o reglas para llevar a cabo el procedimiento y, adicionalmente, han creado la etapa de pre-consulta en algunos casos[7].

3. La justicia ambiental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Sentencia T-704/16

El derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional desde 1993 ha garantizado el derecho a la participación de los pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales; por esta razón algunos la denominan Corte Ambiental, todo ello en el marco de fenómenos que afronta la ciencia jurídica como el neo constitucionalismo moderno, el rol democrático de los jueces, la democracia ambiental y el estado de derecho ambiental.

Todos estos fenómenos son un antecedente en el mundo jurídico, sin importar los sistemas jurídicos, pues en sistemas del *common law* como del *civil law* están presentes los conflictos ambientales o socio ambientales, por ello surge la categoría jurídica de la llamada justicia ambiental. Sobre el origen de ésta, se ha discernido mucho por parte de académicos de diferentes disciplinas, donde se afirma que tiene

7. Para profundizar al respecto, se pueden consultar: (Salinas Alvarado, 2011; Súarez Ricaurte, 2016; Rodríguez Patarroyo, 2016)

origen en los Estados Unidos alrededor del año 1978 con los conflictos surgidos por el establecimiento de un vertedero de residuos peligrosos en un estado de ese país; allí habitaban ciudadanos de color negro y en algunos casos inmigrantes, se generan unas importantes protestas por parte del conglomerado social y logran detenerlo.

Dentro de este conjunto de importantes fallos de la Corte Constitucional en estos tópicos, hemos escogido un fallo hito, pues por primera vez se incluye de forma expresa el concepto de justicia ambiental en una providencia del máximo tribunal constitucional, y se le da ropaje jurídico a esta importante categoría que surge en el Derecho Ambiental posmoderno[8], es la sentencia T-704/16[9], que resolvió acción de tutela instaurada por la Comunidad Indígena Media Luna Dos en contra de la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, el Ministerio del Interior y la empresa El Cerrejón, con ponencia del honorable magistrado Luis Ernesto Vargas Silva bajo la metodología de análisis de caso que plantea Guzmán Jiménez (2017).

3.1. Descripción del pleito[10]

El 19 de octubre del año 2015 el ciudadano Caiser Uriana como autoridad tradicional de la Comunidad Indígena Media Luna Dos, interpone acción de tutela contra la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y la empresa El Cerrejón tendiente a obtener la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, ambiente sano, salud y debido proceso. Todo ello se origina por la expedición de la Licencia Ambiental No. 0428 del 7 de mayo de 2014 para la modificación del Plan de Manejo Ambiental Integral (el cual está aprobado por

8. Afirma Lozano Cutanda (2014, p. 269) que el derecho ambiental es una creación moderna que surge cuando la preocupación por la preservación de los recursos naturales comienza a abordarse desde la perspectiva de la protección de un bien colectivo. Por su parte, la Constitución Española ha reconocido el medio ambiente como un bien o interés colectivo, configurando el disfrute de un medio ambiente adecuado como un derecho de la comunidad en su conjunto, como expresamente lo establece el artículo 45 de esa carta política. Colombia replica dicha práctica en el proceso de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 donde se discute la necesidad de incorporar un derecho ambiental en cabeza de la colectividad y es así como se establece en el artículo 79 el derecho a gozar de un ambiente sano, el cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido interpretando desde su creación y en sus últimas providencias ha afirmado la fundamentalidad del mismo cuando está en conexidad con otros derechos que se catalogan como fundamentales. Para profundizar sobre el estado jurisprudencial de este tópico, se puede consultar: (Guzmán Jiménez & Ubajoa Osso, 2015).
9. Este fallo tiene como referencia interna de la Corporación: expediente T-5.451.805 del 13 de diciembre de 2016.
10. Siguiendo la metodología planteada por Guzmán Jiménez (2017, p. 79) esta corresponde al análisis de los hechos, los derechos en tensión y el problema jurídico.

la Resolución 2097 del 16 de diciembre de 2005), en el sentido de autorizar la ejecución y puesta en marcha del proyecto "Expansión de Puerto Bolívar".

Los hechos que generan la interposición de esta acción constitucional son básicamente los atenientes al manejo del proyecto "Expansión de Puerto Bolívar" en el departamento de La Guajira, específicamente en los municipios de Hato Nuevo, Barrancas y Maicao operado por la empresa Cerrejón, dentro de los cuales se destacan los que describimos a continuación.

La primera actuación se da con la Resolución 670 del 27 de julio de 1998; en ésta el entonces Ministerio de Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) estableció el Plan de Manejo Ambiental presentado por las empresas "Carbones de Colombia S.A.", "International Colombia Resources Corporation (INTERCOR)" y "Carbocol", relativo a la apertura y operación de las nuevas áreas a explotar en el Cerrejón Norte, ubicado en la jurisdicción de los municipios de Hato Nuevo, Barrancas y Maicao del Departamento de La Guajira.

Ahora bien, se estableció a través de la Resolución 981 del 2 de octubre de 2000 por parte del Ministerio de Ambiente una aclaración respecto al Plan de Manejo Ambiental Integral mencionado, pues éste incluye las instalaciones portuarias ubicadas en Puerto Bolívar, Bahía Portete, en el Municipio de Uribía. Luego de esto, en el año 2001 el Ministerio de Ambiente a través de la Resolución 650 del 2001 estableció el Plan de Manejo Ambiental a la Empresa Carbones del Cerrejón S.A., para el proyecto de explotación integrada de las minas Oreganal y Cerrejón Central, ubicadas en el municipio de Barrancas, departamento de La Guajira. Transcurrido un año de esta actuación administrativa en el escenario empresarial se trabajaba una operación financiera para las empresas que operaban las minas en dicho territorio, el 19 de noviembre del año 2002 se fusionaron las sociedades INTERCOR y Carbones del Cerrejón S.A., y se da el cambio de razón social a Carbones del Cerrejón LLC – Cerrejón.

Por lo tanto, en diciembre de 2005 se expide la Resolución 2097; el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) decidió acumular los expedientes No. 577 Cerrejón Central y Oreganal, 1110 Nuevas Áreas de Minería, 1094 y 2600 Cerrejón Zona Norte y Zona Patilla, dentro del expediente 1094 y se estableció un Plan de Manejo Ambiental Integral para los siguientes proyectos: explotación de carbón, transporte férreo y operación portuaria de la zona denominada el Cerrejón, la cual incluye las áreas de Cerrejón zona norte, área Patilla, Cerrejón Central y Oreganal y nuevas áreas de minería en el departamento de La Guajira.

Se acudió por parte de la empresa a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en la que solicitaron una certificación de presencia de grupos étnicos en el área de influencia del proyecto "Expansión de Puerto Bolívar", dicha

actuación administrativa fue resuelta por parte de dicha entidad mediante la certificación No. 1544 del 27 de julio de 2012, en el que establece la no presencia de grupos étnicos en la zona.

Paralelo a ello, la sociedad acudió ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales para solicitar una modificación al Plan de Manejo Ambiental Integral establecido mediante Resolución 2097 de 2005, requiriendo expresamente la autorización para realizar el "aumento del volumen del dragado en el canal navegable de acceso al puerto, la construcción de un nuevo muelle de remolcadores y la ampliación de la capacidad de la planta desalinizadora actual". Junto con esa petición, el representante de la empresa también allegó la certificación expedida por el Ministerio del Interior.

En el transcurso de la actuación realizada por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, se destaca el oficio EXTMII2- 0041991 del 5 de diciembre de 2012 donde le manifestó dicha autoridad al Ministerio del Interior que dentro del trámite administrativo para el otorgamiento de la respectiva licencia solicitada por la empresa Cerrejón, se encontraron inconvenientes con las comunidades indígenas Wayúu del sector de Media Luna, *"especialmente con la Comunidad Kamúsúchiwo´U, porque ésta consideraba que no estaba siendo legítimamente reconocida en el acto administrativo de certificación"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Ministerio del Interior llevó a cabo una visita administrativa realizada entre el 13 y 17 de octubre de 2013, en la cual concluyó que: "aunque hace 30 años existía una única comunidad que llevaba el nombre del territorio que ocupaba, hoy existen 15 comunidades que han surgido a través del tiempo. Todas estas comunidades cuentan con una autoridad tradicional que en la mayoría de casos se encuentra posesionada ante la secretaría de asuntos indígenas del municipio de Uribía", pese a esta conclusión que llega, la cartera ministerial expide la Resolución 87 del 2013 donde certifica que no existe presencia de comunidades étnicas en el área de influencia del proyecto objeto de verificación. Por lo tanto, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales mediante Resolución 0428 de 2014, resolvió conceder lo requerido, es decir, "modificar el plan de manejo ambiental establecido a la Empresa de Carbones el Cerrejón Limited – Cerrejón, mediante Resolución No. 2097 del 16 de diciembre de 2005 y sus modificaciones y actos administrativos conexos".

Finalmente, la comunidad indígena en varias ocasiones le solicitó a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales la verificación de la presencia de grupos étnicos en el área de influencia, pero dicha entidad le indicó que era el Ministerio del Interior, y no ellos, quienes debían realizar ese tipo de actividades y por su parte, el Ministerio insistió en que no existen comunidades étnicas en el área de influencia del mencionado proyecto. Por todos estos hechos ocurridos con la co-

munidad indígena, deciden acudir a la justicia constitucional para buscar el amparo efectivo de los derechos a la participación de los pueblos indígenas y los derechos ambientales de las mismas, pues afirma en la acción de tutela que: "sí existen comunidades indígenas que se ven afectadas directamente, puesto que es su lugar el hábitat natural y no se trasladan a ningún otro lado a pesar de la escasez de agua que existe en el desierto de La Guajira".

Por lo tanto, afirma el accionante que el Estado tiene el deber de consultar previamente las medidas que se lleven a cabo en el sector y solicitan la suspensión de toda actividad hasta tanto no se lleve a cabo ese procedimiento, pues desde 1981 el Gobierno le cedió una parte del resguardo indígena a la empresa del Cerrejón para que desarrollaran el proyecto de Puerto Bolívar dentro del resguardo. Así, reconocieron que si bien no existe presencia exactamente donde se llevan a cabo las actividades del proyecto, alrededor del mismo sí es clara la presencia de estas comunidades presuntamente afectadas; además, por los daños ambientales que se producen en la zona.

3.2. Argumentación Judicial[11]

El fallo en primera instancia fue proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de La Guajira[12]; en éste se tutelaron los derechos fundamentales de la Comunidad Media Luna ordenando en primer lugar, el amparo de los derechos, en segundo lugar, realizar la consulta previa a la comunidad asentada en el territorio de am-

11. Siguiendo la metodología de análisis de caso que hemos acogido para este artículo de investigación, Guzmán Jiménez (2017, p.79) afirma que la argumentación judicial es un análisis detallado de los argumentos del decisorio, considerando las reglas o elementos normativos utilizados como fundamentos de los decisorios, y posibles escenarios de seguimiento y diálogo interinstitucional.
12. Por su parte, las entidades accionadas respondieron. La Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior se opuso a las pretensiones presentadas por la parte demandante pues en el área de influencia no se encontró presencia de comunidades étnicas, que si bien es cierto que las comunidades pueden existir en la región, eso no significa que se encuentren en el área de influencia del proyecto. La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales hizo lo propio oponiéndose a las pretensiones de la acción de tutela, relata todas las modificaciones del Plan de Manejo Ambiental que se realizaron y las actuaciones respectivas con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior; que existieron dudas respecto a la presencia de comunidades indígenas en la región pues en el trámite de la modificación del instrumento ambiental solicitado por la empresa pero estas fueron resueltas con la expedición de la mencionada certificación. Enfatiza la máxima autoridad de licencias ambientales la necesidad de entender que los procedimientos de licenciamiento o afines a éste son el producto de un proceso metodológico y evaluativo tanto técnico como jurídico y que la certificación expedida por el Ministerio del Interior sobre la presencia o no de comunidades étnicas goza del principio de legalidad de los actos administrativos. Por su parte el Ministerio de Ambiente solicitó ser excluido pues en el marco de sus competencias legales no está la de expedir licencias, ni mucho menos aprobar modificaciones de planes de manejo.

pliación del proyecto; en tercer lugar, la suspensión de la licencia ambiental hasta que se surta el mecanismo de participación de la comunidad afectada y finalmente ordena a la empresa demandada abstenerse de comenzar cualquier tipo de actividad en el lugar de los hechos. Este fallo hace una reiteración jurisprudencial como mecanismo de respeto por el precedente de la Corte Constitucional sobre el concepto de afectación directa como criterio para determinar la procedencia o no de la consulta previa; el fallo abordó la solución del caso concreto, con respecto a los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la acción y estableció que el máximo órgano constitucional ha sostenido en reiteradas ocasiones que la acción de tutela funciona como el mecanismo más adecuado para proteger los derechos de las comunidades étnicas y en particular, su derecho a ser consultados cuando distintos proyectos amenacen sus derechos, usos y costumbres, de manera que no hizo un análisis exhaustivo del mismo. Finalmente afirma el juez de primera instancia, que no podía desconocerse la presencia de comunidades indígenas asentadas en ese lugar, pues hace mucho tiempo que están allí, y adicional a ello, obras como la ampliación del puerto tienen la potencialidad de afectar en forma directa la biótica marina y las actividades socioeconómicas que se realizan en la zona por parte de las comunidades allí asentadas, como es el caso de la pesca artesanal, la agricultura y el pastoreo.

Dicho fallo fue impugnado por el representante legal de la empresa, considerando que desconocía la realidad, pues los proyectos tienen delimitadas sus áreas de influencia directa y en el caso en concreto no están involucrados los miembros de la comunidad indígena de Media Luna Dos; por lo tanto, solicitó revocar dicho fallo.

El fallo en segunda instancia fue proferido por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional declarando improcedente el amparo constitu-

Ahora bien, la Empresa Carbones del Cerrejón Limited (Cerrejón) manifestó que en ningún momento se está ocasionando una lesión a los derechos fundamentales de la comunidad tutelante por parte de la empresa, pues se ha cumplido con cada uno de los requisitos y procedimientos establecidos y han acudido a la entidad oficial que certifica la presencia de grupos indígenas en la zona que es el Ministerio del Interior-Dirección de Consulta Previa y ésta ha ratificado lo expresado en la certificación respectiva. También se afirma que una de las actividades de subsistencia de la región es la pesca, ésta se desarrolla en zonas diferentes a las del proyecto, pues las embarcaciones de comunidades Wayúu no pueden ingresar al canal desde 1997 por mandato de la Resolución 71. Y concluye la empresa afirmando que la comunidad indígena puede estar ubicada cerca al proyecto, pero en ningún caso está en el área de influencia del mismo.

Y finalmente, la Personería Municipal de Uribia afirmó que sí existen comunidades indígenas en el sector del Cabo de la Vela, específicamente está la Comunidad Indígena de Media Luna Dos, quienes son los accionantes del presente fallo, y anexa como prueba documental la certificación expedida por el secretario de Asuntos Indígenas del municipio, donde indica que esa comunidad tiene 122 familias que subsisten con actividades de pesca y pastoreo y afirma que la operación de Puerto Bolívar genera polvillo de carbón el cual está ocasionando problemas de salud pública y afectación a la fauna de la región.

cional impetrado por la comunidad Media Luna Dos. Afirmó el *ad quem* que el *a quo* no surtió el examen de procedencia de la acción, pues no se cumple el requisito de inmediatez toda vez que la acción de tutela fue interpuesta un año y medio después de haberse causado la presunta vulneración de los derechos fundamentales, y en cuanto a la subsidiaridad afirma que existían otros medios ordinarios para controvertir los actos administrativos como la nulidad simple o nulidad y el restablecimiento del derecho, revocando el fallo proferido por el *a quo*.

Ahora bien, la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias establecidas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, decide seleccionar el fallo de tutela. Este fallo es asignado al magistrado ponente, quien antes de entrar a estudiar profiere un auto en el que se ordenan varias cosas con el objetivo de recaudar elementos probatorios para entrar al fondo del asunto[13].

La Corte divide su argumentación en cuatro acápites, los cuales buscan dar solución al problema jurídico planteado por ésta: *"Determinar si existió afectación directa de los derechos étnicos, culturales y ambientales, específicamente el derecho a la consulta previa de la comunidad Media Luna Dos por las actuaciones que la empresa el Cerrejón ha desarrollado en la explotación de carbón en la Guajira con la ampliación del proyecto Puerto Bolívar"*.

En primer lugar, se aborda el marco normativo de la protección de los derechos étnicos en Colombia partiendo de un ejercicio hermenéutico que se realiza de los mismos, iniciando con el Convenio 169 OIT y la Constitución Política de 1991 viéndola como una carta pluricultural respetuosa de los pueblos indígenas. Paralelo a la consolidación de estos cuerpos normativos, se ha generado un importante cúmulo de decisiones emitidas por tribunales internacionales, y, un sinnúmero de decisiones judiciales, en control abstracto y concreto, emitidas por la Corte Constitucional, lo cual ha generado en términos de la Corte una "dogmática constitucional fuerte" y una serie de reglas aplicables a casos concretos que posteriormente determinarán

13. Ordenó oficiar a varias entidades públicas, privadas y personas naturales relevantes para el asunto objeto de análisis. En primer lugar, a la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que respondiera interrogantes para precisar situaciones que no fueron analizadas por el fallador en primera ni en segunda instancia, pues se quedaron con lo aportado por el accionante y el accionado. Y en segundo lugar, concepto técnico a: (i) Héctor Julio Fierro, geólogo de la Universidad Nacional de Colombia y miembro del Grupo de Investigación Geo ambiental de la Corporación Terrae; (ii) Ana María Llorente, ingeniera ambiental y miembro del Grupo de Investigación Geo ambiental de la Corporación Terrae; (iii) Rodrigo Negrette, abogado de la Universidad Nacional de Colombia; al Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP).

los remedios judiciales para cada uno de esos eventos, todo ello enmarcado dentro de un país pluralista y multicultural; esto hizo que el respeto por la autonomía indígena adquiriera una dimensión diferente.

En segundo lugar, el derecho fundamental a la consulta previa, en éste se hace uso de la técnica jurisprudencial de la reiteración de la jurisprudencia, analizando circunstancias jurídicas y fácticas para que ésta proceda, los titulares del derecho a la consulta previa[14], las principales características del proceso[15], y, lo más importante, se aclara que el derecho a la consulta previa no es un derecho al veto pero tampoco a la imposición de medidas que puedan afectar la cosmovisión de las comunidades indígenas. Dentro de estas premisas construidas por la Corte se aclaran los criterios relevantes erigidos por esta para determinar la exigibilidad del consentimiento por parte de los pueblos indígenas[16], entendiendo que la consulta es el móvil y el consentimiento el fin.

En tercer lugar, se presenta el derecho jurisprudencial de la Corte sobre la Consulta Previa en lo relativo a casos de comunidades indígenas como garantía por daños ambientales causados por proyectos extractivos, teniendo en cuenta el derecho fundamental con el que cuentan las comunidades étnicas a ser consultadas sobre todas aquellas medidas que las afecten directamente, y el surgimiento de la llamada justicia ambiental como concepto relevante para el Estado Social de Derecho y la democracia ambiental. Y un aspecto que consideramos central, es

14. Los titulares del derecho a la consulta previa son las comunidades étnicas, es decir, los pueblos indígenas y/o afro descendientes. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT introdujo una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar cuándo una comunidad reviste tales características y por tanto, se convierte en titular de ese derecho. Pese a ello, preliminarmente, es importante señalar que ningún tratado de derechos humanos define con exactitud qué es un pueblo indígena o tribal. Pero se han identificado dos grupos de criterios al respecto los cuales buscan identificar una conciencia colectiva acerca de su identidad étnica". Estos se han clasificado como elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos son aquellos asociados a la condición de indígena. El Convenio mencionó (i) la continuidad histórica, (ii) la conexión territorial y (iii) el hecho de conservar sus instituciones sociales, culturales, económicas y políticas, total o parcialmente. Por su parte, los subjetivos exigen que exista un auto reconocimiento o identificación como comunidad étnica tradicional. Pero la misma Corte ha reconocido que estos criterios son enunciativos y en ningún caso puede entenderse que se excluyen o que se complementan con otros, pues las dinámicas de los pueblos indígenas no son las mismas, por lo tanto, los criterios para determinar no podrían ser equivalentes.
15. La principal característica del proceso de consulta previa es comprender el trámite respectivo pues este no puede entenderse como simple información o la realización de reuniones aisladas, por cuanto está llamado a ser el mecanismo más eficiente para la protección de los derechos étnicos de las comunidades colombianas. Por lo tanto, afirma la Corte que "no puede agotarse a través de una simple reunión informativa" sin que la opinión de las comunidades tenga trascendencia alguna sobre la medida cuestionada. Ver: Sentencia Corte Constitucional, T-576 de 2014.
16. Los cuales han sido establecidos a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y recientemente compilados en la Sentencia T-197-16.

que el territorio ancestral no es sinónimo del espacio físico en donde se ubican los resguardos indígenas. Por el contrario, el territorio indígena es un concepto cultural mucho más amplio en el cual se desenvuelven las prácticas tradicionales, sociales, económicas, culturales, espirituales, entre otras, de esos pueblos[17].

Dentro de la categoría jurídica de la justicia ambiental está la llamada justicia étnica ambiental que representa una variante relevante de la misma, y surge de la compilación de jurisprudencia de este tipo. La Corte Constitucional frente a los temas ambientales y la afectación a las comunidades por el desarrollo de proyectos de gran impacto ambiental ha tenido dos posturas que se identifican claramente; en una primera etapa la Corte acudía a un criterio procesal y declaraba la improcedencia de la acción de tutela por existir otros mecanismos (acciones populares) apropiados para resolver esas controversias y una segunda etapa delimitada por un marco conceptual en el que no solo estudia la acción de tutela como elemento de esa triada con que cuentan los ciudadanos para abordar dichas problemáticas, sino que además, le ha otorgado al derecho de participación de la población afectada una relevancia jurídica especial, como garantía del concepto de "justicia ambiental".

Para el caso de las comunidades étnicas, ha considerado que la vía de participación adecuada es la consulta previa, siendo ésta el conducto más apropiado y respetuoso de las tradiciones diferenciadas; es decir, de esta forma se cumplen dos fines constitucionales, la protección de diversidad étnica, cultural e integridad de los pueblos indígenas (y comunidades afectadas) y el del derecho al ambiente sano y al desarrollo económico.

El principal antecedente de la incorporación del concepto de justicia ambiental en la Corte Constitucional lo constituye la Sentencia T - 294 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), conocida como el fallo del Relleno Sanitario Cantagallo. En dicha providencia, la Corte tuvo que decidir sobre un conflicto ambiental que se produjo en el municipio de Ciénaga de Oro, en el departamento de Córdoba[18], allí se ampararon los derechos de los integrantes de la comunidad indígena Venado, perteneciente al pueblo Zenú, y la Corte en esta providencia utiliza el concepto de justicia ambiental la cual venia defendiendo la Agencia de Protección Ambiental (EPA por sus siglas en ingles) de los Estados Unidos, la justicia ambiental designa "el tratamiento justo y la participación significativa" de todas las personas, independientemente de su raza, color o ingreso económico con respecto al desarrollo, leyes, reglamentos y políticas ambientales. Como se puede apreciar, la idea de

17. Sobre la importancia y la dimensión diferencial del territorio étnico se puede consultar el siguiente fallo: C-389 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa).
18. Un análisis detallado, minucioso y ponderado de ese fallo se puede consultar en: (Guzmán Jiménez, 2017).

justicia ambiental involucra dos aspectos muy importantes: tratamiento justo[19] y participación de la comunidad[20].

Según el máximo tribunal constitucional la justicia ambiental, entonces, se integra de una demanda de justicia distributiva en la que las cargas y beneficios ambientales sean soportadas por igual, eliminando aquellas medidas que obligan a una población especialmente vulnerable a soportar daños sin recibir beneficios como otras, pero, a su vez, un llamado a garantizar que los ciudadanos, especialmente quienes se ven afectados, puedan participar en espacios para la toma de decisiones sobre la realización, evaluación, ejecución, desarrollo de los proyectos, en donde sus propias experiencias (no necesariamente estudios técnicos), sean tenidas en cuenta a la hora de tomar decisiones.

Y finalmente, la solución al caso concreto. En este acápite se hacen dos análisis muy importantes para resolver el caso en concreto, en primer lugar, una caracterización de la región y en segundo lugar, proyectos de expansión del Puerto Bolívar, donde se analiza el área de influencia directa y afectación de derechos étnicos. Pasaremos a realizar el análisis y el nivel de activismo del fallo bajo la metodología adoptada por Guzmán Jiménez (2017).

Reconocimiento del Derecho	El reconocimiento del derecho es fuerte, pues se ampara el derecho a la consulta previa, el cual está en cabeza de la comunidad indígena mencionada. En este caso el juez constitucional realiza un ejercicio hermenéutico interesante, utilizando varias premisas novedosas, una de ellas, es la justicia ambiental y su manifestación específica en la justicia étnica; es aquí donde se enfatiza en el reconocimiento del derecho pues las comunidades indígenas o pueblos tribales no tienen por qué soportar cargas o impactos mayores que otros, precisamente el Estado tiene la obligación

19. En cuanto al tratamiento justo, la Corte Constitucional en este fallo analizado indicó que este tratamiento supone que "ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, debe sobrellevar desproporcionadamente la carga de las consecuencias ambientales negativas como resultado de operaciones industriales, municipales y comerciales o la ejecución de programas ambientales y políticas a nivel federal, estatal, local y tribal". Por ello, indicó que no es posible que ninguna población se afecte desproporcionadamente ni se le impongan estas cargas. Si bien el ambiente es de todos, algunos, los más vulnerables, no pueden correr con el daño que nos perjudica a todos.
20. En cuanto al componente de la participación, la Corte afirmó que los residentes potencialmente afectados tienen una oportunidad apropiada para participar en las decisiones sobre una actividad propuesta que afectará su ambiente y/o salud y su importancia radica en poder contribuir e influir la toma de decisiones.

Reconocimiento del Derecho	de consultarlos para el desarrollo de proyectos o medidas legislativas que vayan a generar un impacto considerable en su cosmovisión. Como consecuencia ordena revocar las sentencias proferidas en primera y en segunda instancia, respectivamente, tutela el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Media Luna Dos, y deja sin efectos la Resolución No. 0428 del 7 de mayo de 2014 que modifica el Plan de Manejo Ambiental Integral establecido mediante Resolución 2097 del 16 de diciembre de 2005, en el sentido de autorizar la ejecución y puesta en marcha del proyecto "Expansión de Puerto Bolívar", hasta que se realice el trámite consultivo. También se reivindican visiones globales y solidarias de la responsabilidad humana que busca generar deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras. Por lo tanto, es un enfoque fuerte, pues se adopta un núcleo mínimo con respecto al contenido material del derecho y unos elementos para garantizar su goce pacífico.
Medidas de implementación	Las medidas de implementación de este fallo son, en el marco de sus competencias, la empresa El Cerrejón, el Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, en primer lugar, deberán proponer a la comunidad una reunión para la concertación de las condiciones del proceso consultivo (pre consulta) en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación del fallo. Luego de ello, deberá efectuarse la consulta previa a las comunidades afectadas, de acuerdo con las reglas identificadas en esta sentencia. En segundo lugar, se ordena a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales revisar de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 3573 de 2011 y el artículo 62 de la Ley 99 de 1993, la Resolución 2097 de 2005 por medio del cual se establece y aprueba el Plan de Manejo Ambiental Integral de todo el proyecto minero "El Cerrejón" y sus consecuentes resoluciones, de conformidad con la parte motiva de la providencia. En esa revisión deberá analizar si el Plan de Manejo Ambiental Vigente es suficiente para hacer frente a la contaminación

Medidas de implementación	que se produce por la explotación de carbón y, de haber lugar, modificar, suspender o cancelar la licencia ambiental otorgada al proyecto. En este trámite deberá garantizar los derechos de participación de toda la población que pueda verse comprometida por dicha revisión, y, en todo caso, cuando se afecten directamente derechos de comunidades indígenas, el mecanismo de participación que deberá implementar será la consulta previa. Y finalmente, se le ordena a la empresa El Cerrejón implementar un plan inmediato de mitigación de daños ambientales, sociales, culturales, en la zona, para lo cual, deberá compensar los daños causados por la explotación de carbón al ambiente y a los derechos de las comunidades afectadas. En caso de proceder la consulta para estas compensaciones, deberá realizarse con las comunidades afectadas.
Medidas de seguimiento	Como medida de implementación la Corte fijó la obligación clásica de seguimiento a lo ordenado en el fallo; por ello, la empresa El Cerrejón deberá enviar informes periódicos, en plazos no mayores a tres meses cada uno, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Riohacha. Esto con el fin de que se efectúe el monitoreo sobre el cumplimiento del fallo, conforme lo previsto por el artículo 27 del Decreto Ley 2591 de 1991.

3.3. Opinión sobre el Fallo[21]

El fallo analizado es un importante precedente sobre la justicia ambiental, indígena y la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana en el marco del Estado Social de Derecho. El mismo genera unos efectos directos, los cuales están dirigidos para las partes del litigio, en este caso, la acción de tutela y las entidades demandadas; y otros indirectos, dirigidos para toda la colectividad.

21. El análisis del fallo es una opinión académica del contenido del fallo, en la que se analizará su impacto global en las políticas ambientales en Colombia, y, su permanencia en el tiempo. Este esquema de análisis, procurará sostener si existe un perfil activista en el actuar jurisdiccional que ha llevado a la resolución judicial de tales conflictos, caracterizando en tal caso el mismo y su relación con las políticas públicas (Guzmán Jiménez, 2017, p.79).

Y al mismo tiempo los efectos son de doble tipo, materiales y simbólicos en la construcción de políticas públicas. Los materiales están relacionados con el diseño de las políticas públicas, en este caso orientadas a las controversias que surjan en torno al aprovechamiento de los recursos naturales y su posible solución. Y los segundos, implican la percepción de la ciudadanía y en general la opinión pública frente a los problemas ambientales, generando el fallo contenidos de la cultura ciudadana y la apropiación de los recursos naturales por parte de la comunidad. Ambas clases de impactos del fallo se pueden ver reflejados en el desarrollo de los programas en el territorio.

Ahora bien, aunque este fallo da algunos insumos para construir políticas públicas ambientales, quizás su aspecto más importante es la mirada hacia el aporte a la construcción de una justicia ambiental y una de sus manifestaciones es la participación ciudadana. Este tema viene generando importantes discusiones en la esfera global; en la Unión Europea se ha convertido en uno de los pilares de la denominada "gobernanza europea", que designa los "principios de buen gobierno", los cuales deben orientar a las instituciones políticas de todo el mundo, ya sean nacionales e internacionales, así se evidencia en el "Libro Blanco de la Gobernanza Europea" elaborado por la Comisión en 2001, donde se establecen los cinco principios: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia.

Respecto a la participación, que es el que más nos interesa, Lozano Cutanda (2014, p.270) afirma que se configura como principio esencial de la gobernanza, pues se considera que: *"la calidad, la pertinencia y la eficacia de las políticas de la Unión implican una amplia participación de los ciudadanos en todas y cada una de las distintas fases del proceso*". Dos asuntos han sido centrales en la generación de espacios para la participación ciudadana, por un lado, los instrumentos internacionales que se han suscrito para abordar estas problemáticas[22] y por otro lado, el papel que han cumplido las ONG en la defensa de los derechos ambientales, pues estas organizaciones coadyuvan la protección ambiental y en el diseño y evaluación de eficacia de los instrumentos jurídicos de control y tutela[23].

22. Instrumentos internacionales han jugado un papel central en la búsqueda de la participación, dentro de ellos, y el más importante es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, el cual reconoció de forma expresa que: "el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda", otro instrumento muy importante es el Convenio de Aahurs de la Comisión de Naciones Unidas para Europa de 1998 el cual tiene como objetivo el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales.
23. Afirma Jordano Fraga (1995) que el Derecho Ambiental en los Estados Unidos se debe a la jurisprudencia en la que la mayoría de los contenciosos llevan el nombre de una asociación ecologista, por lo tanto los Gobiernos deben tenerlos en cuenta como aliados y no como adversarios.

Por último, es preciso que las políticas públicas no terminen siendo una categoría jurídica más, con la generalidad y abstracción que caracteriza a las normas jurídicas, siendo necesaria la democratización del análisis de las mismas y la necesidad de innovar en la búsqueda de fórmulas inspiradas no solamente en el mercado como único eje rector, sino también en otros factores -como la sostenibilidad, el desarrollo sostenible, la eficacia y la tutela efectiva de los derechos fundamentales y colectivos de las comunidades–.

Grado de Activismo e impacto en políticas públicas	El fallo analizado es representativo de los conflictos jurídicos que viven las regiones del país, donde existe diversidad biológica y al mismo tiempo pobreza, sobreexplotación de recursos, turismo insostenible y –en general– atraso social, económico y político (Guzmán Jiménez, 2017); por eso el juez de tutela en este caso reconoce la necesidad de articular las diferentes entidades del orden nacional y la empresa privada para buscar una solución sostenible a los problemas que afronta el desarrollo del Puerto. Explica el mandato constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público y se convierte en un juez garante, eficaz y dinámico frente a las necesidades de las comunidades; presentando una solución, se garantizan los derechos a la participación ciudadana de la Comunidad Indígena y se convierte en un importante precedente para abordar esta problemática. El impacto de este fallo en la construcción de políticas públicas es fuerte, pues no solamente se generan desde este fallo políticas de tipo ambiental, sino un conjunto de políticas que busca generar gobernanza ambiental en todo el territorio nacional.

4. Conclusiones

Los conflictos ambientales son una oportunidad para democratizar el manejo de los recursos ambientales; sin duda, éstos han permitido ver las falencias que tiene el sistema nacional ambiental, especialmente en temas de justicia, igualdad y solidaridad intergeneracional. Por ello, la justicia ambiental representa hoy uno de los mayores retos del Derecho Ambiental.

Consideramos que el Derecho Ambiental y el Derecho Administrativo tienen importantes retos para abordar los conflictos ambientales y es innovar en el diseño

de procedimientos para garantizar una justicia administrativa que sea eficaz en la tutela efectiva de los derechos ambientales. Dentro de esta deben estar dos tipos de acciones o medios de control; por un lado, las acciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa para buscar que las actuaciones de la administración pública ambiental estén ajustadas a la legalidad y eventualmente se generen los escenarios de restablecimiento de derechos y, por otro lado, acciones constitucionales, las cuales buscan materializar principios como el de la supremacía constitucional y el estado de derecho ambiental, respectivamente. Así mismo, se afrontan retos paralelos a estos dos, como son los propios de las nuevas tendencias de la justicia administrativa, como mecanismos alternos de solución de controversias, procedimientos puntuales como los sancionatorios y específicamente actuaciones informales de la administración[24].

En esta tarea la Corte Constitucional de Colombia ha ejercido un papel central, pues además de garantizar los derechos ambientales ha generado insumos necesarios para el diseño de políticas públicas ambientales; en el caso analizado, este precedente es muy relevante, pues por primera vez se incorpora en una fuente del derecho el concepto de justicia ambiental y a partir de este se van a ir analizando cada una de las manifestaciones de las mismas, como es el caso de la participación ciudadana, justicia climática, ordenamiento territorial, desarrollo rural, entre otros.

La justicia ambiental está llamada a articular la actuación de las distintas ramas del poder público: judicial, legislativa y ejecutiva; todas las actuaciones del Estado en su conjunto deberán hacerse con el tamiz de los derechos ambientales y en garantizar el estado de derecho ambiental, la democracia sustentable y la solidaridad intergeneracional. Estas tres categorías jurídicas son el mayor reto del estado posmoderno para afrontar los conflictos ambientales, pues estas problemáticas se han convertido en el riesgo más alto en los grandes proyectos extractivos y de inversión en el mundo; por ende también es un asunto del sector privado, y por lo tanto debe dársele juridicidad al riesgo social para mitigar sus efectos y garantizar la sustentabilidad del planeta.

24. Para profundizar sobre esta idea, consultar la tesis doctoral: (Castro Buitrago, 2015).

Referencias

Castro Buitrago, E. (2015). *LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. Un estudio para la reconstrucción dogmática del concepto de actividad administrativa, tomando al Derecho Ambiental colombiano como sector de referencia*. Bogotá: Tesis doctoral, Programa Doctorado en Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Universidad Aútonoma de Madrid.

CDCA. (2010). *Conflitti Ambientali.* Roma: Edizione Ambiente.

Environmental Justice Atlas. (12 de Marzo de 2012). *Atlas de Justicia Ambiental.* Recuperado el 11 de Septiembre de 2017, de https://ejatlas.org/country/colombia

Folchi, M. (2001). Conflictos de contenido ambiental y ecologismo de los pobres: no siempre pobres, ni siempre ecologistas. *Ecologismo Popular,* 79-100.

García Pachón, M., & Hurtado Mora, J. (2010). Participación ciudadana en la gestión integral del agua. En AA.VV., *Derecho de Aguas. Tomo IV.* (págs. 253-296). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guzmán Jiménez, L. (2017). *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Analisis del derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guzmán Jiménez, L., & Ubajoa Osso, J. (2015). Línea jurisprudencial sobre el derecho a gozar de un ambiente sano. Especial referencia a dos tesis de la Corte Constitucional. En AA.VV., *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente, Tomo XV.* (págs. 15-39). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hurtado Mora, J. (2014). Reflexiones procesales acerca de los sistemas de control y de los procesos participativos ambientales. En AA.VV., *Derecho Procesal Ambiental* (págs. 209-231). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jordano Fraga, J. (1995). *La protección a un medio ambiente adecuado.* Barcelona: J.M. Bosch.

Lozano Cutanda, B. (2014). *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: Ediciones CEF.

Montoro Chines, M. (2000). El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales. En AA.VV., *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (págs. 3437-3467). Valencia: Tirant lo blanch.

OCDE. (2014). *Evaluaciones del desempeño ambiental: Colombia 2014.* Bogotá: OCDE & CEPAL.

Parejo Alfonso, L. (1994). La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho: ¿Hacia el estado ecológico de Derecho? En AA.VV., *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales* (págs. 219-232). Madrid.

Rodríguez Patarroyo, M. (2016). *Retos jurídicos para la consulta previa a partir del análisis de su operación en el sector minero*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, G. (2016). *Los conflictos ambientales en Colombia y su incidencia en los territorios indígenas.* Bogotá: Universidad del Rosario .

Salinas Alvarado, C. (2011). La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. Pp. 235-259.

Súarez Ricaurte, F. (2016). El derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, étnicas y tribales, y la minería en Colombia: Una lectura a partir del derecho al territorio indígena. En AA.VV., *Minería y Desarrollo. Tomo 4: Minería y Comunidades: Impactos, Conflictos y Participación Ciudadana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

El origen activista del concepto de justicia ambiental y su trascendencia como mecanismo de participación en las decisiones judiciales

Juan Felipe Rodríguez Vargas[1]

1. Abogado de la Universidad Libre (Alma mater del Dr. Luis Ernesto Vargas Silva), Magíster en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia y Servidor Judicial del Tribunal Administrativo del Tolima.

Resumen

Sin duda alguna el imaginario colectivo asimila automáticamente el concepto de justicia con las ciencias jurídicas, empero, en una de sus manifestaciones, la que concierne a la salvaguarda de los activos naturales y que se denomina Justicia Ambiental, obedeció en principio a aspectos puramente socioeconómicos y raciales, ajenos al Derecho, como fue el caso Warren (U.S.A.) de 1982. Pese a lo anterior, dicha acepción activista con el pasar del tiempo ha trascendido al plano jurídico, hasta tal punto de convertirse en parte fundamental de los sistemas judiciales de los Estados contemporáneos y en un mecanismo de participación para sus ciudadanos.

En primer término, es del caso señalar que la academia[2] ha acuñado en múltiples ocasiones el término de Justicia Ambiental, siendo en algunos casos, definiciones no propiamente del campo judicial; tal como ocurrió en su génesis conceptual en los Estados Unidos de América, en respuesta a los conflictos sociales, específicamente raciales de las últimas décadas, como coinciden Crawford (2010); Martínez (2009) & Moreno (2010), citados por Bellmont (2012, pág. 24).

En efecto, tal y como lo exponen los citados autores, la acepción de Justicia Ambiental está íntimamente relacionada con los agravios perpetrados en las últimas décadas del siglo XX a la comunidad negra estadounidense en materia social, económica, sanitaria, racial, entre otras, y a su vez, dicho concepto se erigió como una fórmula reivindicatoria a la sobrecarga ambiental a la que históricamente fue sometido ese grupo poblacional.

Al respecto, no existe duda que el término Justicia Ambiental bajo el contexto de la denominada *Sociología Ambiental y Ecología Política,* surgió de los Movimientos de Derechos Civiles en Norteamérica posteriores al fallecimiento de Martín Luther King (1968), los cuales progresiva e indudablemente, condujeron a un activismo ecologista que ha propendido hasta la presente fecha por evitar que los pasivos ambientales (ya sea producto de altas cargas de agentes contaminantes y/o sobreexplotación de los recursos naturales necesarios) recaigan principalmente en grupos poblacionales que históricamente han sido discriminados por motivos raciales, económicos, sociales, entre otros (Ecología Política, 2011).

No obstante, la consolidación de la Justicia Ambiental como movimiento en los Estados Unidos tardó varios años, pues en principio el inconformismo frente a los vejámenes ambientales era liderado no propiamente por activistas ecológicos, sino por personas del común que moraban en sectores marginados (principalmente

2. Esta entendida no sólo en el ámbito jurídico doctrinal, sino en conjunto con las distintas ramas del conocimiento.

de alta incidencia de población afroamericana), y que reprochaban la recurrente exposición a cargas contaminantes a las que eran sometidos; que a su juicio eran evidentemente desproporcionadas en comparación con la acaecida en otras localidades (Ortega Cerdá, 2011).

Tan sólo hasta el año 1982, los referenciados conflictos en materia ambiental que hasta ese momento se manifestaron como locales y aislados, trascendieron al plano nacional, esto debido al célebre conflicto Warren, el cual consistió en la protesta efectuada por parte de algunos de sus moradores, junto a algunos movimientos civiles, religiosos y sectores políticos de la región, frente a la decisión del estado de Carolina del Norte de ubicar en esa provincia un vertedero de Policlorobifenilos (PCB)[3]; actuación estatal que fue asumida como un acto de racismo ambiental y de la que derivó dicho concepto, dado que efectivamente el lugar de destinación del mentado vertedero se encontraba habitado mayoritariamente por afroamericanos (Ortega Cerdá, 2011).

A causa de la repercusión nacional del caso Warren, debido en gran medida a la amplia difusión de los medios de comunicación, sumado a la configuración del término racismo ambiental y su ineludible impacto social, se generó desde dicho escenario un efecto dominó sobre los demás conflictos ambientales en los que se encontraban inmersos derechos e intereses de las minorías, que a su vez desencadenó en múltiples protestas a lo largo de los Estados Unidos (EE.UU); las cuales, no sólo fueron motivadas por la comunidad afroamericana sino también por los latinos, como consecuencia de los improperios medioambientales y sanitarios a los que también fueron sometidos en su condición de grupo poblacional minoritario (Ortega Cerdá, 2011).

Es así como el conflicto de Warren de 1982 sirvió como detonante para que el sentimiento de indignación de las comunidades minoritarias frente a los atropellos medioambientales cometidos por algunas industrias, con la aquiescencia y/o acción directa en muchas ocasiones de las autoridades estadounidenses, se constituyera posteriormente en un fenómeno activista consolidado a través del denominado movimiento de justicia ambiental, que en la actualidad se encuentra vigente, como refiere Liu, F., (2001) citado por Ortega (2011, pág. 18).

De igual forma, partiendo del señalado conflicto de Warren, Crawford (2010) hace referencia al término *justicia medioambiental,* indicando que a causa de dicho contexto de contaminación y respuesta social, las autoridades de EE.UU.

3. Según la Fundación Ibérica para la Seguridad Alimentaria, los PBC son compuestos fabricados por el hombre, de alta toxicidad, que se encuentran en el ambiente. Ver en: http://www.adiveter.com/ftp_public/noticia1938.pdf (Antón & Lizaso, 2001).

llevaron a cabo una investigación a nivel federal relacionada con la ubicación de vertederos de desechos industriales en los estados del sudeste; la cual arrojó categóricamente como resultado que la gran mayoría (3/4 partes) de esos sumideros, fueron construidos en zonas donde se encuentran asentadas comunidades afroamericanas, pese a que demográficamente ésta sólo constituye el 20% de la población del mentado país.

Sumado a lo precedente, es del caso reseñar que el movimiento por la justicia medioambiental durante las dos últimas décadas del siglo anterior, trascendió los intereses de las comunidades afroamericanas y latinas a la de los indígenas, pues igualmente propendió por la reivindicación de los derechos de los nativos norteamericanos, principalmente en el tema correspondiente a las tierras despojadas por los colonos, bajo la lógica que allí están en juego aspectos tales como la cultura ancestral, la soberanía, la economía de los pueblos y por supuesto, los bienes medioambientales existentes en dichos territorios; circunstancia que enriqueció la acepción de justicia ambiental, en el entendido que abrió un poco más el espectro conceptual que hasta ese momento se limitaba a la búsqueda de una distribución justa de pasivos y activos ambientales, y el resarcimiento de los daños a los recursos naturales (Crawford, 2010).

Ha de señalarse que el Movimiento de Justicia Ambiental desde sus inicios, correspondía a un organismo no gubernamental que propendía por la remoción de las sobrecargas ambientales que recaían sobre las minorías étnicas de los EE.UU., y su lucha hasta la fecha no sólo ha sido contra el sector industrial y la administración pública en sus distintos niveles (local, estatal y federal), sino que igualmente ha tenido discrepancias con otros sectores ecologistas tradicionales de ese país, señalándolos de tener una posición débil, tolerante y en muchas ocasiones cómplice respecto a los actos de *racismo ambiental* (Sandler, R. y Pezzullo, P., 2007) como se cita en Ortega (2011, pág. 18).

Siguiendo la respectiva línea de tiempo, es del caso indicar que en el marco de la Primera Cumbre de Liderazgo Ambiental de la Gente de Color (First National People of Color Evironmental Leadership Summit), celebrada en Washington D.C. entre el 24 y 27 de septiembre de 1991, se abordó el concepto de Justicia Ambiental, el cual fue definido como la "Búsqueda de la justicia equitativa y la protección igual bajo todas las leyes y reglamentos en materia ambiental, sin discriminación con base en la raza, el origen étnico y/o la condición socioeconómica", como puede leerse en Bellmont (2012, pág. 27).

En dicho encuentro, que congregó a centenares de activistas de todo EE.UU. (principalmente a los grupos de justicia ambiental), así como también a ecologistas de otros países como Chile, Brasil y México, se destaca que el movimiento activista pasó de propender por la consecución de *justicia racial* a una de carácter más universal y general; encaminando y contextualizando de esta forma el programa

activista al plano internacional, más aún en vista de la coyuntura que se avecinaba en esa época producto de la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro prevista para el año de 1992 (Ortega Cerdá, 2011).

Aunado a esto, desde la propia institucionalidad norteamericana, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) por sus siglas en inglés (Environmental Protection Agency), dispuso dentro de la misma institución en el año 1992, la puesta en marcha de una oficina de equidad ambiental denominada como Oficina de Justicia Ambiental, y en 1993, dio a conocer la creación del Consejo Nacional Asesor de Justicia Ambiental, como una dependencia destinada al conocimiento y resolución de los conflictos suscitados por *injusticia ambiental* (Ortega Cerdá, 2011).

Así pues, es de destacar que para la EPA (s.f.), citado por Bellmont (2012, pág. 28), la Justicia Ambiental es concebida como: "El tratamiento justo y la participación significativa de todas las personas independientemente de su raza, color, origen nacional, cultura, educación o ingreso con respecto al desarrollo y la aplicación de las leyes, reglamentos y políticas ambientales".

A efectos de la investigación de la referencia, no existe duda que el concepto primigenio de Justicia Ambiental en cierta medida fue ajeno a la función judicial, pues en sus albores obedecía a un sentimiento de insatisfacción por parte de subgrupos poblacionales minoritarios, que progresivamente fueron constituyéndose en organizaciones ecologistas como consecuencia de la referida causa medioambiental en común, tal es el caso del Movimiento de Justicia Ambiental; inconformidad que en principio no trascendió del campo del activismo social, pues si bien no se desconoce que algunos conflictos fueron encausados en demandas para el conocimiento de los órganos encargados en administrar justicia, se vislumbra que por lo menos en el caso norteamericano dichas pretensiones fueron en su mayoría denegadas.

En ese sentido, a pesar del inocultable perjuicio sobre las comunidades minoritarias de los EE.UU en materia de Justicia Ambiental, las acciones instauradas en sede judicial tendientes a una mejor distribución de los pasivos y activos ambientales, históricamente fueron desestimadas por las cortes y tribunales de ese país, pues al momento de proferir los correspondientes fallos argumentaban carencia probatoria para condenar a las autoridades accionadas; las cuales por tal motivo, eran absueltas de toda responsabilidad frente a las inequidades ambientales y sanitarias generadas a las poblaciones demandantes (Crawford, 2010).

En efecto, el inocultable fracaso judicial del Movimiento de Justicia Ambiental obedeció a una cuestión meramente probatoria dentro de los diversos litigios incoados, pues a juicio de los operadores judiciales los reclamantes no pudieron acreditar la postura discriminatoria del Gobierno estadounidense en la ubicación de los vertederos de residuos peligrosos en algunos estados de la Unión Americana (Crawford, 2010).

Por lo tanto, si bien saltaba a la vista que era desproporcionada la carga de pasivos ambientales atribuida por las diferentes autoridades norteamericanas a las comunidades minoritarias, en inobservancia al mandato constitucional de igualdad ante la ley[4], para las corporaciones judiciales de EE.UU, en ningún momento fue acreditado probatoriamente el elemento subjetivo que pueda traducirse en una postura discriminatoria implícita en las decisiones gubernamentales en materia ambiental y sanitaria (Crawford, 2010).

Al respecto, Marnk, I (s.f.), citado en Crawford (2010, pág. 35), refiere que la Corte Suprema de los Estados Unidos como máxima instancia judicial de ese país, estima imprósperas las acciones promovidas por los movimientos ecologistas tendientes a que en los estrados se les reconozca sus pretensiones concernientes a Justicia Ambiental, en razón que "los demandantes medioambientales usualmente no pueden probar que el Gobierno o las industrias han discriminado conscientemente a los grupos minoritarios".

Así pues, Michael B. Gerrard, como se cita en Crawford (2010, pág. 35), menciona que ante los reveses judiciales señalados en precedencia en todas las instancias posibles, es claro que a pesar que evidentemente el aparato judicial norteamericano no es partidario de acceder a las reclamaciones por Justicia Ambiental, se advierte que dicho concepto en lo que respecta a EE.UU., cobra preponderancia en los estamentos sociales, políticos, administrativos, entre otros.

Un caso a destacar que es similar al norteamericano, corresponde al acontecido en Sudáfrica por el componente de segregación racial que afrontó dicho país durante el periodo del apartheid (1948-1994), en donde el concepto de Justicia Ambiental también fue puesto a la palestra pública por parte de un grupo de movimientos sociales, que más allá de luchar contra las políticas de discriminación estatal, incursionaron en el campo del activismo medioambiental; contribuyendo así a que la aludida acepción fuera incluida en la legislación sudafricana (The South African National Environmental Management Act, 107 de 1998), como lo señala Mc.Donald, D.A. (s.f.), citado por Ortega (2010, pág. 19).

De otro lado, en el plano europeo, se destaca el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia

4. **Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda XIV, Sección I:** "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni imponer ley alguna que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción igual protección de las leyes."

en materia de medio ambiente, al que comúnmente se conoce como Convenio de Aarhus por el nombre de la ciudad danesa en donde se suscribió en el año 1998; instrumento jurídico internacional que de entrada brinda un espaldarazo al tema de Justicia Ambiental, tal como se entrevé en su texto:

> *A fin de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, cada Parte garantizará los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental de conformidad con las disposiciones del presente Convenio* (Convenio Aarhus, 1998, art.1).

Frente al tratado internacional citado por precedencia, la Asociación para la Justicia Ambiental –AJA– a la cabeza de Fe Sanchis Moreno, Eduardo Salazar Ortuño y Ginés Ruíz Maciá (2009) llevaron a cabo la investigación "Democracia ambiental y acceso a la justicia. La aplicación del Convenio de Aarhus en España", con el objetivo principal de verificar la materialización de esa herramienta jurídica internacional en el contexto español, especialmente en lo que respecta al acatamiento del artículo 9° del aludido convenio, que versa sobre el acceso a la Justicia Ambiental, y así efectuar el correspondiente diagnóstico de esa situación en España.

En este trabajo los autores en primera medida resaltan los compromisos adquiridos por el Estado español con la ratificación en 2004 del Convenio de Aarhus de 1998, entre los cuales sobresalen el garantizar el acceso a la información ambiental, permitir la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés del medio ambiente, acatar a cabalidad la legislación vigente en esa materia, y en general, propender por la salvaguarda de los derechos ambientales mediante un real acceso a la Justicia Ambiental. Seguidamente, manifiestan la negligencia del Gobierno de España en cuanto a la verificación del cumplimiento de las mentadas obligaciones de cara a la Reunión de las Partes del Convenio que tuvo lugar en la ciudad de Riga (Letonia) del 11 al 13 de junio de 2008.

La investigación en comento concluyó que España se encuentra en mora (y distante) de aplicar a cabalidad los postulados de justicia ambiental establecidos en el artículo 9° del Convenio de Aarhus, esto a causa de múltiples factores como, la falta de recursos para su implementación, problemas en el acceso de la información ambiental, el escaso debate en sede judicial de los conflictos ambientales, los costes judiciales, la lentitud de los procesos, la falta de profesionales adecuados para peritar las pruebas, el precario conocimiento del derecho ambiental de los servidores de la justicia y las dificultades de interpretación y aplicación de la legislación vigente en la materia, entre otros.

Cabe resaltar, que el citado documento académico es de valiosa utilidad para la investigación de la referencia, al estar inmersa una norma jurídica internacional que

exige a un ordenamiento interno la implementación de mecanismos que garanticen un acceso a la Justicia Ambiental; pues a pesar que el Convenio de Aarhus sólo fue concebido para países de la Unión Europea, va dirigido a la implementación del principio 10° de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, que fue adoptado por Colombia y sobre lo cual posteriormente se hará referencia. Además, es de resaltar que las problemáticas vislumbradas en el diagnóstico efectuado al caso español, en gran medida están ligadas a fallas estructurales del poder judicial al momento de dirimir conflictos medioambientales (Ruíz Maciá, Salazar Ortuño, & Sanchis Moreno, 2009).

De otro lado, vale la pena indicar que aparte del componente antropocéntrico que caracteriza las acepciones de Justicia Ambiental, existe un concepto mucho más amplio elaborado desde el campo de la filosofía social que trasciende del factor humano, pues contempla en su definición la repartición de los activos y pasivos ambientales que recaen sobre todos los seres vivos.

> *La justicia ecológica (o ambiental) no tiene que ver sólo con la distribución justa de los bienes y males ambientales entre la población humana, sino también entre ésta y el resto de seres vivos con los que compartimos la biosfera* (Ecología Política, 2011, pág. 3).

En esa misma línea, se destaca el Segundo Conversatorio de la Red por la Justicia Ambiental en Colombia, que tenía como tema central "El concepto de justicia ambiental en Colombia: Aproximación teórica y práctica" (Bellmont, Mesa Cuadros, Mestre Izquierdo, & Ortega, 2010). En ese espacio académico, se aprecia la intervención del Líder Arhuaco Kasokaku Busintana Mestre Izquierdo, en la que señaló que si bien no existe una noción de Justicia Ambiental en la cultura indígena, ésta se puede aproximar a la premisa ancestral de profundo respeto hacia la naturaleza, acompañado de un sistema de compensación que permite al hombre hacer uso de los recursos que estrictamente requiera para su supervivencia, en aras que se conserve el equilibrio natural.

De igual forma, en ese conversatorio participaron la ya citada estudiante Yary Bellmont y Gustavo Ortega como miembros del Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (GIDCA) de la Universidad Nacional de Colombia, exponiendo algunas teorías occidentales de Justicia Ambiental, como su relación con el acceso a la administración de justicia que es entendida "como una rama de la jurisdicción que resuelve temas relacionados con el derecho ambiental" (Bellmont *et al*., 2010, pág 3), y por último, su diferenciación con el concepto de comunitarismo.

Por su parte, en el mismo escenario académico también fue participe el Dr. Gregorio Mesa Cuadros, en su calidad Director del GIDCA de la referida *alma mater,* quien planteó que los problemas humanos actuales no pueden zanjarse

con los medios existentes, y por ende, es necesario formular y adoptar modelos como la democracia y ciudadanía ambiental, al igual que ir concibiendo un Estado Ambiental de Derecho. También indica que la Justicia Ambiental la componen tres principales elementos (sujeto, temporal y espacial) y que los derechos de titularidad de las personas deben valorarse desde una perspectiva integral, teniendo en cuenta la huella ambiental, en el entendido que existe un límite de apropiación de los recursos naturales.

Sumado a lo referido en precedencia, se divisa que la Justicia Ambiental no sólo es definida por distintas ramas de la academia y del conocimiento en general, sino que en algunas ocasiones se encuentra implícita en textos constitucionales y demás normas que instituyen el ordenamiento jurídico de los Estados, tal como lo refiere Crawford preponderantemente en el caso latinoamericano:

> *Otro conjunto de documentos jurídicos que reflejan la influencia global de los principios de la justicia ambiental son las constituciones nacionales. A este respecto, resaltan las constituciones adoptadas en varios países latinoamericanos desde finales de la década de los años setenta. En particular merece la pena destacarlas por su énfasis en dos derechos a saber: el derecho de todas las personas a un medio ambiente limpio y sano, y ese mismo derecho referido a las generaciones presentes y futuras. En otras palabras, varias constituciones latinoamericanas regulan la distribución justa de los bienes ambientales para el tiempo presente y futuro. Esto a su vez, puede verse como un triunfo de los principios de la justicia ambiental en las esferas nacional y constitucional* (Crawford, 2010, pág. 40).

Verbigracia de lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia en su condición de principal garante de la Constitución Política de 1991 (art. 241), recientemente en sede de revisión tutelar y bajo la ponencia del hoy Exmagistrado **Dr. Luis Ernesto Vargas Silva,** ha indicado que en el referido texto Superior se advierten postulados que configuran la acepción de Justicia Ambiental, la cual, tal como lo señala dicha Colegiatura, reviste carácter vinculante dentro del ordenamiento jurídico colombiano:

> *…el concepto de justicia ambiental se compone de dos elementos: distribución de las cargas y participación efectiva de las comunidades afectadas. Esta tesis encuentra fundamento en varios artículos de la Constitución, pero, además, ha sido aplicado por esta Corporación en varias de sus providencias. En consecuencia, es un concepto jurídico vinculante que debe ser utilizado por los operadores jurídicos en casos concretos* (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, ST-704, 2016).

Concomitante a lo que antecede, la propia sentencia en cita definió como tal el término de Justicia Ambiental con base en dos premisas a saber: "(i) el tratamiento justo y (ii) participación de la comunidad" (Ámbito Jurídico, 2017); las cuales efectivamente, se enmarcan en la siguiente concepción jurisprudencial:

> *Según esta Corporación, la justicia ambiental, entonces, se integra de una demanda de justicia distributiva en la que las cargas y beneficios ambientales sean soportadas por igual, eliminando aquellas medidas que obligan a una población especialmente vulnerable soportar daños sin recibir beneficios como otras, pero, a su vez, un llamado a garantizar que los ciudadanos, especialmente quienes se ven afectados, puedan participar en espacios para la toma de decisiones sobre la realización, evaluación, ejecución, desarrollo de los proyectos, en donde sus propias experiencias (no necesariamente estudios técnicos) sean tenidas en cuenta a la hora de tomar decisiones.* (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, ST-704, 2016).

Así pues, se entrevé cómo el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional de Colombia, luego de un tiempo considerable y a través de la sentencia T-704 de 2016, se atrevió a adentrarse de lleno en el terreno de la Justicia Ambiental, en el entendido que no conforme con identificar su fundamento en el articulado de la Carta Política de 1991, elucubró una propia acepción jurisprudencial para dicho aspecto.

Siguiendo en el contexto de América Latina, se vislumbran las vigentes Cartas Políticas de Ecuador y Bolivia, en las cuales se endilgan garantías a los animales y a la naturaleza, hasta tal punto de considerarlos como sujetos de derechos (Ecología Política, 2011; Rodríguez, 2012), empero, ha de señalarse que los aludidos países, como en muchos otros en los que también en sus constituciones llevan implícito el concepto de Justicia Ambiental (v. gr. Colombia), no poseen dentro de sus respectivos sistemas judiciales despachos especializados para asumir y resolver los conflictos jurídico-ambientales que se susciten.

Visto el vacío judicial señalado en precedencia, es del caso hacer uso del concepto de Justicia Ambiental aterrizado al plano jurisdiccional, es decir, el que concierne a la función de los operadores judiciales, como lo plantea Walsh (2001):

> *Entraña el concepto de acceso por parte de la gente a los mecanismos previstos por el Estado, ya sea para obtener solución a las disputas o controversias de naturaleza ambiental, ya sea para hacer valer sus derechos ante los órganos estatales competentes, encargados de velar por la tutela de los bienes ambientales. Citado por Bellmont* (2012, pág. 41).

En ese orden de ideas, resulta pertinente traer a colación casos de algunos Estados, que han dispuesto la creación de organismos judiciales especializados, para el conocimiento y resolución de las problemáticas jurídicas inherentes a la explotación de recursos naturales, lo cual indubitablemente se traduce en la impartición de Justicia Ambiental en sede judicial.

Así pues, según Abed et al. (2010), en el artículo "An Institute for enhancing effective evironmental adjudication" publicado en la revista Journal of Court Innovation, la primera década del siglo XXI se jacta del surgimiento de nuevos

sistemas judiciales reflejados en cortes y tribunales del medio ambiente, que fueron implementados en algunos países de manera interna.

Las autoridades judiciales en todas las regiones han determinado que sin proveer una autoridad judicial más especializada en materia medioambiental, la legislación que versa sobre los recursos naturales y el medio ambiente sería implementada de una forma irrestrictamente aleatoria, sin el debido rigor que amerita el tema ambiental (Abed *et al*., 2010).

Los objetivos de mejora a la legislación ambiental, requieren el entendimiento de la ecología y de las demás ciencias ambientales, con miras a afrontar adecuadamente lo que hasta estos tiempos han sido conflictos con un alto grado de complejidad, verbigracia, acumulación de químicos, especies amenazadas, degradación natural de lugares sacros, entre otros (Abed *et al.*, 2010).

En efecto, es claro que no todas las corporaciones judiciales ambientales que se encuentran vigentes tienen la capacidad de comprender el amplio rango de las demandas medioambientales que lleguen a conocer, empero, al analizar el comparativo legal de la experiencia jurisdiccional en diferentes Estados, la tendencia apunta indiscutiblemente a un conjunto de competencias, procesos y soluciones que son reconocibles, es decir, evidentemente se vislumbra un andamiaje de justicia especializada en la materia en los países que le han apostado a ello (Abed *et al.*, 2010).

Ahora, como lo reconoce la propia revista jurídica en cita, los artículos del Journal of Court Innovation son importantes en la divulgación de aspectos sobre las prácticas judiciales ambientales de las cortes y tribunales activos alrededor del mundo. Contrario a lo esperado, no es sorprendente que el creciente volumen de adjudicaciones jurisdiccionales en el campo medioambiental, le esté dando crédito y relevancia a la especialización de los organismos de justicia.

Aunado a ello, es de resaltar que el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) o por sus siglas en inglés (UNEP), la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (en inglés IUCN) y el Instituto de Derecho Ambiental (ELI) por sus siglas en inglés (Environmental Law Institute), han sido los principales actores en el nacimiento de espacios como simposios, consultas y seminarios, con motivo de la entrada en vigor de más de 350 cortes y tribunales ambientales en diferentes partes del mundo (Abed *et al*., 2010).

Por ejemplo, Brasil estableció 4 nuevas cortes ambientales para la región del Amazonas, sumado a lo reportado al Journal of Court Innovation por el profesor Richard Macrory, en lo referente a que Inglaterra y Gales establecieron un tribunal especializado en materia medioambiental en el año 2010. En ese mismo sentido, de acuerdo con Abed *et al*. (2010), la República de la India en su legislación dispuso la creación de un tribunal ambiental de ámbito nacional, en sintonía con las denominadas cortes verdes (Green Courts).

Efectivamente, de acuerdo con el mentado informe del profesor Richard Macrory (2010) denominado Evironmental Courts and Tribunals in England and Wales –a tentative new dawn–, se observa que el tema de organismos judiciales especializados en materia ambiental, ha sido debatido por más de 20 años en Reino Unido, demostrando un progreso real recientemente en la materia; en efecto, los procesos de evaluación ambiental para nuevos proyectos fueron introducidos formalmente en el mentado Estado en 1987, partiendo desde el derecho a la participación ciudadana en las decisiones medioambientales, hasta la instauración en el año 2010 del tribunal como tal.

En ese sentido, como consecuencia de la presión internacional para ampliar el acceso a la información y participación ambiental, Reino Unido en el año 1998 hizo parte del Convenio de Aarhus; instrumento jurídico que en sus primeras dos partes, promulga el acceso a la información al medio ambiente y participación pública de las decisiones ambientales; obligaciones suscritas, que a juicio de algunos analistas políticos, son acatadas por el mentado Estado. De otro lado, se resalta que la tercera parte de la referida convención versa sobre el acceso a la justicia en temas ambientales (Macrory, 2010).

Igualmente, en tono con lo anterior, se destacan corporaciones judiciales especializadas en materia ambiental, que operan únicamente en jurisdicciones específicas dentro de los países que son parte del sistema general de cortes, tales son los casos de Australia y EE.UU con las respectivas Planning and Environment Court (PEC) en el estado de Queensland y The Environmental Division of the Vermont Superior Court (UNEP, 2016).

Por último, se observa el caso de Nueva Zelanda con su Corte Ambiental (Environment Court of New Zealand), la cual es una de las más antiguas cortes ambientales independientes y es vista como una de las mejores de su clase; dicha corporación que es de naturaleza mixta, está compuesta por 9 jueces avezados en la ley medioambiental y 15 comisionados con conocimientos técnicos ajenos al derecho, tales como negocios, temas agrícolas, entre otros (UNEP, 2016).

Con todo, de conformidad con lo referenciado en precedencia, es de señalar que la acepción de Justicia Ambiental si bien fue producto del activismo norteamericano en aspectos sociales, raciales y económicos, que son ajenos propiamente al ámbito jurídico, con el pasar de los años dicha concepción traspasó al plano jurisdiccional; lo cual en la actualidad es palpable con los modelos judiciales especializados en litigios que versan sobre la explotación de recursos naturales y la contaminación del medio ambiente, que han sido fundados en países como Brasil, Inglaterra, Gales, India, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Chile, entre otros.

Así las cosas (aunque no de forma exclusiva), se vislumbra que los Estados que cuentan con juzgados, tribunales, cortes o cualquier otro tipo de institución

judicial especializada en materia ambiental, ofrecen a sus habitantes mecanismos claros de intervención en los litigios que versan sobre la explotación de los recursos naturales y la contaminación del medio ambiente, los cuales se traducen en acciones, demandas o medios de control establecidos en el ordenamiento jurídico, de origen legal o constitucional; circunstancia que sin duda alguna, favorece la participación ciudadana en las decisiones atinentes a sus activos naturales, al existir un conducto real y eficaz para hacer valer sus derechos.

Referencias

Abed et al. (2010). An institute for enhancing effective environmental adjudication. *Journal of Court Innovation*, 1-10. Obtenido de https://law.pace.edu/sites/default/files/IJIEA/JCIRobinson%20et%20al_FINAL_2-11_cropped.pdf

Ámbito Jurídico. (13 de marzo de 2017). Corte Constitucional define concepto de justicia ambiental. Obtenido de https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Ambiental-y-Agropecuario/corte-constitucional-define-concepto-de-justicia-ambiental

Bellmont, Y. S. (2012). El concepto de justicia ambiental: reflexiones en torno a la jurisprudencia constitucional colombiana del siglo XXI (Tesis de Maestría). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de http://www.bdigital.unal.edu.co/8706/1/905060.2012.pdf

Bellmont, Y. S., Mesa Cuadros, G., Mestre Izquierdo, K. B., & Ortega, G. (15 de abril de 2010). El concepto de justicia ambiental en Colombia: Aproximación teórica y práctica. *Memorias: Segundo Conversatorio de la Red por la Justicia Ambiental en Colombia.* Obtenido de https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2011/05/memorias2.pdf

Crawford, C. (2010). Derechos culturales y justicia ambiental: lecciones del modelo colombiano. En D. Bonilla Maldonado, & C. Crawford, *Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa* (págs. 27-66). Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.

Ecología Política. (Junio de 2011). Introducción. (41), 3-4. Obtenido de http://www.ecologiapolitica.info/?product=41-justicia-ambiental

Macrory, R. (2010). Environmental Courts and Tribunals in England and Wales –a tentative new dawn–. *Journal of Court Innovation*, 61-78. Obtenido de http://www.library.law.pace.edu/sites/default/files/IJIEA/jciMacrory_Final_3-17_cropped.pdf

Ortega Cerdá, M. (junio de 2011). Origen y evolución del movimiento de justicia ambiental. *Ecología Política* (41), 17-25. Obtenido de http://www.ecologiapolitica.info/novaweb2/?p=4219

Rodríguez, G. A. (2012). La consagración de los derechos ambientales en las constituciones políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia. En G. A. Rodríguez, & I. A. Páez Páez, *Temas de Derecho Ambiental: una mirada desde lo público* (págs. 1-54). Bogotá: Universidad del Rosario. Obtenido de http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8869/Temas%20de%20derecho%20ambiental_completo.pdf

Ruíz Maciá, G., Salazar Ortuño, E., & Sanchis Moreno, F. (2009). *Democracia ambiental y acceso a la justicia. La aplicación del Convenio de Aarhus en España*. Madrid, España: Asociación para la Justicia Ambiental. Obtenido de http://www.aja-ambiental.org/archivo/aja_esp.pdf

UNEP. (2016). *Environmental Courts & Tribunals: a guide for policy makers*. Obtenido de https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/10001/environmental-courts-tribunals.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Construcción de igualdad: desde la basura hasta la Corte

Los derechos ambientales para el caso del reciclaje en la Corte Constitucional

David Núñez Amórtegui[1]

1. Politólogo, Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia. Director de la Corporación Ambiental CAUSE y miembro de la Veeduría de la Reserva Thomas Van Der Hammen. davidnuneza@gmail.com

Resumen

El texto aborda el papel de la Corte Constitucional en el reconocimiento de los derechos de los recicladores y la importancia ambiental de su inclusión y reconocimiento dentro del sistema formal de gestión de residuos de Bogotá para procurar el cuidado de los ecosistemas y el buen vivir en la ciudad. Se analiza la importancia de este reconocimiento y lo que las posturas de la Corte en este sentido han implicado para el avance en la construcción de lo que se ha denominado en la literatura como el Estado Ambiental de Derecho.

Introducción

¿Cómo enfrenta Colombia la problemática de la generación de residuos? Hoy Bogotá vive, una vez más, una de las crisis del Relleno Sanitario Doña Juana, que afecta la vida de cientos de seres humanos y destruye ecosistemas aledaños. Otras ciudades implementan precarios sistemas de reciclaje mientras el modelo imperante es el relleno sanitario con muchas dificultades en su manejo y con graves efectos que deterioran la calidad del aire, el agua, el suelo, la temperatura y la calidad de vida de las personas.

Frente a esta problemática, muchas respuestas han sido formuladas y muy pocas han sido puestas en práctica. Una comunidad ha sido fundamental en la puesta en marcha de una solución: los recicladores de oficio de la ciudad de Bogotá que han enfrentado enormes obstáculos en el contexto de los grandes conflictos de intereses que genera el manejo de residuos sólidos en Bogotá. La Corte Constitucional ha sido un actor fundamental en la defensa y construcción de derechos de esta comunidad, y de los ecosistemas y las formas de vida que ayudan a conservar.

El reciclaje como conflicto ambiental

El reciclaje de residuos sólidos requiere de una transformación cultural compleja que podría tener consecuencias muy relevantes respecto a los impactos que la actividad humana genera sobre los ecosistemas. El manejo de residuos sólidos permite entender la manera como la sociedad se relaciona, se apropia, produce, hace circular, consume y devuelve materia de los ecosistemas. Además, cómo a través de los residuos, se generan relaciones sociales, políticas y económicas que deben ser transformadas.

Uno de los comportamientos más problemáticos en el manejo de los residuos ha sido la marginación permanente a la que han sido sometidos los recicladores, quienes incluso han llegado a ser denominados desechables en una suerte de símil a la concepción que la gente tenía (y tiene) de sus residuos (Ramírez, 2000). Frente

a lo anterior, la sociedad ha sido llamada por la Corte Constitucional a generar acciones que permitan un acceso efectivo por parte de esta población a sus derechos a la igualdad y al trabajo (Corte Constitucional, 2011).

Nuestra sociedad debe asumir el costo no solo de realizar el reciclaje, sino de hacerlo a través del trabajo de la población recicladora de oficio. Debe transformar el imaginario y la relación existente alrededor de un grupo de personas trabajadoras y sobre los residuos como materia prima de este trabajo. Desechables se deben transformar en trabajadores del reciclaje y, al mismo tiempo, desechables se deben transformar en materiales reciclables. Se construiría así una visión de sociedad más amable consigo misma y con los ecosistemas.

Esta transformación ha implicado conflictos sociales, judiciales, administrativos y económicos, revelados en una pugna entre los recicladores, las empresas privadas, las instituciones y de las mismas instituciones entre sí para definir la estructuración del servicio y el papel de los recicladores dentro de la recolección, transporte y aprovechamiento de residuos sólidos.

Así, estos conflictos van configurando una transformación en la política, en la manera como se toman las decisiones y en la forma como se estructura el Estado para responder a las necesidades y presiones de distintos grupos de la sociedad.

Este tipo de decisiones implican transformaciones económicas e ideológicas que afectan intereses de quienes más se lucran en el actual modelo de manejo de los residuos y de millones de ciudadanos que se niegan a cambiar la comodidad de desechar desmedidamente. Estos intereses, a su vez, han logrado permear decisiones judiciales y administrativas. Para transformar este modelo, la sociedad y el Estado deben asumir altos costos que no se pueden manifestar únicamente en términos de tarifas, sino en el nivel de consumo y de producción, en la cantidad de materia y energía que se utiliza, en la manera como se relaciona con éstas y en la forma como nos relacionamos como sociedad.

Los conflictos ambientales

Los conflictos ecológicos distributivos no responden exclusivamente a la extracción de materia prima. También pueden ser generados por el manejo que se hace de los residuos (Martínez-Alier, Kallis, Veuthey, Walter y Temper, 2010) y por la desigual incidencia de los efectos ambientales generados por la no separación, la disposición de residuos y la extracción. Solo algunos grupos específicos de personas deben asumir consecuencias como las plagas, enfermedades, ruido y malos olores alrededor

del relleno sanitario; y solo algunos grupos separan los residuos en las calles y los transportan con su propia fuerza por una remuneración irrisoria comparada con el precio real de los materiales, el servicio de recolección y el transporte.

Igualmente, se presenta una desigual incidencia en el tiempo, pues serán otras generaciones las que deberán asumir más directamente los desequilibrios ecosistémicos y la escasez de recursos. Todos estos son efectos que se podrían disminuir con la efectiva implementación del reciclaje (Saraiva, M., Bastos, M. y de Souza-Pinto, H., 2012).

En estos aspectos cada sociedad tiene unas características particulares que determinan su manera de relacionarse con los residuos. En el caso particular de Bogotá, la ciudadanía desconoce el problema, en parte por la brecha entre el consumo y el manejo de los residuos. El modelo escogido oculta la problemática en un rincón de la ciudad, invisibiliza su impacto y no permite comprender la responsabilidad que los consumidores tienen sobre la extracción de materia prima, sobre los residuos que producen y el manejo que se les da.

La solución es tan compleja como la problemática misma: más allá de desarrollar un sistema económicamente eficiente sobre el manejo de los residuos que incluya el reciclaje entre otras alternativas, se debe dar una transformación cultural que evidencie las problemáticas, cree conciencia y genere soluciones desde las actitudes individuales y los comportamientos sociales.

Históricamente, gran parte de las consecuencias del manejo de los residuos ha recaído sobre los recicladores, quienes han sido sometidos a una marginación permanente a pesar de la valiosa labor que cumplen, en la que se ven obligados a realizar su trabajo en condiciones precarias y riesgosas para percibir un ingreso miserable, mientras su labor genera amplios beneficios a nuestra sociedad y a los ecosistemas por la reducción de la demanda de materia prima y la prolongación de la vida útil del relleno sanitario.

Así mismo, el modelo de manejo de residuos, que relega al reciclador al trabajo informal en la calle, genera grandes ingresos a empresas privadas incentivadas a llevar la mayor cantidad de residuos al relleno sanitario. Frente a esta situación, la sociedad ha sido llamada por la Corte Constitucional, gracias a la misma lucha social que han emprendido los recicladores, a generar acciones que permitan un acceso efectivo por parte de esta población a su derecho a la igualdad y al trabajo mediante la transformación del sistema de manejo de residuos.

En este punto, una perspectiva de la ecología política, el ambientalismo político y la justicia y los derechos ambientales permite entender las dinámicas de poder que se configuran alrededor de estos conflictos. Bajo esta mirada, es posible comprender quién tiene la capacidad de decidir, de influir sobre las decisiones y de imponer las decisiones sobre el manejo de los residuos y sobre cómo deben ser

tratados los recicladores. Así mismo, esta perspectiva permite entender cómo desde el conflicto se plantean soluciones alternativas y se abren posibilidades para una posible sustentabilidad (Martínez-Alier, Kallis, Veuthey, Walter y Temper. 2010).

En este sentido, se hace evidente un conflicto ambiental complejo de un ensamble entre ecosistema y cultura que enfrenta otro complejo similar (Palacio, 2001), es decir de un grupo humano que se relaciona entre sí y con los ecosistemas guiados por la apropiación ilimitada y la ausencia de responsabilidad y solidaridad para con los demás y cuyo único fin es la acumulación, frente a otro grupo que entiende a los ecosistemas como limitados y de los cuales siempre hay que preservar elementos necesarios para la vida de los demás.

El papel de la Corte

Existe una amplia diversidad de actores involucrados en la inclusión de recicladores en el sistema de gestión de residuos sólidos de Bogotá: cada uno de los usuarios, como consumidores de materias y como generadores de residuos; las industrias que producen las mercancías, las que los transportan y comercializan; los recicladores que transitan las calles de nuestra ciudad, sus organizaciones, sus líderes; los gobiernos, las empresas de las basuras, los ecosistemas que destruimos o deterioramos por la extracción de materiales para nuestro consumo, el Río Tunjuelo que recibe los lixiviados de Doña Juana, el aire que recibe los gases contaminantes y de efecto invernadero emitidos por la descomposición de nuestros residuos, y la ecosfera que se calienta deteriorando las condiciones de vida de muchos de los seres que la habitan.

Un actor ha sido fundamental, pues ha marcado puntos de inflexión y ha determinado la actuación de muchos de los otros involucrados en este conflicto. La Corte Constitucional ha planteado y ha mantenido una posición a través de distintas sentencias, en las que ha defendido los derechos y ha contribuido a la construcción de nuevos paradigmas. El litigio constitucional ha sido un escenario para la construcción de derechos, para elevar las luchas, que le han tomado décadas y vidas humanas a los recicladores, a un espacio de legalidad y reconocimiento de su razón de ser y su valor social.

Desde la Sentencia de Constitucionalidad C-741 del año 2003, la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental. A partir de entonces, ha mantenido una línea jurisprudencial en la defensa de los derechos de la población de recicladores de Bogotá y del país. La actuación de la Corte ha abierto la posibilidad legal a la

prestación del servicio público de aseo en todos los municipios del país por parte de las organizaciones de recicladores bajo la figura de "organizaciones autorizadas", y ha establecido el imperativo de implementar acciones afirmativas que garanticen el goce efectivo de sus derechos (Sentencia T-724-03). Además, la Corte ha controlado la normatividad y las actuaciones administrativas que afecten sus derechos. En este contexto, ha suspendido licitaciones y ha exigido acciones específicas que incluyan el componente de aprovechamiento, en beneficio económico y social de la población de recicladores, dentro del sistema de gestión de residuos sólidos de Bogotá.

Es necesario aclarar que las decisiones de la Corte siempre se han dado en respuesta de las demandas de los recicladores y no de manera espontánea. Es decir, que si bien en su actuación es fundamental el concepto y la voluntad del juez, los derechos alcanzados judicialmente son más una consecuencia de la organización y la lucha de los recicladores.

En el año 2011 se dio la apertura del proceso de licitación para contratar la prestación del servicio de recolección de residuos domiciliarios en Bogotá, en la que se les exigió a los proponentes contar con participación accionaria de organizaciones de recicladores.

Sin embargo, dicha participación no fue definida de manera exacta, lo que dio lugar a la participación de organizaciones "de papel" y en un porcentaje mínimo, llegando en algunos casos al 0,1% o el 0,5% (Parra, 2015). Esta situación fue demanda por la Asociación de Recicladores de Bogotá (ARB), como un desacato a lo ordenado en las sentencias T-724 y T-291, pues en realidad no constituían acciones efectivas para el goce de los derechos de la población recicladora y la necesaria superación de su condición de marginalidad.

Como consecuencia, la Corte Constitucional emitió el Auto 275 de 2011, en el que suspendió la licitación que se encontraba en curso, aportó una visión ambiental a la jurisprudencia y exigió a las autoridades una serie de acciones concretas, medibles en el corto plazo, que permitieran la inclusión de la población de recicladores dentro del sistema de gestión de residuos, y, por tanto, la remuneración de sus actividades de aprovechamiento.

En este Auto la Corte ordenó al Distrito:

> *...definir parámetros especiales que definan cómo serán ofrecidos en la práctica los servicios de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos y, la forma en que la prestación de los mismos deberá ser remunerada, de forma que estos componentes sean manejados íntegramente por las organizaciones de recicladores que entren en proceso de regularización* (Corte Constitucional, 2011).

Así mismo, con el objetivo de cumplir lo anterior, ordenó desarrollar procesos que permitieran la separación de residuos en la fuente por parte de todos los

usuarios del servicio en la ciudad. Ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) actualizar el Censo de Recicladores adelantado por la Universidad Javeriana y

> *...establecer horarios y rutas de reciclaje –con participación de las organizaciones de recicladores– que funcionen de manera coordinada con los horarios y rutas de recolección de basuras por parte de los operadores concesionados y su difusión, de forma que los recicladores puedan optimizar la actividad de recolección de material aprovechable, en orden a evitar que compitan con el operador regular y establecer y poner en funcionamiento centros de acopio por toda la ciudad a los cuales puedan dirigirse los recicladores y las medidas de precios que regirán la compra e intermediación de los residuos aprovechables* (Corte Constitucional, 2011).

A su vez ordenó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) "prestar colaboración técnica al Distrito en la definición de parámetros para la prestación del servicio". Finalmente ordenó a la Procuraduría General de la Nación (PGN), dentro de sus funciones, hacer seguimiento a la ejecución de las órdenes impartidas (Corte Constitucional, 2011).

A partir de ese momento, las distintas entidades involucradas iniciaron procesos, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte, para posibilitar la inclusión de la población de recicladores. La misma Corte estableció un procedimiento de seguimiento en el que las entidades deben enviar una serie de documentos que den cuenta del proceso y la Procuraduría General de la Nación debe enviar un informe trimestral del seguimiento realizado.

Así, en abril del año 2012, la Corte emitió el Auto 084, en el que determinó que la UAESP "cumplió con lo requerido en el auto 275 de 2011 en cuanto al envío del esquema de metas para la inclusión de la población recicladora. En el mismo establece que la CRA cumplió con el envío de un esquema básico de regulación tarifaria que permita incluir a los recicladores" (Corte Constitucional, 2012).

Este proceso ha ido develando la conflictividad latente alrededor de la gestión de residuos en la ciudad, de lo cual la Corte ha sido testigo y en algunos momentos ha tomado una posición al respecto para, en el marco de sus funciones, defender los derechos de los recicladores.

La primera vez que esto se hizo evidente en la jurisprudencia fue a través del Auto 366 de 2014, en el cual se hizo seguimiento a las órdenes proferidas en el Auto 275 de 2011, en cumplimiento de la sentencia T-724 de 2003 y del Auto 268 de 2010.

En esta ocasión, la población recicladora cuestionó los procesos sancionatorios en contra del entonces Alcalde Mayor de Bogotá debido a la implementación del nuevo esquema de prestación del servicio de aseo en la ciudad, adelantados por la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Cuestionaron a la Procuraduría por haber abierto una investigación contra el

Alcalde por asuntos acaecidos en torno al manejo ambiental de los residuos sólidos de Bogotá y a la SIC, porque a través de la sanción que apelaba al argumento de la libre competencia frente a una actividad de la economía informal se dejaba sin piso la posibilidad de fijar acciones afirmativas.

Los recicladores solicitaron a la Corte que las órdenes impartidas inicialmente al Distrito se extendieran a la PGN, a la SIC, al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y a la CRA, pues por sus actuaciones u omisiones, no habían permitido la inclusión de los recicladores y la modificación del modelo del servicio público domiciliario de aseo, hacia uno que principalmente favorezca el aprovechamiento y no el enterramiento de residuos en el relleno sanitario. Así mismo cuestionaron la labor adelantada hasta el momento por la UAESP y solicitaron que se declarara nuevamente el incumplimiento a las órdenes y parámetros referidos.

Por su parte la UAESP sostuvo que en cuanto al aprovechamiento y a la remuneración de los recicladores, los conceptos utilizados por la CRA (costos evitados de la disposición final) no se compaginan con el modelo que se pretende implementar y que incluyen los costos y pasivos ambientales de la disposición final, al igual que incentivos de alternativas a la disposición final con medidas de mayor valor.

Frente a estas posiciones, el único pronunciamiento de la Corte en ese momento fue que

> *...el cumplimiento de la orden de desmontar el esquema transitorio de acuerdo a la sanción de la SIC no puede implicar o conllevar, por ningún motivo, el desconocimiento de los derechos de los mencionados sujetos de protección constitucional, ni la eliminación de las acciones afirmativas a que tienen derecho dentro de una política pública que desarrolle los mandatos establecidos por esta Corporación* (Corte Constitucional, 2014).

Posteriormente, mediante el Auto 089 de 2015, la Corte decidió

> *...como medida cautelar, DECRETAR LA SUSPENSIÓN del numeral 4º de la Resolución 25036 de 2014 –confirmada por la Resolución 53788 de 2014– proferida por la SIC que ordena adecuar el esquema de recolección de basuras vigente en la ciudad de Bogotá a la fecha de su expedición, a un régimen de libre competencia pura y simple o uno de competencia con áreas de servicio exclusivo* (Corte Constitucional, 2015a),

mientras examinaba de fondo los argumentos presentados por las partes alrededor de dicha sanción y orden de la SIC, así como los alegatos del Distrito en cuanto a la imposibilidad de cumplir las órdenes de la Corte bajo un esquema de libre competencia, como lo ordenó la SIC, pues el termino de seis meses, para desmontar el esquema actual, establecido por esta última pone en riesgo las acciones afirmativas y los derechos alcanzados por los recicladores de Bogotá (Corte Constitucional, 2015).

Fue nueve meses después, tras recibir la información por parte de los actores involucrados y analizarla, que la Corte se pronunció de manera definitiva al respecto. En este proceso el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (MVCT), la SIC, la PGN y la CRA compartieron una posición según la cual la entrada en vigor de un régimen de competencia en el mercado no imposibilitaría el cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte, entre otras razones, porque el marco tarifario vigente (Resoluciones CRA 351 y 352 de 2005) permite la remuneración de los recicladores, así como porque a través de los Planes Integrales de Gestión de Residuos Sólidos (PGIRS) se pueden establecer condiciones para la prestación del servicio. De igual modo, destacaron que la herramienta principal de cumplimiento está dada por el Plan de Inclusión, cuya ejecución se encuentra al margen del esquema de contratación para la prestación del servicio de aseo.

La PGN advirtió que existen grandes retos en el proceso de inclusión de los recicladores, especialmente la informalidad, pues en su mayoría, estas personas laboran de manera individual y no se han vinculado a ninguna organización. Al respecto la Corte hizo eco a la importancia de fortalecer estas organizaciones para que sea a través de ellas, como medios y no fines en sí mismas, que se preste el servicio de aprovechamiento, al tiempo que el pago individual conlleva al riesgo de configurar un desincentivo de la asociatividad.

Por su parte, el Distrito planteó que la libre competencia en el mercado implicaría una seria afectación a los recicladores como sujetos de especial protección constitucional porque tendrían que competir con más operadores en el mismo territorio quienes, con mejor tecnología y capacidad financiera, buscarían maximizar su ganancia a través de la recolección de más residuos. A esto se suma la forma como está estructurado el costo de recolección de residuos por parte de la CRA, el cual no reconoce los egresos reales de la actividad de aprovechamiento ni los impactos ambientales y sociales evitados, que deberían ser tenidos en cuenta como base de un modelo circular de prestación del servicio.

Frente a esta controversia, la Corte hizo un fuerte llamado de atención a las posiciones de la CRA y de la SIC y reiteró la necesidad de guiar sus actuaciones bajo el principio de colaboración armónica. Estableció que las decisiones de la SIC aunque se sustentan bajo el principio de legalidad, generan fuertes tensiones con las órdenes de la Corte y por tanto con el cumplimiento de las mismas por parte de las demás entidades. Para la Corte

> *...resulta sumamente controversial la afirmación dada por el interviniente en representación de la SIC, según el cual la entidad no tenía por qué abordar el tema de los recicladores, en atención a que sus competencias no abarcaban ese supuesto. Aún cuando en un juicio de estricta legalidad dicha conclusión puede llegar a ser posible, lo cierto es que un pronunciamiento sobre el esquema transitorio y la en-*

> *trada en vigor de un régimen de libre competencia en el mercado, sin salvaguardas de ningún tipo a favor de la población recicladora, necesariamente incidiría en aspectos como el acceso seguro y cierto al material potencialmente aprovechable* (Corte Constitucional, 2015).

Respecto a las actuaciones de la CRA, la Corte planteó que hubo una demora excesiva en la expedición de un nuevo marco tarifario que según sus propias órdenes debería incluir ciertos parámetros que permitieran incidir en el reconocimiento económico del servicio ambiental que desempeñan los recicladores. Estos parámetros deben adoptar una lógica cíclica o circular de aprovechamiento en el servicio de aseo capaz de superar la concepción lineal de disposición final, teniendo en cuenta todos los efectos ambientales que acarrea el enterramiento de residuos sólidos en rellenos sanitarios. Sin embargo, la lógica que sustenta el marco tarifario que entró a regir en enero de 2016 gira en torno a la comparación del costo evitado entre la actividad de disposición final y el aprovechamiento.

La Corte llamó la atención también al Distrito y sus habitantes y resaltó que existe un déficit de separación en la fuente, lo que incide necesariamente en el acceso seguro y cierto a los residuos sólidos por parte de los recicladores. Ello depende de un cambio cultural de la ciudadanía y el gobierno que, sin lugar a dudas, no se ha materializado en el corto plazo.

Finalmente, y a pesar de estos llamados de atención, ateniéndose a actuar principalmente bajo el principio de legalidad, la Corte decidió:

> *...REACTIVAR el plazo decretado por la Superintendencia de Industria y Comercio (…), para que, a partir del 1º de enero de 2016 y en los siguientes seis meses, la UAESP o quien haga sus veces, dispongan lo necesario para regularizar el servicio público domiciliario de aseo conforme a los esquemas legalmente permitidos* (Corte Constitucional, 2015).

La Corte Constitucional, en sus diferentes actuaciones, ha defendido el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad de la población recicladora bajo la consideración de que es una población que históricamente ha sido marginada de las actividades y los beneficios de la sociedad, que ha estado sometida a ejercer su trabajo de manera informal y que ha visto amenazada su subsistencia en repetidas ocasiones por el intento de distintos agentes económicos y estatales de controlar el insumo fundamental de su trabajo, y que, por el contrario, ha prestado un servicio a la sociedad, rescatando miles de toneladas de residuos, reintegrando esta materia a las cadenas productivas, evitando así una mayor depredación de los ecosistemas.

La Corte ha favorecido la posición jurídica de los recicladores y ha ordenado al Estado la implementación de acciones afirmativas que efectivamente logren incluir y reconocer el trabajo de los recicladores con el objetivo de alcanzar el derecho a la igualdad de manera material.

Está posición ha sido reiterada durante más de una década por la Corte, que ha tratado de mantener un respeto por la autonomía de las entidades territoriales y descentralizadas en el cumplimiento de sus funciones, pero exigiendo de éstas un comportamiento que materialice los derechos escritos en el ordenamiento jurídico, con el fin de superar una mera formalidad para que la política pública cumpla una función transformadora de la injusta realidad ambiental que vive nuestra sociedad.

Derechos de los recicladores

La historia de la población de los recicladores ha estado enmarcada en la construcción de sus derechos y la lucha por su reconocimiento. Como última alternativa de vida en la marginalidad de las ciudades, los recicladores han desarrollado su trabajo en las calles, recuperando de las basuras de los hogares, las empresas y los comercios, materiales necesarios para la industria, lo que ha aportado a nuestra sociedad la durabilidad de los rellenos sanitarios y evitado el mayor deterioro de los ecosistemas de donde habría que extraer nuevas materias primas.

Esta población ha prestado un servicio fundamental a la sociedad y a cambio ha recibido el desprecio, el marginamiento, la violencia y la discriminación, e incluso el asesinato de personas inocentes en diversas situaciones. En el ejercicio de su trabajo y su organización los recicladores han construido sus derechos y luchado para que el Estado y la sociedad los reconozca. Uno de sus primeros logros en este sentido se vio reflejado en la Ley 511 de 1999 por la cual se establece el día nacional del reciclador y del reciclaje, el primero de marzo de cada año, conmemorando la masacre de once recicladores en la Universidad Libre de Barranquilla. De esta manera, han logrado posicionarse como un actor político en un esfuerzo por visibilizarse para proteger no solo su trabajo, sino su vida frente a la limpieza social, de la cual han sido victimas de manera reiterada ante la indiferencia de la sociedad (Parra, 2010a).

Desde la exclusión y enfrentando la indiferencia y la invisibilización de su labor por parte de la sociedad y del Estado, la cual solo sigue favoreciendo el negocio del enterramiento de basuras en manos de unas pocas empresas, la población recicladora logró que en el año 2003 se emitiera el Decreto 1505 en el cual se establece que los municipios y distritos asegurarán "en la medida de lo posible" la participación de los recicladores en las actividades de aprovechamiento de los residuos. Sin embargo, ese mismo año el Consejo de Estado expidió la Sentencia SP E00032, que establece que "… cuando un municipio contrata una empresa para la prestación del servicio público de basura (…) se está trasladando a esa empresa

la propiedad de los desechos aprovechables y no aprovechables" (Parra, 2010a, p.337). Esta situación surgió a partir del decreto 1713 de 2002, que en uno de sus artículos definió a los residuos como un bien público, lo cual generó otra tensión entre los recicladores y la política definida por empresas y Estado respecto a la propiedad, pues este artículo permitía entender que los recicladores no podían acceder legalmente al material reciclable pues estarían usufructuando con fines individuales un bien público. Esto fue demandado posteriormente por la ARB y resultó en la modificación de la definición de los residuos, ya no como propiedad del pública, sino como responsabilidad del Estado (Parra, 2010).

Los derechos de los recicladores se siguieron construyendo en la marginalidad de la normatividad, por tanto, en constante tensión con el Estado. Por ejemplo, por la imposibilidad de prestar su servicio de manera formal debido a una restricción establecida en la ley 142 de 1994 que limitaba la actuación de comunidades organizadas a pequeños municipios o zonas urbanas específica y que, por tanto, imposibilitaba el acceso a las zonas donde se produce la mayor cantidad de material reciclable.

El resultado de esta lucha fue un logro muy importante en el reconocimiento de sus derechos en el ámbito judicial a un nivel constitucional. La Sentencia C-741 de 2003 de la Corte Constitucional permitió que las organizaciones de recicladores prestaran su servicio en todos los municipios y distritos, a partir del entendimiento de "las organizaciones y cooperativas de recicladores, como entidades sin ánimo de lucro que son y vehículos de inclusión que representan, deben entenderse facultadas por el legislador para ser también personas prestadoras de servicios públicos" (como se citó en Parra, 2010a, p. 338). Es decir que esta providencia establece que el Estado debe permitir de manera formal el trabajo de los recicladores, no solo considerando una igualdad ante la ley, o sea el derecho a trabajar como cualquier otra persona u organización, sino en la búsqueda de una igualdad material, pues considera que su trabajo es una herramienta para superar la marginalidad a la que se les ha sometido históricamente.

Sucesivamente los recicladores, en defensa de sus derechos, siguieron enfrentando obstáculos de la ley que prohibió el uso de vehículos de tracción animal, utilizados principalmente por esta población, posteriormente la prohibición al reciclaje en el espacio público y la aplicación del comparendo ambiental. Toda esta normatividad fue demandada en constitucionalidad y sentenciada a favor de la población de recicladores.

Posterior al reconocimiento de sus derechos de manera formal en la normatividad, empezó una lucha, todavía vigente, por la materialización de sus derechos, esta vez no ante la justicia sino ante el ejecutivo, en la que han tenido que acudir al sistema judicial para reiterar y tratar de impedir las acciones ilegales e inconstitu-

cionales de la administración al respecto, pues como relata Parra (2010), han sido muchos los obstáculos y las falsa acciones afirmativas que solo buscan cumplir los derechos en el papel y negarlos en la vida de las personas:

> *Tal es la distancia entre el reconocimiento normativo y la inclusión real que (…) [para] la licitación (…) en la cual estaba incluida la ruta de recolección selectiva de material reciclable, el pliego costaba entonces (2003) alrededor de 25 millones de pesos, y (…) [era necesario] demostrar un respaldo financiero de alrededor de 11.000 millones de pesos (p. 143).*

Esta es una característica que comparte el movimiento de recicladores con diversos movimientos ambientalistas, pues el sistema hegemónico está construido sobre un derecho y un Estado en servicio de la acumulación, la apropiación ilimitada de los elementos del ambiente, el deterioro de los ecosistemas y la reducción de la posibilidades de vida de los más humildes. Como establece Mesa (2010):

> *Las reglamentaciones (…) no se compadecen con el deterioro del ambiente (…), situación que reitera la paradoja de ser un país con múltiples y destacadas normas ambientales para la protección y conservación del ambiente y los derechos de las personas y, de otra parte, evidentes procesos de deterioro ambiental y desconocimiento de derechos, especialmente de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, raizales, campesinas y urbanas marginadas* (Mesa, 2010).

En este trasegar los recicladores han construido y defendido variados derechos: a la igualdad, al trabajo, a la confianza legítima, al mínimo vital, el interés general y la dignidad humana, al ambiente sano y al desarrollo sostenible, la propiedad y el espacio público, al debido proceso, principio de legalidad, a la circulación, a la libertad de oficio, entre otros (Mesa *et al*, 2010). Han defendido la posibilidad de conservar la vida para nuestra especie en este planeta desde su labor diaria. A la vez que se han organizado y manifestado, han mostrado que es posible generar relaciones de trabajo más equitativas, capaces de generar un impacto positivo de gran magnitud en la sociedad y en los ecosistemas a partir del trabajo de las personas más humildes y con menos recursos de la sociedad, sin necesidad de usufructuar el trabajo de los demás. Han planteado y ejecutado una nueva alternativa de organización social en su agremiación y en sus exigencias al Estado y la sociedad, de transformación de la materia (tecnología) en el reciclaje y de entender la vida (símbolos) al enunciar y validar su labor como una fuerza capaz de generar nuevas dinámicas que se constituyan en una alternativa para superar la crisis ambiental que vive nuestra civilización.

Así, los recicladores se han constituido como un nuevo actor político que plantea una alternativa ambiental en un mundo donde el desarrollo capitalista global no genera soluciones sino grandes problemas sociales y económicos. Es así que las

alternativas a este modelo de desarrollo surgen en un nivel territorial, mostrando resistencias desde culturas ancestrales y movimientos populares, como parte de una diversidad de propuestas que deben ser evaluadas y aplicadas en la búsqueda del buen vivir, que pueden derivar en nuevas formas de gobierno en los territorios, alternas a las formas de los Estados (Avellaneda, 2013).

Derechos ambientales para la construcción de una política ambiental para la gestión de residuos sólidos de Bogotá

Los derechos ambientales en perspectiva de integralidad como los aborda Mesa (2013) superan la visión liberal del derecho y de la política concentrada en el Estado y en la nación, son derechos que se construyen desde las vivencias y resistencias de las comunidades en los territorios. "Somos muy amigos de traer el derecho comparado externo sin tener en cuenta los contextos ecosistémicos y culturales concretos de nuestra realidad ambiental y cultural" (Mesa, 2010).

Al mismo tiempo esta visión aborda un panorama global donde las relaciones de los seres humanos y los ecosistemas deben reconfigurarse más allá de las naciones, pues "la problemática ambiental en el mundo de hoy es por definición un asunto global" (Mesa, 2010). Es un asunto que claramente está definido por el comercio transnacional que extrae materiales destruyendo ecosistemas y culturas, produce mercancías contaminado agua, suelo, aire y explotando trabajadores, se moviliza y comercializa productos por todo el mundo y ha generado la modificación del clima con efectos a nivel global.

Esta perspectiva plantea además la necesidad de superar el formalismo del derecho escrito y se centra en la materialización de los derechos:

> *No basta tener buenas normas, insistir retóricamente en derechos y en políticas ambientales participativas cuando de entrada se excluye al otro y a la otra que es distinto y distinta o que se atreve a confrontar y a persistir que algo anda mal cuando va mal* (Mesa, 2010).

En sintonía con esta perspectiva, los recicladores han construido y defendido sus derechos desde su experiencia y su forma de vida, han defendido el reciclaje como su única alternativa de trabajo digno y sustento de vida y entienden y defiende su labor en un contexto global, articulado con organizaciones de recicladores en Latinoamérica y el mundo, principalmente en países del sur y han entendido que

la problemática que genera su situación de marginalidad y el absurdo manejo de residuos, está enraizada en el modelo de desarrollo del capitalismo global basado en la explotación del trabajo, la destrucción de los ecosistemas, la apropiación, el consumo y el desecho ilimitado de materiales, ante lo cual nos han planteado una alternativa de modelos organizativos, de trabajo solidario, de cuidado de los ecosistemas a través de un consumo consciente, responsable y limitado que redunde en un adecuado manejo de los residuos para su máximo aprovechamiento.

Los recicladores han dado un paso, más allá del reconocimiento formal de sus derechos a través de batallas jurídicas de las cuales han salido victoriosos, hacia la materialización de los mismos, entendiendo que el escenario adecuado para esto es la política pública. Han ejercido diálogo, presión y movilización para visibilizar su lucha y modificar la política pública ante la sociedad y ante las instituciones responsables.

Los derechos que defienden los recicladores son de especial relevancia para el ambiente, reconocidos de distintas formas a nivel global: en un escenario sur-sur por las organizaciones de recicladores en Latinoamérica, África, y Ásia, como un modelo de trabajo y de organización solidario en el que se proponen y materializan soluciones a las problemáticas ambientales desde los sectores populares y marginados de la sociedad; y en un escenario global en la importancia de la política pública de basura cero, como alternativa al problema de deterioro del ambiente por la extracción y la disposición de residuos.

Desde esta perspectiva, una política pública ambiental para la gestión de residuos sólidos debe ser participativa, incluyendo tanto a las organizaciones de recicladores, a las empresas de aseo, a la ciudadanía en general en su rol de consumidores y usuarios del servicio público de aseo y a la industria productora y comercializadora, con el ánimo de construir una gestión de residuos que desde la producción sea capaz de minimizar los impactos a través de un diseño de productos más limpios, una comercialización y un consumo racional que desacelere el metabolismo social, poniendo en el centro el conocimiento de la ciudadanía para el adecuado manejo de los materiales consumidos y desechados, y dando prioridad dentro de este proceso a la inclusión social de quienes han ejercido históricamente esta labor de reciclaje y han sido capaces de plantear a través de su vida alternativas reales a la crisis ambiental a la que nos enfrentamos.

La implementación de una política pública ambiental para la gestión de residuos sólidos no es posible sin la concurrencia de los elementos educativos y económicos (además de los sociales y políticos que permitan la inclusión planteada anteriormente) que sean capaces de modificar la cultura de consumo y desecho ilimitado y por tanto con profundas modificaciones en la política comercial internacional. Es necesario, para superar la cultura del consumo y el desecho, cambiar la política extractivista que provee de manera 'ilimitada' materia prima a la industria

productora, modificar la producción de elementos desechables excesivos y de mala calidad, poner límites al comercio internacional de profunda huella ambiental en la explotación de mano de obra y consumo de combustible (es insólito que el precio haga posible llenar un territorio de basura traída desde el otro lado del mundo). En este sentido, es necesaria la mejora en las condiciones laborales y la consolidación de las economías regionales empoderando a las comunidades en las definiciones del desarrollo necesario en sus territorios. Para todo esto es fundamental un proceso educativo pertinente, de calidad y accesible.

Son innumerables los procesos que, en una perspectiva compleja e integral, son necesarios para avanzar en una correcta gestión de residuos sólidos que permitan avanzar en la construcción de una ética del cuidado con el ambiente, es decir en el desarrollo de una política pública ambiental que permita el surgimiento de nuevas relaciones tendientes a la supervivencia de nuestra especie.

Referencias

Avellaneda, A. (2013). Gestión ambiental y planificación del desarrollo. El sujeto ambiental como actor político. Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.

Corte Constitucional. (2003b). Sentencia T-724/03. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/

Corte Constitucional. (2011). Auto 275/11. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/

Corte Constitucional. (2012). Auto 084/12. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/

Corte Constitucional. (2014). Auto 366/14. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/

Corte Constitucional. (2015). Auto 587/15. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/

CRA. (2005). RESOLUCION CRA 351 DE 2005. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=18773

Martínez-Alier, J., Kallis, G., Veuthey, S., Walter, M. y Temper, L. (2010). Social Metabolism, Ecological Distribution Conflicts, and Valuation Languages. Ecological Economics, 70, 153-158.

Mesa, G. (2010). ¡Quince años no es nada! Historia actual de la política y la legislación ambiental en Colombia. En Toro, C. y Marquardt, B. (Eds.) Quince años de la política ambiental en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Mesa, G. (2013) Estado ambiental de derecho. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Mesa, G., Parra, F., Ortiz, B. E., Silva, Y. A., Lozano, C. H., Novoa, E.,…Martínez, V. A. (2010). Debates constitucionales en perspectiva ambiental: aportes a fallos recientes de la Corte Constitucional. En G. Mesa, (Ed.) Debates ambientales contemporáneos. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Palacio, G. (2001) Naturaleza en Disputa. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Parra, F. (2010). Propuesta de análisis de la política pública afín al manejo integral de residuos sólidos y su impacto en la población recicladora en Bogotá. En Toro, C. y Marquardt, B. (Eds.) Quince años de la política ambiental en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Parra, F. (2010a). ¿Es posible un modelo incluyente de gestión pública de los residuos? Los derechos de la población recicladora vs. la rentabilidad de las empresas prestadoras de servicios de aseo. En G. Mesa, (Ed.) Debates ambientales contemporáneos. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Parra, F. (2015). Reciclaje: ¡Sí, pero con recicladores! Gestión pública del aprovechamiento con inclusión de recicladores: Un nuevo paradigma en el manejo de los residuos en Bogotá, Colombia. Nota técnica de WIEGO (Políticas urbanas), 9.

Ramírez, M. E. (2000). Aporías de la cultura contemporánea. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.

Saraiva, M., Bastos, M. y de Souza-Pinto, H. (2012). O papel das cooperativas de reciclagem nos canais reversos pós-consumo. Revista de Administração de Empresas, 52(2), 246-262.

La arquitectura jurídica de las fumigaciones aéreas: Coca, contrainsurgencia y la aplicación del Principio de Precaución en la Corte

Hannah Meszaros Martin[1]
Héctor Herrera Santoyo[2]

1. Candidata a PhD en el Centro de Investigación de Arquitectura, Goldsmiths, Universidad de Londres.
2. Abogado de la Universidad de los Andes y Magíster en Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Colombia.

Resumen

Las políticas internacionales y nacionales de control de las drogas, la legislación ambiental y las tácticas de contrainsurgencia, constituyen la arquitectura jurídica de las fumigaciones aéreas con glifosato contra cultivos de coca, amapola y marihuana. En este contexto, este documento describe los cuatro pronunciamientos fundamentales de la Corte Constitucional sobre fumigaciones aéreas con glifosato (Auto 073 de 2014 y sentencias SU-383 de 2003, T-80 y T-236 de 2017). Esta jurisprudencia ha tenido profundos impactos en la política anti-drogas imbricada a la política contrainsurgente y en la aplicación del Principio de Precaución ante riesgos ambientales graves.

1. Introducción

En los párrafos que siguen sintetizamos la evolución jurídica y de las políticas internacionales y nacionales de control de las drogas, la legislación ambiental y las tácticas de contrainsurgencia, todas las cuales constituyen la arquitectura jurídica de la fumigación aérea con glifosato. Al hacerlo nuestro objetivo es hacer una línea cronológica de la erradicación legalizada que llevó a los cuatro pronunciamientos fundamentales de la Corte Constitucional sobre la fumigación aérea con glifosato (Auto 073 de 2014 y sentencias SU-383 de 2003, T-80 y T-236 de 2017). Esta jurisprudencia ha tenido profundos impactos en la política de control de drogas y en la aplicación del Principio de Precaución ante riesgos ambientales graves.

1.1 Criminalización de la coca

El enfoque principal de la erradicación de las drogas a través de la fumigación aérea ha sido en la planta de coca, condenada internacionalmente por su alcaloide derivado –cocaína–. La planta de la coca ha sido ilegalizada y ha sido objeto de exterminio legalizado muchas veces a lo largo de su historia compartida con los humanos, desde el Imperio Inca hasta la Conquista española, pasando por el actual Derecho Internacional.[3] En muchos aspectos, las políticas internacionales de drogas representan la continuidad entre las jerarquías coloniales que ayudaron a formular la concepción moderna y universal del Derecho Internacional.[4] En 1961 la Convención Única de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) prohibió el cultivo de la coca.[5] La decisión de la convención de la ONU facultó a los

3. Steven B. Karch, *A History of Cocaine: The Mystery of Coca Java and the Kew Plant,* (London: Royal Society of Medicine Press, 2003).
4. Kojo Koram. '"Order is the Best we can hope for" *Sicario* and the Sacrificial Violence of the Law'. Discourse, 39.2, Spring 2017.
5. Esta Convención incluye tres listas donde se enumeran más de 100 sustancias que deben ser objeto de control o regulación por parte de los Estados que firmaron y ratificaron la mencionada Convención, desde el Acetil-Alfa-Metilfentanilo hasta la Trimeperidina, pasando por las hojas de coca, la cocaína, el concentrado de paja de adormidera, el opio, la morfina, la heroína, el cannabis, o la metadona.

estados del poder de erradicar la planta no solo desde su cosecha como parte de la cadena de producción ilegal, sino de destruirla en su estado silvestre. Al hacer esto, la Convención intervino no sólo en las prácticas humanas, espirituales y culturales; sino del ecosistema del cual hacen parte las plantas. Por lo tanto, a través de estos esfuerzos de erradicación se produce una forma de co-criminalización, ya que la relación ecosistema-cultura es inseparable e indisoluble.

Con la Ley 13 de 1974 Colombia aprobó la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y su Protocolo de 1972. A su vez, la Ley 43 de 1980 aprobó la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 que creó cuatro listas con más de 100 sicotrópicos sujetos a control, que van desde la Anfetamina, el DMT (sustancia alucinógena del Yagé), la mezcalina, el LSD, la Brolanfetamina o el Zipeprol, entre otras. La Ley 67 de 1993 aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988. Esta Convención promueve la cooperación entre países para controlar con mayor eficacia los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.[6] Estos instrumentos jurídicos internacionales aprobados por Colombia son las bases de la arquitectura jurídica de la guerra contra las drogas imbricada con la guerra contrainsurgente, durante y después de la Guerra Fría.

1.2 Guerra Fría y contrainsurgencia

La historia de la fumigación aérea en el contexto de las políticas de control de drogas no puede sustraerse de sus legados de las campañas contrainsurgentes de la Guerra Fría, especialmente al considerar su rol en el conflicto armado colombiano. Después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos y el Reino Unido ampliaron la investigación científica sobre defoliantes y herbicidas, anticipándose a su uso en futuros conflictos armados. Los militares británicos se convirtieron en los primeros en usar herbicidas, en el contexto de la Guerra Fría, contra un levantamiento de comunistas y sus presuntos partidarios campesinos en la "Emergencia Malaya" en la Malasia británica entre 1948 y 1960. Posteriormente, Estados Unidos usó la fumigación aérea con herbicidas como método contrainsurgente en la intervención militar en Vietnam durante los años 60, donde usaron los así llamados "herbicidas arcoíris", que contienen grandes cantidades de dioxina, que es una sustancia carcinógena. Esta

6. En la Sentencia C-176 de 1994 la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de la Convención de Viena de 1988 y declaró: *"No pueden situarse en el mismo plano los usos legítimos de la planta de coca, y el uso de la misma como materia prima para la producción de cocaína. (...) El consumo ancestral de coca en nuestras comunidades indígenas no tiene efectos negativos"*.

estrategia produjo graves impactos ambientales y de salud pública en Vietnam y de salud en los militares y contratistas de Estados Unidos expuestos a estas sustancias.

El uso de la fumigación aérea en el contexto de cultivos considerados de uso ilícito se concibió por primera vez en Estados Unidos, poco después de que el Presidente Richard Nixon declaró su "Guerra contra las Drogas" en 1971. En Estados Unidos y México se hicieron experimentos desastrosos sobre cultivos de marihuana con el herbicida Paraquat, altamente tóxico, lo cual generó escándalos públicos y presiones para encontrar otros herbicidas que se pudieran usar en las campañas de erradicación (Kathy Smith Boe, 1985).

Es importante situar en contexto la naturaleza de la lucha antinarcóticos guiada fundamentalmente por la estrategia contrainsurgente de los Estados Unidos en el marco de la Guerra Fría. En tal estrategia no se buscaba eliminar los narcóticos, sino más bien un «enemigo» encarnado en movimientos de izquierda influidos por el marxismo-leninismo en el sur global. Dentro de este paradigma imbricado de contrainsurgencia y guerra contra las drogas, las fumigaciones con herbicidas ocurrieron en América Latina desde la década de los setenta. Guatemala fue uno de los primeros países en experimentar la fumigación aérea financiada por los Estados Unidos contra las fuerzas de la guerrilla izquierdista, bajo el rótulo de erradicación de drogas, durante el genocidio en la región maya de Ixil. En Colombia, la primera evidencia de fumigación en cultivos de marihuana con el herbicida Paraquat fue documentada en la Sierra Nevada de Santa Marta en 1974.[7]

1.3 Evolución de la política de drogas en Colombia

Un año después de que Estados Unidos declarara la guerra contra todas las drogas, Colombia creó el Consejo Nacional de Estupefacientes que tiene como función formular las políticas de lucha contra la producción, comercio y uso de drogas que producen dependencia (Decreto 1206 de 1973).[8] A su vez, el Decreto 1188 de 1974 fue el primer Estatuto Nacional de Estupefacientes y castigó con cárcel y multa el

7. Vea el archivo compilado por Mama Coca, una organización de derechos humanos fundada en 2003. La organización ha recopilado muchas pruebas sobre la fumigación y la destrucción de herbicidas tanto en Colombia como en otros países de América Latina. María Mercedes Moreno, 'Documentación cronológica de las fumigaciones en Colombia' (Bogotá, 2016).
8. El Consejo Nacional de Estupefacientes está integrado por el Ministro de Justicia, el Ministro de Salud, el Ministro de Educación, el Ministro de Agricultura, el Procurador General de la Nación, el Director General de la Policía, el Director General de Aduanas y el jefe del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil (Ley 30 de 1986, artículo 90).

cultivo o conservación de marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra sustancia que produzca dependencia. Posteriormente, la Ley 30 de 1986 se adoptó como el Estatuto Nacional de Estupefacientes y fue regulada por el Decreto 3788 de 1986. Esta Ley castigó con los mismas penalizaciones del decreto antes mencionado.

La lógica de contrainsurgencia imbricada a la estrategia antinarcóticos encontró su espacio en la política colombiana. En 1984 el Presidente de Colombia, Belisario Betancur, declaró turbado el orden público y el estado de sitio *"(...) por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico"* (Decreto 1038 de 1984). Igualmente, el Estatuto Nacional de Estupefacientes constituyó el Consejo Nacional de Estupefacientes como parte del Ministerio de Justicia, y actualizó sus funciones y su composición (Ley 30 de 1986). Dentro del marco del estado de sitio, el Decreto 494 de 1990 señaló la importancia de fortalecer el Consejo Nacional de Estupefacientes como medida necesaria para restablecer el orden público afectado por las acciones de grupos armados relacionados con el narcotráfico. El Decreto 494 también creó la Dirección Nacional de Estupefacientes como Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Justicia a cargo de ejecutar las políticas públicas del Consejo Nacional de Estupefacientes. En 1991 se levantó el estado de sitio poco después de la expedición de la nueva Constitución Política (Decreto 1686 de 1991). Finalmente, el Presidente Juan Manuel Santos suprimió la Dirección Nacional de Estupefacientes en 2011 con el Decreto 3183.

Las fumigaciones aéreas con el herbicida glifosato, como parte de la guerra contra las drogas y de la criminalización de la planta de coca, fueron incorporadas formalmente en el ordenamiento jurídico colombiano en 1994. Esto es, el gobierno creó en 1994 el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante aspersión aérea con el herbicida Glifosato (PECIG). Esta estrategia está a cargo de la sección Antinarcóticos de la Policía Nacional colombiana y tiene tres fases: detección de cultivos considerados de uso ilícito, fumigación y verificación de erradicación.[10] El PECIG fue implementado por la Dirección Nacional de Estupefacientes hasta su liquidación en 2011, desde entonces el Ministerio del Interior y la Policía Nacional se han hecho cargo.

9. El artículo 51 de la Ley 30 de 1986 estipuló como contravención el porte de la dosis personal de drogas y fue declarado inexequible por la Sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional. Con base en el derecho a la salud y el derecho al libre desarrollo de la personalidad esta Sentencia despenalizó el **consumo de la dosis personal** de drogas si no excede 20 gramos de marihuana, 5 gramos de marihuana-hachís o un gramo de cocaína o sus derivados.
10. El Consejo Nacional de Estupefacientes reguló el PECIG con la Resolución Número 001 de 1994. El Consejo Nacional de Estupefacientes actualizó los procedimientos para el PECIG con las Resoluciones número 13 de 2003 y 8 de 2012.

El Ministerio del Medio Ambiente impuso el Plan de Manejo Ambiental del PECIG con la Resolución 1065 de 2001 ante los potenciales riesgos ambientales, toxicológicos y de salud; para las fuentes de agua, ecosistemas, comunidades y personal encargado de asperjar el glifosato. Este Plan de Manejo Ambiental fue modificado por las Resoluciones 99 y 1054 de 2003. Posteriormente, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales autorizó con la Resolución 0672 de 2013 que el Plan de Manejo Ambiental del PECIG fuera cedido de la Dirección Nacional de Estupefacientes al Ministerio de Justicia y del Derecho.

Las regulaciones presentadas constituyen la arquitectura jurídica en Colombia de la guerra antinarcóticos imbricada a la lucha contrainsurgente. El Principio de Precaución no aparece hasta este punto como elemento de esta arquitectura, a pesar de los graves riesgos que tiene la fumigación aérea con glifosato sobre ecosistemas y comunidades, es decir, sobre el ambiente y la salud pública.

1.4 Plan Colombia

Una vez la Guerra Fría terminó, con el colapso de la Unión Soviética, la lógica contrainsurgente continuó, pero en vez de atacar grupos declarados comunistas, se pasó a atacar grupos declarados terroristas o narcoterroristas. En esa lógica, el 8 de octubre de 1997 el gobierno de Estados Unidos declaró a las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) organización terrorista (Departamento de Estado, 1997). En el año 2000 la práctica de la fumigación aérea se intensificó con la implementación del "Plan Colombia", un paquete militar y de ayuda multimillonario financiado por los Estados Unidos. En el marco de este plan se realizaron fumigaciones aéreas con varias formulaciones de "Roundup", líquido a base de glifosato fabricado por Monsanto. La estrategia de fumigaciones aéreas fue parte central de la estrategia antinarcóticos y contraterrorista en contra de las FARC. Uno de los programas cruciales del Plan Colombia fue el "Empuje hacia el sur de Colombia" ("Push into Southern Colombia" en inglés), región considerada por "fuera del control" territorial del Estado colombiano. Las fumigaciones fueron una de las principales estrategias para recuperar el "control territorial" y fortalecer la presencia del Estado. Posteriormente, uno de los seis puntos del Acuerdo Final de paz de 2016 entre el Estado y las FARC fue el de la "Solución al Problema de las Drogas Ilícitas" (p. 98).

Los herbicidas defoliantes 2,4-D (2,4-Dichlorophenoxyacetic) y 2,4,5-T (2,4,5-Trichlorophenoxacetic) ácido, son los componentes del agente naranja usado en Vietnam, y ambas son sustancias químicas imitadoras de hormonas vegetales. Al aplicarlas a las plantas, la sustancia química manipula e interrumpe las hormonas de crecimiento naturales hasta su muerte. Por su parte, el glifosato

se sintetizó por primera vez en 1970 y es un herbicida de amplio espectro, es decir afecta indiscriminadamente a toda la vida vegetal, un hecho que es particularmente relevante al considerar los efectos potencialmente devastadores que la fumigación herbicida ha tenido sobre los ecosistemas colombianos. El glifosato fue patentado por la compañía Monsanto bajo el nombre comercial 'Roundup' en 1974. Varias versiones de Roundup se han utilizado en las campañas de fumigación aérea en Colombia junto con surfactantes, POEA y Cosmoflux 411F, que aumentan la toxicidad de los herbicidas al permitirle penetrar en la superficie de la hoja con mayor facilidad.

El glifosato actúa de manera diferente a los defoliantes, inhibiendo la producción de aminoácidos esenciales necesarios para el crecimiento de las plantas. El veneno es absorbido primero en las hojas, entra al sistema vascular vegetal (tallo) para luego ir hacia las raíces. Como esta es la misma ruta de la fotosíntesis, la muerte es el resultado de deshidratación y luego desecación. La muerte se debe a deshidratación y desecación. Es importante señalar también en este punto que el glifosato tiene efectos discutibles en la planta de coca; varios informes[11] sugieren que la hoja cerosa es muy resistente al herbicida, mientras que otros cultivos, como los de pan coger, tienden a morir de inmediato.

1.5 La violencia herbicida y el problema de la escala

El Consejo Nacional de Estupefacientes ordenó en octubre de 2015 que las fumigaciones aéreas en contra de cultivos considerados ilícitos fueran suspendidas, como explicamos más abajo. Sin embargo, hasta la fecha, el número total de aspersiones, los ingredientes exactos de la fórmula, el volumen de herbicida aplicado y la extensión geográfica de las fumigaciones todavía están en la incertidumbre. El Departamento de Estado de los Estados Unidos y el gobierno colombiano son las dos entidades que poseen esta información. Lo que sí está claro es que la escala del Plan Colombia fue inmensa y de amplio alcance; incluso cruzó fronteras de ecosistemas y de países.

En 2008, Ecuador presentó una demanda contra Colombia en la Corte Internacional de Justicia (CIJ) por daños transfronterizos debido a la deriva de herbicidas en la frontera y la violación de ésta, porque los aviones a menudo cruzaban la frontera hacia el territorio ecuatoriano y aún allí fumigaban con el herbicida. Este caso nos da una idea de las dimensiones desconocidas de las campañas de

11. Profile of International Displacement: Colombia. 2004. Norwegian Refugee Council/ Global IDP Project.

fumigación. De acuerdo con datos obtenidos del Departamento de Estado de Estados Unidos por parte del gobierno de Ecuador a través de una solicitud amparada por la ley de libertad de información o FOIA (The Freedom of Information Act en inglés) se documentaron más de 247,977 eventos de aspersión dentro de los 32 km de la frontera ecuatoriana entre 2000 y 2008. Los datos tanto de los eventos de aspersión como de las fórmulas químicas en el herbicida que se proporcionaron a Ecuador fueron incompletos, por lo que es imposible calcular el daño total causado a las poblaciones ecuatorianas, tanto humanas como no humanas. Este caso es significativo de muchas maneras, pero al considerar la aplicación del Principio de Precaución en particular, tiene inmensas implicaciones jurídicas para una campaña de erradicación sin una escala ambiental conocida.

En 2013 Colombia y Ecuador conciliaron un acuerdo en la CIJ donde Colombia se comprometió a pagar a Ecuador 15 millones de dólares, a no fumigar en una zona de 10 kilómetros al borde de la frontera y a no depositar herbicidas en territorio ecuatoriano (Acuerdo entre la República del Ecuador y la República de Colombia, 2013).

En la siguiente sección revisamos cómo la Corte Constitucional abordó las fumigaciones aéreas con glifosato. Como ya explicamos, es importante reconocer al estudiar estas decisiones del Tribunal Constitucional que las políticas antinarcóticas están interconectadas con el conflicto armado. Es decir, la erradicación aérea y manual de cultivos considerados de uso ilícito es parte de las estrategias contra grupos armados, primero declarados insurgentes y luego terroristas.

2. Aplicación del Principio de Precaución para suspender las fumigaciones aéreas de glifosato contra cultivos considerados de uso ilícito

En esta parte empezamos con la presentación del Principio de Precaución y seguimos con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre aspersiones aéreas de glifosato. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente de 1992 consagró el Principio de Precaución así:

> *PRINCIPIO 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando*

> *haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.*

El Principio de Precaución hace parte de otros instrumentos de derecho internacional firmados y ratificados por Colombia. Por ejemplo, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985 (Ley 30 de 1990), el Protocolo de Montreal de 1987 relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (Ley 29 de 1992), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 (Ley 164 de 1994), el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 (Ley 165 de 1994), el Protocolo sobre seguridad de la Biotecnología de 2000 (Ley 740 de 2002), o el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes de 2001 (Ley 1196 de 2008). En el nivel nacional, Colombia incorporó en el artículo primero de la Ley Nacional Ambiental (Ley 99 de 1993) el Principio de Precaución como Principio General que orienta la política pública ambiental. Igualmente, el Principio de Precaución es uno de los principios orientadores de la política nacional de riesgo de desastres (Ley 1523 de 2012).

Por su parte, la Corte Constitucional ha aplicado el Principio de Precaución en su jurisprudencia, por ejemplo en las Sentencias C-293 de 2002, C-988 de 2004, T-299 de 2008, C-703 de 2010, T-360 de 2010 o C-595 de 2010. La sentencia T-299 de 2008 sobre un caso de contaminación electromagnética enlistó los elementos para la aplicación del Principio de Precaución, a saber: *"(i) ante la amenaza de un peligro grave al medio ambiente o la salud, del cual (ii) no existe certeza científica, pero (iii) sí existe algún principio de certeza, (iv) las autoridades deben adoptar medidas de protección, o no pueden diferir las mismas hasta que se acredita una prueba absoluta"*.

En síntesis, el Principio de Precaución fue consagrado en instrumentos de derecho ambiental internacional y nacional aprobados por Colombia y su aplicación fue desarrollada por la jurisprudencia Constitucional. Dicho esto, enseguida presentamos las Sentencias de la Corte Constitucional sobre fumigaciones aéreas con glifosato a la luz del Principio de Precaución.[12]

12. Para un análisis de doctrina jurídica sobre el Principio de Precaución recomendamos consultar el libro *Principio de Precaución, Desafíos y Escenarios de Debate* (Vargas-Chaves y Rodríguez compiladores; 2017) y el capítulo Principio de Precaución y la Amazonía (Orduz y Uprimny; 2013). Para un análisis sobre la aplicación del principio de prevención a la fumigación aérea de glifosato contra cultivos considerados de uso ilícito recomendamos consultar el capítulo *De la proactividad a la prevención ambiental: análisis del impacto del uso del glifosato en la erradicación de cultivos de uso ilícito* (Vargas-Chaves, 2016).

2.1 Sentencia SU-383 de 2003 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis

En 2003, durante los años de inicio del Plan Colombia, la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) instauró acción de tutela contra la Presidencia de la República; el Ministerio del Interior y de la Justicia; el Ministerio de Ambiente; el Consejo Nacional de Estupefacientes y cada uno de sus miembros; la Dirección Nacional de Estupefacientes y el Director de la Policía Nacional. Esta acción exigió la garantía de los derechos fundamentales a la vida, existencia comunitaria, medio ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan; ante las fumigaciones aéreas con glifosato mezclado con coadyuvantes (POEA y Cosmo Flux 411F) en contra de cultivos considerados de uso ilícito en territorios de pueblos indígenas en los departamentos de la región amazónica de Colombia: Putumayo, Guaviare, Guainía, Amazonas y Caquetá. Los accionantes argumentaron que las entidades mencionadas hicieron o permitieron la aspersión aérea de herbicidas en la región de la Amazonía colombiana con un daño ambiental grave y sin respetar el derecho a la consulta previa previsto en la Convención 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo).

Esta acción de tutela fue negada en primera instancia por el Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá bajo tres argumentos. Primero, que existe un procedimiento más idóneo para la protección del derecho colectivo a un ambiente sano, que es la acción popular prevista en el artículo 86 de la Constitución Política. Segundo, el Juez de primera instancia argumentó que *"(..) las fumigaciones realizadas por aspersión a base del herbicida glifosato no causan daños graves, permanentes e irreversibles en la salud humana, o por lo menos, no existe evidencia de ello (..)"*(Sentencia SU-383 de 2003). Tercero, que la consulta previa prevista en el Convenio 169 de la OIT *"(..) se refiere única y exclusivamente cuando han de efectuarse en los territorios por ellas habitados primeramente* ***actividades lícitas*** *y, segundo, cuando se refiere a* ***explotación de recursos naturales".*** (Sentencia SU-383 de 2003). En segunda instancia, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia.

Finalmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional en su decisión revocó parcialmente los fallos de primera y segunda instancia y en su lugar resolvió *"(...) tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la amazonía colombiana*" (Sentencia SU-383 de 2003). También, confirmó los fallos de primera y segunda instancia *"(...) en el sentido de negar la protección de los intereses colectivos a la vida, a la salud, y a un ambiente sano*" (Sentencia SU-383 de

2003). Igualmente, la Corte ordenó a las entidades accionadas garantizar la consulta previa ante las fumigaciones aéreas con glifosato en contra de cultivos considerados ilícitos en los territorios de los pueblos indígenas de la región amazónica.

A pesar de la evidencia científica presentada por los accionantes sobre los graves riesgos al ambiente y a la salud de las fumigaciones aéreas con glifosato, la Sentencia SU-383 de 2003 no aplicó el Principio de Precaución para proteger los derechos a un ambiente sano y a la vida. Esto por considerar que el procedimiento más idóneo para amparar el derecho colectivo a un ambiente sano es la acción popular. En todo caso, esta Sentencia dejó claro que el derecho a la consulta previa de los grupos étnicos debe garantizarse ante fumigaciones aéreas con glifosato en sus territorios.[13]

No obstante, los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández, en Salvamento de Voto, precisaron que es deber de las autoridades colombianas hacer efectivo el Principio de Precaución consagrado en la legislación colombiana. En sus propias palabras:

> *Sorprende entonces que ante la claridad de las disposiciones constitucionales mencionadas, y haciendo caso omiso de la legislación vigente y de convenios internacionales suscritos por Colombia, en esta acción de tutela no se haya impartido la orden de suspensión inmediata de la fumigación aérea de los denominados cultivos ilícitos en la Amazonía Colombiana, pese a la existencia de abundantes pruebas que en la propia sentencia se mencionan y analizan según las cuales no se encuentra demostrado que el glifosato no causa daño a los seres humanos, ni a la vida animal, ni a la vida vegetal, ni a los recursos hídricos, sino que por el contrario lo que aparece es que existen daños a la salud de la niñez y de la población adulta con manifestaciones tales como enfermedades de la piel, afectación de las vías respiratorias, alteración de la función digestiva, pérdidas de cosechas de cultivos de pan coger, muerte de animales domésticos, alteración de las aguas para el consumo humano y de los animales.*
>
> *Siendo ello así, sólo una decisión era posible: la orden de suspender la aspersión aérea con glifosato, mientras no se adujera una prueba que demostrara de manera absoluta que esa sustancia no tenga las consecuencias anotadas sobre la salud de los seres humanos, sobre la vida vegetal y animal, sobre los recursos hídricos y, en general, sobre el medio ambiente cuya sanidad es un imperativo constitucional garantizar por parte de las autoridades colombianas (...)* (Sentencia SU-383 de 2003) (Subrayado fuera de texto).

13. Para un análisis sobre el derecho a la consulta previa de grupos étnicos ante las fumigaciones aéreas con glifosato sugerimos consultar el libro *De la Consulta Previa al Consentimiento Previo, Libre e Informado a pueblos indígenas de Colombia,* de la profesora Gloria Amparo Rodríguez (2014).

Por su parte, los Magistrados Álvaro Tafur Galvis y Jaime Araújo Rentería en sus respectivos Salvamentos de Voto también señalan que debía ordenarse la suspensión de las fumigaciones aéreas con glifosato para proteger los derechos a la vida y a la integridad en conexidad con los derechos al ambiente sano y a la salud. El Magistrado Tafur Galvis en cuanto a la aplicación del Principio de Precaución en el caso aclaró: *"Las pruebas científicas obrantes en el expediente demostraban que la fumigación con glifosato afectaban derechos fundamentales como la vida y la integridad personal y en consecuencia, su uso debió suspenderse y en gracia de discusión, si existiera duda sobre su efecto dañino, debía aplicarse el principio de precaución y también suprimir su uso*" (Sentencia SU-383 de 2003).

La Sentencia SU 383 de 2003 no aplicó el Principio de Precaución para amparar los derechos a un ambiente sano y a la salud pública, en conexidad con la vida, aunque sí generó planteamientos en sus Salvamentos de Voto sobre la aplicación del Principio de Precaución a las fumigaciones aéreas con glifosato en contra de cultivos considerados ilícitos. Estos planteamientos fueron después abordados por el Gobierno de Colombia y el máximo Tribunal como explicamos más adelante.

2.2 Consejo de Estado, Sentencia de 2013 sobre fumigaciones en parques naturales

Los ciudadanos Roberto Uribe y María Inés Guardiola interpusieron acción de nulidad contra el parágrafo segundo del artículo primero de la Resolución número 13 de 2003 del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual autorizaba fumigaciones aéreas con glifosato al interior de parques naturales. El Consejo de Estado declaró la nulidad del mencionado parágrafo por ser contrario a los artículos 8, 79, 80 y 95 de la Constitución Política y a los literales b y c del artículo 336 del Código de Recursos Naturales Renovables (Decreto 2811 de 1974), que son una manifestación del Principio de Precaución (Consejo de Estado, 2013). Esto porque el Consejo de Estado *"(...) pudo verificar que la actividad de aspersión aérea con glifosato en el Sistema de Parques Nacionales Naturales conlleva un riesgo potencial al medio ambiente, riesgo sobre el cual existe incertidumbre científica cuya potencialidad ha sido evaluada científicamente, de tal forma que puede cualificarse como grave e irreversible."* (Consejo de Estado, 2013, p. 39).

Igualmente, en esta Sentencia el Consejo de Estado hizo un test de proporcionalidad sobre la medida de autorizar las fumigaciones en parques naturales. Es decir, analizó si esta medida era idónea, necesaria, adecuada, si existen otras medidas menos nocivas que permitan cumplir con los fines buscados y si los intereses sacrificados son desproporcionados con los resultados de la medida. El Consejo de

Estado concluyó que tanto el orden público, ligado a la lucha contra el tráfico de drogas, como la protección del ambiente son elementos claves en el Estado Social de Derecho, no obstante *"(...) el medio ambiente encuentra un plus de protección en la Carta dada su trascendencia para el aseguramiento de la vida misma, lo que le otorga un mayor valor normativo."* (Consejo de Estado, 2013, p. 38). En síntesis, para este caso, el Consejo de Estado después de aplicar el test de proporcionalidad encontró que la medida en cuestión era contraria al Principio de Precaución.

2.3 Auto 073 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, Magistrado Presidente Luis Ernesto Vargas Silva

La Sentencia T-025 de 2004 declaró un estado de cosas inconstitucional dada la situación de desplazamiento forzado en Colombia. Las fumigaciones aéreas con glifosato, sumadas a otros factores, también causaron desplazamientos forzados en el país; en 2003 CODHES estimó que *"el número de familias que tuvieron que desplazarse por efectos de las fumigaciones, desde 1999 a la fecha es de 35 mil."* (29 Octubre 2003, p. 26). Posteriormente, en el Auto 005 de 2009 la Corte Constitucional declaró la obligación de tener un enfoque diferencial étnico y transversal para la política pública de prevención, protección y atención a la población desplazada de las comunidades afrocolombianas. En consecuencia, la Corte profirió el Auto 073 de 2014 que ordenó medidas de prevención, protección y atención de las comunidades afrocolombianas de la región pacífica del departamento de Nariño en riesgo o víctimas de desplazamiento forzado.

El Auto 073 de 2014 hizo un diagnóstico de los riesgos frente al desplazamiento forzado que enfrentan las comunidades afrocolombianas del Pacífico nariñense y evaluó la respuesta estatal ante esta situación y el nivel de cumplimiento del Auto 005 de 2009. Igualmente, la Sala hizo una valoración jurídica sobre el impacto del desplazamiento forzado en los derechos individuales y colectivos de estas comunidades y el nivel de cumplimiento del derecho a la consulta previa. Como los datos sobre desplazamiento y fumigaciones aéreas evidencian, la Sala diagnosticó que las aspersiones aéreas con glifosato aumentan la vulnerabilidad y el riesgo ante el desplazamiento forzado (Auto 073 de 2014, p 17). Igualmente, la Sala identificó como mecanismos reforzados para la protección de los territorios ancestrales y derechos colectivos de los grupos étnicos la consulta previa, el consentimiento previo, libre e informado y el Principio de Precaución.

La Sala en el Auto 073 de 2014 ordenó al Ministerio de Ambiente con el apoyo de la Corporación Autónoma Regional de Nariño y el Ministerio de Salud realizar estudios técnicos y científicos para determinar el impacto de las aspersiones aéreas con glifosato sobre el medio ambiente y la salud de las personas en los territorios de las comunidades negras de Nariño (Auto 073 de 2014). En caso de no llegarse a una conclusión definitiva sustentada en criterios científicos razonables sobre la inexistencia de un riesgo grave e irreversible para el ambiente o la salud de las personas en los territorios afro de Nariño, el Auto ordenó *"(...) a la Ministra de Ambiente y Desarrollo Sostenible dar aplicación inmediata al principio de precaución y ordenar la suspensión de las actividades que pongan en peligro los derechos colectivos de los pueblos étnicos de esa región"*.(Auto 073 de 2014, p 118). No obstante la orden del Auto 073 *"(...) poco o nada influyó en su vinculatoriedad por vía jurisprudencial"* (Vargas-Chaves, 2017, p. 45).

Si bien el gobierno colombiano no desarrolló estudios científicos apropiados sobre los efectos de las fumigaciones aéreas con glifosato en el ambiente y la salud humana, el glifosato sí había sido objeto de controversia científica internacional durante muchos años para ese momento. Varios países y científicos estaban, y siguen estando, en debate sobre los efectos de esta sustancia. El glifosato es el herbicida más utilizado en el mundo, y fue a partir de este contexto de controversia global que la Organización Mundial de la Salud realizó en 2015 un estudio sobre los efectos carcinogénicos del compuesto químico. Este estudio se convertiría en el catalizador para la suspensión final de las fumigaciones aéreas en Colombia.

2.4 Suspensión de las fumigaciones aéreas de glifosato contra cultivos de uso ilícito

En 2015, la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC en inglés) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) clasificó el glifosato como "probablemente carcinogénico para los seres humanos" (Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer, 2016). Este estudio evidenció que el gobierno colombiano había estado vertiendo millones de toneladas de toxinas probablemente carcinogénicas sobre comunidades y ecosistemas por más de 20 años; esto generó un amplio debate público en Colombia en torno a las fumigaciones aéreas con glifosato.

Debido al informe del IARC, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia recomendó en abril de 2015 al Consejo Nacional de Estupefacientes que ordenara suspender las fumigaciones aéreas con glifosato de cultivos ilícitos. El Ministerio de Salud argumentó:

> *A pesar de la existencia de evidencia científica divergente, la clasificación por parte de la IARC representa una advertencia insoslayable de posibles efectos adversos a la salud y por ende configura un escenario en el que, como mínimo, existe incertidumbre científica sobre los efectos nocivos del glifosato, condición suficiente para dar cumplimiento al principio de precaución* (Ministerio de Salud y Protección Social, 2015).

En consecuencia, en abril de 2015 el Consejo Nacional de Estupefacientes y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ordenaron la suspensión, no la prohibición, de la fumigación aérea del glifosato en aplicación del Principio de Precaución. La suspensión no entró en efecto hasta octubre de 2015. Entre abril y octubre continuaron las fumigaciones aéreas, e incluso en ciertas áreas se aceleraron.

2.5 Sentencia T-80 de 2017. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio

El 30 de enero de 2015, la autoridad indígena de la comunidad Carijona de Puerto Nare, Guaviare, interpuso acción de Tutela contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Defensa, el Consejo Nacional de Estupefacientes y la Policía Antinarcóticos. Esto debido a los impactos de las fumigaciones aéreas con glifosato en los territorios de la comunidad Carijona.

Los accionantes indicaron que las fumigaciones aéreas de glifosato no eran realizadas con precisión en contra de los cultivos ilícitos. Además, argumentaron que estas fumigaciones afectan indiscriminadamente los cultivos de pan coger, los bosques, las casas de la comunidad, los animales y las plantas de uso tradicional y medicinal. Según los accionantes, estas fumigaciones aéreas causan problemas de salud como dolor de cabeza, alteración de la visión, dolor de estómago, diarrea, mareos y problemas en la piel, entre otros. Igualmente, afirmaron que estas fumigaciones ocasionan inseguridad alimentaria, desarraigo familiar y social, deserción escolar, incertidumbre y desplazamiento forzado. Las implicaciones para los ecosistemas locales también fueron alarmantes; las fumigaciones aéreas con glifosato contaminaron el suelo y las fuentes de agua de la región.

En primera instancia, la tutela de la comunidad Carijona fue negada, con sentencia del Alto Tribunal de la ciudad de Villavicencio. Este Tribunal alegó que la acción popular es el procedimiento judicial más adecuado para proteger los derechos colectivos como el derecho a un medio ambiente sano. Posteriormente, el Tribunal Constitucional seleccionó este caso para su revisión.

La Corte concluyó que las fumigaciones aéreas con glifosato tienen el potencial de causar daños graves a la salud y al medio ambiente, y que por lo tanto están sujetas a la aplicación del Principio de Precaución. En consecuencia, la Corte aplicó este Principio para proteger los derechos a un ambiente sano y a la salud, habida cuenta de los posibles efectos carcinógenos del glifosato, que, fumigado desde el aire, puede poner en peligro al medio ambiente y a las comunidades. La Corte revocó el fallo del Tribunal de Primera Instancia y en su lugar ordenó la protección de los derechos fundamentales de la comunidad Carijona a la consulta previa, la integridad étnica y cultural, la autodeterminación, la salud en relación con la vida y a un medio ambiente sano.

La Corte Constitucional también recomendó al Consejo Nacional de Estupefacientes incluir en sus sesiones la participación de un representante de los grupos étnicos, para tener la perspectiva étnica sobre las políticas públicas de erradicación de cultivos considerados de uso ilícito. Igualmente, la Corte estableció que la Sentencia T-80 de 2017 tiene efectos inter comunis y en consecuencia extendió el amparo de los derechos a las comunidades de Miraflores, Guaviare, impactadas por las fumigaciones aéreas con glifosato.

2.6 Sentencia T-236 de 2017. Magistrado Ponente Aquiles Arrieta Gómez

El Personero Municipal de Nóvita, Chocó, interpuso acción de Tutela contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Consejo Nacional de Estupefacientes, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Vivienda, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Nacional (Dirección de Antinarcóticos).

En 2013, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Chocó negó la tutela por considerar que la acción popular es el procedimiento idóneo para amparar el derecho colectivo a un ambiente sano y por la falta de pruebas que demostraran el nexo causal entre las fumigaciones y la vulneración de derechos. En segunda instancia, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Bogotá confirmó la decisión de primera instancia.

En la Sentencia T-236 de 2017 la Corte concedió la tutela de los derechos a la consulta previa, a la salud, y al ambiente sano de las personas y grupos étnicos de Nóvita, Chocó, y ordenó al Consejo Nacional de Estupefacientes no reanudar el PECIG. La Corte señaló:

> *La Corte cuenta con elementos para concluir provisionalmente que el glifosato es una sustancia tóxica que dependiendo del nivel de exposición puede causar cáncer u otras afectaciones a las células humanas. Por otra parte, cuenta con elementos para afirmar, también de manera provisional, que el uso del glifosato podría estar relacionado con el aumento de afectaciones de salud en los municipios donde se utiliza* (Sentencia T-236 de 2017).

2.7 Consejo de Estado, Sentencia de 2017 sobre daño a cultivos de pimienta

El 10 de marzo de 2006 Luis Carlos Marulanda presentó demanda de acción de reparación directa para que se declarara responsable a la Nación por fumigaciones aéreas con glifosato efectuadas por la Policía Antinarcóticos el 20 de mayo de 2004 en sus cultivos de pimienta, en la vereda Las Acacias, del municipio de Orito, Putumayo. En consecuencia, solicitó indemnización por los perjuicios materiales ocasionados por estas fumigaciones (Consejo de Estado, 2017). Esta Sentencia declaró administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación (Ministerio de Defensa, Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional y el Ministerio de Justicia) por los daños ocasionados por la fumigación aérea con glifosato el 20 de mayo de 2004 en el cultivo de pimienta de Carlos Marulanda. El Consejo de Estado en esta Sentencia se fundamentó en las interpretaciones del Principio de Precaución hechas por la Corte Constitucional en las Sentencias T-80 y T-236 de 2017 sobre fumigaciones aéreas con glifosato (Consejo de Estado, 2017).

2.8 Hechos posteriores a la suspensión de las fumigaciones aéreas de glifosato contra cultivos de uso ilícito

Como parte del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera firmado en 2016 entre el Estado y las FARC se acordaron procesos de sustitución voluntaria de cultivos de uso ilícito. Con el Decreto Ley 896 de 29 de mayo de 2017 se creó el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (PNIS) a cargo de la Dirección para la Sustitución de Cultivos Ilícitos adscrita a la Alta Consejería Presidencial para el Postconflicto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. En mayo de 2017 en la Uribe, Meta, el Presidente de Colombia junto con el Embajador de Estados Unidos y el Alto Consejero Presidencial para el

Posconflicto dieron inicio al PNIS con el acto simbólico de remover una planta de coca y reemplazarla con una planta de plátano (Alta Consejería Presidencial para el Posconflicto, 2017). Según el Gobierno este programa se implementará en más de 40 municipios en 13 departamentos de Colombia y se prolongará por 10 años (Decreto-Ley 896 de 2017).

De otra parte, en enero de 2017 el Consejo Nacional de Estupefacientes autorizó el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Terrestre con Glifosato (PECAT), en reemplazo del PECIG, en todo el territorio de Colombia a través de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional (Resolución 1 de 2017). Esto permitió la continuidad en el uso del glifosato, esta vez a nivel terrestre. Esto es contradictorio, dado que las fumigaciones aéreas con glifosato se declararon muy riesgosas, dadas las posibles propiedades carcinogénicas del glifosato. La toxina no deja de ser carcinogénica a corta distancia. Además, la presencia de militares y policías durante la erradicación manual forzada conduce a enfrentamientos potencialmente violentos, como se vio en Tumaco el 5 de octubre de 2017, cuando al menos seis campesinos fueron presuntamente asesinados por fuerzas de seguridad del Estado en medio de procesos de erradicación terrestre (New York Times, 2017).

3. Conclusiones

El derecho internacional de la lucha contras las drogas que generan adicción ha evolucionado desde la Convención Única de Estupefacientes de la ONU de 1961 hasta instrumentos como la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988. Paralelamente, el derecho internacional ambiental ha evolucionado y uno de sus elementos fundamentales es el Principio de Precaución, incluido en instrumentos como el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985 o la Declaración de Río de 1992. El Principio de Precaución sirve como principio hermenéutico ante el peligro de una daño grave ambiental y ante la falta de certeza científica absoluta para resolver la cuestión, esto para priorizar los derechos a un ambiente sano y a la salud y tomar medidas efectivas de protección de estos derechos.

El Estado colombiano ha incorporado en su ordenamiento jurídico tanto el compromiso internacional de la lucha contras las drogas que generan adicción así como el Principio de Precaución. Sin embargo, la forma en que Colombia materializó la política de lucha contra las drogas con la fumigación aérea con glifosato de

cultivos considerados ilícitos, con amplio apoyo del Gobierno de Estados Unidos, genera graves impactos ambientales y de salud. Paralelamente, la geopolítica internacional pasó del paradigma de la Guerra Fría donde Estados Unidos promovió la guerra contrainsurgente en América Latina al paradigma de la lucha global contra el terrorismo también promovida por este país. Ambos paradigmas se imbrican con un tercer paradigma que es la lucha contra el narcotráfico, que ha persistido después del fin de la Guerra Fría.

En consecuencia, surgió la tensión entre las fumigaciones aéreas con glifosato y la protección de los derechos a un ambiente sano y a la salud en las zonas fumigadas, esto a la luz del Principio de Precaución. Esta tensión se hizo palmaria en la Sentencia SU 383 de 2003 sobre fumigaciones aéreas en territorios étnicos de la Amazonía colombiana. La tensión se intensificó cuando en 2015 la IARC de la OMS clasificó al glifosato como "probablemente carcinogénico para los seres humanos" y el Ministro de salud recomendó al Consejo Nacional de Estupefacientes ordenar la suspensión de las fumigaciones aéreas con esta sustancia, lo que finalmente ocurrió ese mismo año.

La Corte Constitucional con sustento en el Principio de Precaución ordenó en las Sentencias T-80 y T-236 mantener la suspensión de las fumigaciones aéreas de glifosato, esto para proteger los derechos a un ambiente sano y a la salud de las comunidades y ecosistemas impactados. Este precedente constitucional tiene como consecuencia que el Principio de Precaución debe ser aplicado en Colombia a todas las políticas anti-narcóticas que usen la fumigación con glifosato, incluido el PECAT. Esto además deja abierta la pregunta sobre si en Colombia el Principio de Precaución se debe aplicar a los otros usos del Glifosato.

Es importante enfatizar que el gobierno de Estados Unidos siempre ha impulsado el uso de la fumigación aérea en Colombia, pero también en otros países como Afganistán (país donde también tiene intereses militares) con cultivos de amapola, con muy poca evidencia de que sea un método eficaz para disminuir el tráfico de drogas. Las estadísticas producidas por la UNODC en 2015 indicaron que los cultivos de coca aumentaron a pesar de los programas intensivos de erradicación de los 14 años del Plan Colombia (UNODC. 'Colombia: Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2015. Julio, 2016. http://www.unodc.org/colombia/es/simci/publicaciones.html). Uno podría preguntar por qué esa política sigue siendo considerada después de tantos años de no lograr lo que supuestamente debería lograr. La respuesta radica en sus orígenes de contrainsurgencia: la fumigación con herbicidas fue concebida como una táctica para obtener el control territorial sobre un área que supuestamente está escapando del control del Estado. Esta lógica fundamental sigue siendo relevante en el contexto del conflicto armado colombiano.

> *Uno de los argumentos más drásticos de las autoridades antidrogas de Estados Unidos es que se niegan a financiar programas de desarrollo alternativo en áreas que no están bajo el control del gobierno colombiano, o en las que el estado no es totalmente soberano, que es el caso de áreas bajo control insurgente. Definir el control territorial como una premisa básica del desarrollo alternativo inserta la ayuda de Norte América en el mismo marco del conflicto armado. Sin una garantía de control, el gobierno de los Estados Unidos simplemente no apoya este tipo de actividad. En el modelo de Estados Unidos, la disuasión representada por la fumigación es una condición previa para presionar a los campesinos a emprender programas de desarrollo alternativo. Este punto de partida no solo limita los programas alternativos, sino que también genera un contexto de guerra como una condición previa para el desarrollo de programas sociales y económicos* (Transnational Institute, 2005).

El modelo de desarrollo económico basado en la guerra no es nuevo. En Colombia, este modelo ha acentuado gran parte del conflicto armado interno. El papel de las fumigaciones en la perpetuación de este modelo de desarrollo es clave para comprender los impactos completos y devastadores que la práctica ha tenido sobre el campo colombiano. También es importante señalar que el glifosato continúa siendo utilizado de manera aérea en la agricultura convencional, como ocurre en la industria de la caña de azúcar en el Valle del Cauca y en el norte de Cauca, con graves efectos para los pequeños productores locales, muchos de los cuales son afrocolombianos y pueblos indígenas. El futuro de su uso, tanto en Colombia como en el resto del mundo, continúa siendo un tema de gran controversia.

En octubre de 2016, Monsanto fue el tema de un Tribunal Popular Internacional celebrado en La Haya, Holanda (http://www.monsanto-tribunal.org/). Este era solo un "tribunal de opinión" (la propia Monsanto rechazó la invitación a testificar) y, por lo tanto, no tiene poder procedimental judicial. Sin embargo, la investigación en profundidad y la evidencia que ingresó al tribunal, que también incluyó testimonios de la campaña de fumigación aérea en Putumayo, son representativos de nuevos esfuerzos para responsabilizar jurídicamente a los gobiernos y empresas de la devastación ambiental de nuestro planeta Tierra. La evolución del derecho internacional, incluida la aplicación del Principio de Precaución, será crucial en las decisiones sobre glifosato que se tomen en los próximos años, esto en un contexto de catástrofes ambientales y climáticas cada vez más intensas. Todavía está por verse cómo el derecho lidiará con estas crisis ambientales y sociales.

Referencias

Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2016). Disponible en http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf

Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (2016). Q & A on Glyphosate. Francia: Organización Mundial de la Salud. Disponible en https://www.iarc.fr/en/media-centre/iarcnews/pdf/Q&A_Glyphosate.pdf

Alta Consejería Presidencial para el Posconflicto (2017). Comenzó histórico programa de sustitución voluntaria de cultivos ilícitos en Colombia. Disponible en http://www.posconflicto.gov.co/sala-prensa/noticias/2017/Paginas/20170511-Comenzo-historico-programa-de-sustitucion-voluntaria-de-cultivos-ilicitos-en-Colombia.aspx

Departamento de Estado de Estados Unidos. Organizaciones terroristas extranjeras. Disponible en https://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm

Ministerio de Salud y Protección Social (2015). Suspensión del glifosato es una decisión responsable. Boletín de Prensa Número 127 de 2015.Disponible en https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Suspensi%C3%B3n-del-glifosato-es-una-decisi%C3%B3n-responsable-Minsalud.aspx

Kathy Smith Boe (1985), Paraquat Eradication: Legal Means for a Prudent Policy?, 12 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 491. Disponible en http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol12/iss3/4

Kojo Koram. "'Order is the Best we can hope for" *Sicario* and the Sacrificial Violence of the Law'. Discourse, 39.2, Spring 2017.

Rodríguez, Gloria; Vargas-Chaves, Iván. (eds.) (2017). *Principio de Precaución. Desafíos y Escenarios de Debate*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario – Editorial Temis.

Rodríguez Gloria Amparo (2014). *De la Consulta Previa al Consentimiento Previo, Libre e Informado a pueblos indígenas de Colombia.* Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible en http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8716/24867399-2014.pdf?sequence=1

Orduz, N., & Uprimny, R. (2013). El principio de precaución y la Amazonía. En Cepal y Patrimonio Natural. *Amazonía posible y sostenible.* Bogotá: Cepal y Patrimonio Natural. Disponible en https://www.cepal.org/sites/default/files/news/files/amazonia_posible_y_sostenible.pdf

Steven B. Karch, *A History of Cocaine: The Mystery of Coca Java and the Kew Plant,* (London: Royal Society of Medicine Press, 2003).

Vargas-Chaves, I., (2016). *De la proactividad a la prevención ambiental: análisis del impacto del uso del glifosato en la erradicación de cultivos de uso ilícito.* (pp. 1-40). En G. Rodríguez & I. Vargas-Chaves (eds.) *La prevención en materia ambiental.* Bogotá: Universidad del Rosario.

Profile of Internal Displacement: Colombia. 2004. Norwegian Refugee Council/ Global IDP Project. Disponible en http://www.internal-displacement.org/assets/library/Americas/Colombia/pdf/Colombia+-February+2004.pdf

Transnational Institute (2005). The Aerial Eradication of Illicit Crops Answers to Frequently Asked Questions Counter-Fact Sheet. Disponible en https://www.tni.org/en/archives/act/3121

Revista Semana. ¿Quién mató a los campesinos en Tumaco? Continúan versiones encontradas. Disponible en http://www.semana.com/nacion/articulo/tumaco-investigan-muerte-de-personas-durante-protesta-de-cocaleros/543001

Referencias jurídicas

Acuerdo entre la República del Ecuador y la República de Colombia para la solución de la controversia existente en la Corte Internacional de Justicia, relativa a la erradicación aérea por Colombia de los cultivos ilícitos cerca de la frontera con Ecuador (2013). Ecuador y Colombia. Disponible en http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Litigio%20Nicaragua-Col/acuerdo_firmado.pdf

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). Resolución 672 de 2013. Disponible en http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/PECIG/5.%20Normatividad/PMA/6%20.Resoluci%C3%B3n%200672%20de%202013%20ANLA.pdf

Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_es.pdf

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

Consejo de Estado, 2013. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala. Acción de Nulidad. Bogotá, 11 de diciembre de 2013. Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00227-01. Disponible en https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2015/05/consejo-de-estado-11001-03-24-000-2004-00227-01.pdf

Consejo de Estado, 2017. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Acción de Reparación Directa (apelación de Sentencia). Bogotá, 8 de septiembre de 2017. Radicación número: 52001-23-31-000-2006-00435-01(38040). Disponible en https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2015/05/consejo-de-estado-52001-23-31-000-2006-00435-0138040.pdf

Consejo Nacional de Estupefacientes. Resolución Número 001 de 1994. Disponible en https://www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/pecig/Resolucion0001feb1994.pdf

Consejo Nacional de Estupefacientes. Resolución Número 13 de 2003. Disponible en https://www.odc.gov.co/Portals/1/Docs/pecig/Resolucion-0013jun2003.pdf

Consejo Nacional de Estupefacientes. Resolución Número 8 de 2012. Disponible en http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30031833

Consejo Nacional de Estupefacientes. Resolución 1 de 2017. Disponible en http://legal.legis.com.co/document?obra=legcol&document=legcol_6cb722564ad94e79ae6e561b3ea683fd

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-176 de 1994. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-176-94.htm

Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia SU-383 de 2003. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/su383-03.htm

Corte Constitucional de Colombia (2014). Auto 073 de 2014. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202014/003.%20Auto%20073%20de%2027%20de%20marzo%20de%202014.%20Medidas%20de%20protecci%C3%B3n%20y%20prevenci%C3%B3n%20para%20las%20comunidades%20afrodescendientes%20de%20Nari%C3%B1o.pdf

Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia T-80 de 2017. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-080-17.htm

Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia T-236 de 2017. Disponible http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-236-17.htm

República de Colombia. Decreto 1038 de 1984. Disponible en http://icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1038_1984.htm

República de Colombia. Decreto 1686 de 1991. Disponible en http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1331562

República de Colombia. Decreto 3183 de 2011. Disponible en http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1518555

República de Colombia. Decreto-Ley 896 de 2017. Disponible en http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20896%20DEL%2029%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf

Ministerio de Medio Ambiente. Resolución 1065 de 2001. Disponible en http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/PECIG/5.%20Normatividad/PMA/2.%20Resoluci%C3%B3n%201065%20de%202001%20MMA.pdf

Cuarta Parte

Hacia un enfoque ecocéntrico a través del diálogo entre la tradición jurídica occidental y los saberes diversos

Derechos humanos, megaproyectos y desarrollo

Isabel C. Preciado Ochoa[1]

1. Antropóloga que viene trabajado en diferentes lugares y grupos étnicos del país. Su tema central se ha desarrollado en torno a conflictos socioambientales y la compleja relación naturaleza/cultura.

Resumen

Este texto pretende hacer una reflexión en torno a los megaproyectos como materializaciones del modelo de desarrollo hegemónico y con ello de las incidencias que éste ha tenido en materia de derechos humanos, buscando ahondar especialmente, en el derecho fundamental a la consulta previa en los territorios étnicos. Dicho derecho constituye una realidad donde éste y otros derechos humanos como el de la integridad cultural, social y económica, y el de la autodeterminación, resultan gravemente vulnerados al entrar en tensión con la dinámica desarrollista. Pese a que la Corte Constitucional sea hoy uno de sus principales garantes, aún existen muchos vacíos jurídicos, lo que se ve reflejado en la necesidad de un mecanismo institucional para la realización de consultas libres, previas e informadas, respetando otras opciones o formas de desarrollo que las poblaciones locales asuman y de acuerdo con procedimientos apropiados, concertados y definidos a través de los canales determinados por los propios pueblos.

Palabras clave: desarrollo, derechos fundamentales, consulta previa, grupos étnicos, recursos naturales, territorio.

1. Introducción

En la isla Uruana, en el río Orinoco, Alexander von Humboldt advirtió que los indios no recogían una buena parte de los huevos que las tortugas dejaban en la playa, para que la reproducción continuara, pero los europeos no habían imitado esa buena costumbre y su voracidad estaba extinguiendo una riqueza que la naturaleza había puesto al alcance de la mano.

¿Por qué descendían las aguas en el lago venezolano de Valencia? Porque las plantaciones coloniales habían arrasado los bosques nativos. Humboldt decía que los viejos árboles demoraban la evaporación del agua lluvia, evitaban la erosión y garantizaban el equilibrio armonioso de los ríos y las lluvias. Su asesinato era la causa de las sequías feroces y las inundaciones imparables:

—No solo el lago de Valencia—decía—. Todos los ríos de la región son cada vez menos caudalosos. La cordillera está deforestada. Los colonos europeos destruyeron los bosques. Los ríos se secan, durante buena parte del año, y cuando en la cordillera llueve se convierten en torrentes que arrasan los campos.

Eduardo Galeano en: Espejos. Una historia casi universal.

¡Y todo esto en nombre del desarrollo! Hoy, Latinoamérica inserta en la economía globalizada sigue reforzando las hegemonías colonialistas, con su rol de proveedor de materias primas: petróleo, plata, oro, cobre, agua, bosques y biodiversidad, son extraídos y explotados, causando un grave impacto ambiental y la laceración de muchas culturas.

Escrito con base en el texto: Territorios y recursos naturales: el saqueo versus el buen vivir.

Durante los últimos años en Colombia se han incrementado considerablemente las actividades de explotación de recursos naturales. Nuestro país posee en efecto importantes reservas, cuya explotación se vuelve rentable a medida que el precio de ciertos recursos como el carbón, el petróleo, el agua y algunos metales en el mercado internacional se incrementan. Es así como en nombre del desarrollo se esgrime la bandera para llevar a cabo diversos megaproyectos en nuestros territorios.

Tal como se plantea en el texto "La Tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia" (Houghton, 2008), los territorios de los países latinoamericanos se fragmentan en vastas zonas; la presencia estatal

es débil o incapaz de asegurar derechos ciudadanos, mientras que en algunos sitios específicos el Estado es muy firme en proteger emprendimientos casi siempre orientados a la exportación y gerenciados por empresas extranjeras que en nombre del desarrollo, entran a explotar extensos territorios cargados de recursos naturales. Así, el Estado se debilita ante algunos temas, pero se convierte en un agente necesario y efectivo en asegurar el flujo del capital.

El Estado se apresura a otorgar *`derechos´* de propiedad a empresas extranjeras para la explotación de recursos naturales, pero se vuelve incapaz de asegurar *`derechos humanos´* a todos sus habitantes, especialmente aquellas poblaciones más vulnerables (Centro de Cooperación al Indígena CECOIN, 2008).

En este contexto, los gobiernos sucesivos han implementado progresivamente, desde 1991, una serie de reformas destinadas, en primer lugar, a facilitar las inversiones orientadas a la explotación de los recursos naturales y, en segundo lugar, a tratar de mitigar los impactos negativos que pudiera tener esta explotación, mediante estudios ambientales impulsados, entre otras, por la Ley 99 de 1993 y sus respectivas reformas. Sin embargo, estas normativas no han garantizado de manera eficaz y suficiente la protección de los derechos de las comunidades que se encuentran dentro de los territorios a intervenir por las grandes empresas. Los efectos no se hacen esperar y grupos indígenas y afrodescendientes, frente a aquellas acciones que ponen en vilo su soberanía y autodeterminación, vienen reivindicando sus derechos.

De igual manera, las sentencias emitidas por la Corte Constitucional se han convertido en garantía para los derechos fundamentales de estos pueblos. En este sentido la consulta previa ha sido el mecanismo más potente—pese a todas sus falencias—, incluso para hacer valer otros derechos. La declaratoria de la inexequibilidad de algunas leyes por parte de la Corte, como consecuencia de la violación del derecho a la consulta previa ha dado cuenta de ello.

Al respecto Maldonado (2006) ha planteado que la Corte Constitucional se ha tomado en serio los conflictos interculturales, pues sus decisiones han tendido a exaltar el carácter multicultural de Colombia y de paso a ensalzar las contribuciones de las minorías a la construcción del país. Más aún, las herramientas conceptuales que utiliza esta instancia para comprender los problemas que enfrenta son mucho más sofisticadas que aquellas que se utilizaban antes de la promulgación de la Carta Política. Incluso, en algunas de sus sentencias, la Corte Constitucional ha defendido de manera efectiva los derechos de los grupos culturales contra los intereses del Estado y de fuertes grupos económicos o sociales. Sin embargo, "existe todavía una gran brecha entre el ideal político del reconocimiento de la diversidad cultural en la Constitución y las sentencias emitidas por la Corte para alcanzar este objetivo" (Maldonado, 2006, p. 35).

Con todo lo anterior, este artículo tiene como eje transversal de su análisis la pregunta por las implicaciones para Colombia y sus comunidades, el que sus recursos naturales se hayan convertido en una mercancía, despojándolos de su valor cultural, simbólico, religioso y vital, elementos fundamentales para la posible realización de los derechos humanos.

Para fines de este artículo, inicialmente se esbozará una perspectiva general de lo que ha significado el desarrollo; posteriormente se analizan las contradicciones existentes entre derechos humanos y desarrollo, y finalmente la reflexión se concentra en torno al derecho fundamental a la consulta previa y las Sentencias de la Corte Constitucional.

2. ¿Cómo entender el desarrollo?

El concepto de desarrollo es polisémico y complejo. Según el antropólogo Arturo Escobar, el discurso del desarrollo empezó a acuñarse después de la Segunda Guerra Mundial concibiéndolo como "el proceso dirigido a preparar el terreno para reproducir en la mayor parte de Asia, África y América Latina las condiciones que se suponía que caracterizaban a las naciones económicamente más avanzadas del mundo" (Escobar, 1998).

En este período, los Estados Unidos buscaban intervenir en los países latinoamericanos y en aquellos que acaban de romper con regímenes coloniales en los continentes de Asia y África –países denominados del Tercer Mundo o subdesarrollados, y más recientemente países en vía de desarrollo–. Este hecho se justificó en un interés aparentemente altruista por contribuir en la superación de la pobreza, la marginalidad y el atraso en el que vivían sumidos estos países. A través de su inserción en la economía mundial y, bajo la consolidación de una política económica, se pretendía generar un estado de crecimiento económico que mejorara su Producto Interno Bruto y el Ingreso per Cápita, creando condiciones que permitieran reducir la pobreza y a su vez incrementar el consumo.

Para tal fin era necesario, además, generar una transformación cultural de fondo, por considerarse que las condiciones de precariedad y pobreza estaban ancladas principalmente en las formas como estas sociedades concebían y vivían el mundo, todas ellas apartadas de los valores culturales característicos de la modernidad occidental. Este discurso tuvo como sustento la concepción de que hay un patrón civilizatorio que es simultáneamente superior, normal y deseable.

La erradicación de la pobreza entonces se convirtió en bandera de campaña del discurso desarrollista. Esto solo era posible si se aumentaban los niveles de crecimiento económico mediante innovaciones tecnológicas y el aprovechamiento de los recursos naturales, modernizando la infraestructura y estimulando la capacidad de consumo. Todo ello contribuiría de manera determinante a "mejorar 'la calidad de vida' de todas las naciones y así superar los niveles de atraso y subdesarrollo en los que estaban sumidos" (Ramírez, Giraldo Henao y Uribe Castaño, 2011, p. 33).

Desde esta perspectiva, el desarrollo se ha basado en la premisa del modelo capitalista de acumulación económica soportada en las nociones de evolución, crecimiento, riqueza, progreso y eliminación de la diferencia (Múnera, 2007). La idea tras esta propuesta es que todos los países deben alcanzar los niveles de desarrollo de las grandes potencias. Al conceptualizarlo en esos términos, la estrategia del desarrollo se ha convertido en un poderoso instrumento que se impone como único norte o rumbo de la humanidad, dejando por fuera otras formas de ver, hacer y pensar.

En este sentido algunos teóricos de la poscolonialidad como Wallerstein, Lander, Hall, Castro, Walsh, entre muchos otros, han planteado que determinadas formas de conocimiento fueron consideradas como válidas y apropiadas para llevar a cabo los programas del desarrollo: el conocimiento de los expertos y técnicos entrenados en la tradición occidental; mientras que "(…) el conocimiento de los 'otros', el conocimiento 'tradicional' de los pobres, de los campesinos, no sólo era considerado no pertinente, sino incluso como uno de los obstáculos a la tarea transformadora del desarrollo" (Lander, S.f.: 31).

Recientemente, con la puesta en marcha de agencias de cooperación internacional y de los Organismos Internacionales como Naciones Unidades, desde el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, pero sin alejarse del discurso clásico del desarrollo, han buscado una transformación significativa del concepto, trayendo a primer plano la consideración de factores sociales y culturales en los proyectos de desarrollo. "Esta nueva sensibilidad hacia factores sociales y culturales se produjo después de reconocer los pobres resultados obtenidos mediante las intervenciones impuestas desde arriba y basadas en inyecciones masivas de capital y de tecnología" (Escobar, 1998, p. 25).

De esta manera, el desarrollo debe tener como medio el crecimiento económico para llegar a unos fines: un equilibrio social a través del mejoramiento de la calidad de vida de las poblaciones más vulnerables. Son sobre todo la existencia de condiciones tales como la educación, el saneamiento básico, la salud, la vivienda y el alimento, las que permiten la regulación y garantía de bienestar social en un país.

A este respecto es pertinente tener en cuenta las siguientes consideraciones realizadas por el economista Gustavo Sepúlveda, del Fondo Monetario Internacional:

> *La preocupación del desarrollo económico es el logro de unos niveles dignos de vida para la población de bajos recursos en un país, en términos generales, lo que se propone es un nivel de activismo económico dirigido hacia sectores problema que presentan carencia de elementos básicos de subsistencia y se desarrollan en círculos viciosos de pobreza y miseria que retrasan el logro de objetivos en materia social y económica de países de renta baja y que muestran además un proceso sostenido de insuficiencia de recursos con los cuales dotar a la población para evitar efectos contrarios originados por una baja educación, baja productividad, alta dependencia política, libertad de decisión limitada e incluso carencia de una formación axiológica en la interacción social (Sepúlveda, 2010, p. 23).*

Sin embargo, esta reinterpretación del desarrollo, que aún sigue considerando que el crecimiento económico es la solución a todos los problemas sociales, no ha mostrado los resultados esperados. Al observar que se siguen ampliando los niveles de desigualdad social, el efecto incluso ha llegado a ser adverso, pues se ha prestado para que se dé una mayor acumulación del ingreso en unos pocos y el empeoramiento de las condiciones de pobreza y de las tasas de educación, salud y empleo para la mayoría. Aunado a lo anterior, han aparecido problemas de tipo ambiental por exceso de explotación de recursos naturales.

El discurso del desarrollo sigue variando a través de los años –desde su énfasis en el crecimiento económico y la industrialización en los años cincuenta hasta las propuestas de desarrollo sostenible, sustentable y desarrollo humano en el decenio de los noventa– consiguiendo, no obstante, mantener intacto un cierto núcleo de elementos y de relaciones.

El desarrollo sustentable plantea el desafío de obtener, al mismo tiempo, la sustentabilidad económica, la ecológica y la social, lo que supone la aceptación de ciertos trade-offs o concesiones derivados de su carácter relativamente contradictorio (Barbier, 1987: 104). El desarrollo humano por su parte aduce que más allá de la satisfacción de las necesidades básicas, los Estados deben proporcionar las garantías para que las personas tengan la capacidad de ganarse la vida, de estar en condiciones de valerse por sí mismas y de participar en la comunidad como sujetos activos.

A medida que el aparato socioeconómico vinculado al desarrollo incorporaba nuevos dominios a su área de influencia, ciertamente iba sufriendo cambios, sin que su orientación básica llegara a ser cuestionada en lo fundamental. Fuera cual fuera el calificativo que se le aplicara, el hecho del desarrollo en sí nunca se cuestionó de un modo radical.

Específicamente en América Latina se ha defendido una visión optimista del desarrollo basada en la promoción de las exportaciones, en la liberalización del comercio e ingreso a la globalización contemporánea, incluyendo la construcción de grandes proyectos de extracción de recursos naturales, base del crecimiento económico que sustenta los grandes capitales mundiales.

Esa perspectiva sostiene que el aumento de las inversiones –principalmente privadas–, la construcción de grandes obras de infraestructura y las exportaciones son un ingrediente imprescindible para el desarrollo, y si bien se acepta que puede haber pérdidas o impactos negativos en algunos sectores, el balance, en términos de costo-beneficio económico, sería siempre positivo para los países. Sin embargo, "continúa creciendo la evidencia de que esa estrategia es fuertemente asimétrica: las pérdidas económicas, la caída en el empleo o los impactos ambientales se acumulan en América Latina" (Gudynas, 2005, p. 3) y en particular en ciertos sectores de la población tradicionalmente excluidos de los circuitos de los beneficios.

Toda esa problemática necesariamente se expresa a nivel territorial, a partir de tensiones y conflictos sociales originados entre agentes privados con intereses en territorios particulares y los grupos locales que intentan mantener sus derechos tradicionales y obtener alguna participación en las riquezas y el control de sus territorios, y defender derechos ancestrales como el territorio, los recursos y su autonomía para manejarlos y usarlos.

Es así como diferentes estudios en Colombia y en el mundo han demostrado que los efectos de la ejecución de cualquier proyecto de infraestructura o desarrollo –para efectos de esta investigación se analizarán específicamente los efectos de los megaproyectos en los grupos étnicos– tienen consecuencias que alteran y amenazan las formas de vida y la pervivencia de los grupos étnicos, especialmente cuando tales proyectos son impuestos sobre las necesidades del ideal de desarrollo occidental, sin considerar otras formas posibles o concepciones del mundo.

En este sentido, se perciben tensiones entre derechos humanos y desarrollo que no tardan en emerger, como ha quedado consignado en una serie de Sentencias emitidas por la Corte Constitucional. Es el caso de la Sentencia 129 de marzo de 2011 en donde se establece que "los conceptos de 'desarrollo' no se pueden anteponer en abstracto, pues el 'interés general' y la visión mayoritaria que se tenga del 'desarrollo' o 'el progreso' que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos, no debe imponerse.

2.1. La concepción de desarrollo desde los grupos étnicos

Los grupos étnicos reivindican los derechos ancestrales sobre el territorio, lo cual traspasa abiertamente la concepción de lo biofísico, se contrapone a la concepción occidental de la propiedad privada, e incluye los recursos naturales como parte esencial cosmogónica de la que depende su vida, su cultura.

Cualquier decisión sobre los recursos naturales que se encuentren en sus territorios, así éstos pertenezcan a la Nación, debe responder al contexto en el cual

dichos recursos se localizan. El desarrollo debe basarse en sus prácticas y valores tradicionales y en la conservación del hábitat de cuya oferta ambiental depende su calidad de vida. El territorio se concibe aquí como una unidad biológica y cultural de cuya relación depende la conservación de su riqueza natural.

No es como se entiende ahora que las reservas forestales, por ejemplo, si no se han conservado, pierden su carácter en favor de la minería, que en el caso colombiano, ocupa casi un 40% del territorio nacional. Esto ha facilitado su adjudicación por medio de títulos mineros a numerosas multinacionales y empresas nacionales, sin que se haya oído la voz de las comunidades en conjunto.

Hay un choque evidente cuando se contraponen los derechos y las concepciones de desarrollo. Para un sector, el aprovechamiento intensivo de los recursos naturales es un medio para lograr crecimiento económico, y en un futuro lejano, la equidad social, mientras para otros las prácticas tradicionales son parte esencial del territorio y su manejo sostenible

Para estos grupos el desarrollo debe garantizar los derechos al territorio, la autonomía, la participación y al desarrollo económico y social junto con autonomía administrativa. Los pueblos indígenas cuentan con el espacio de participación y negociación, pero todavía no tienen un acceso a los instrumentos legales que les permita hacer uso de estos espacios de manera efectiva.

En el campo del manejo de los recursos, son numerosos y diarios los conflictos que se establecen entre las aspiraciones comunitarias y las decisiones estatales sobre proyectos que impactan sus territorios, que son conocidos luego de tomada la decisión. Entonces, el espacio que se les concede es sólo una ranura, un intersticio antes que un espacio de planificación y negociación.

2.2. El derecho fundamental a la Consulta Previa

La consulta previa es el derecho fundamental que tienen todos los grupos étnicos a decidir sobre las medidas legislativas, administrativas cuando se vayan a realizar proyectos de infraestructura y de investigación dentro de sus territorios, con el objetivo de proteger la integridad social, cultural y económica, garantizando además el derecho a la participación.

En la consulta previa se enmarcan una serie de reivindicaciones frente a otros derechos como al territorio, derechos definitivamente inescindibles, como el derecho a la propiedad, al trabajo, a la vida, a la subsistencia, a la alimentación, a la vivienda y a la cultura, al punto de considerarse que la tierra es una especie de "derecho-condición para el ejercicio de los demás derechos" (Herreño, 2004, p. 250).

La Consulta Previa está fundamentada desde la normativa internacional con el Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo –OIT–, ratificado por Colombia en su artículo 21 de 1991. Dentro de la Constitución política de Colombia se consagra este derecho en sus Artículos 2, 7, 40 y el parágrafo 330. Además el controversial Decreto 1320 de 1998, el cual reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.

En Colombia, por ser el Convenio 169 de la OIT parte de su ordenamiento jurídico y, que sus disposiciones, por reconocer derechos humanos "prevalecen en el orden interno" y, además, son guía perentoria para interpretar los conflictos que se susciten sobre "derechos y deberes" (artículo 93 de la Constitución Política), podría afirmarse que jurídicamente no es posible controversia alguna respecto de la autonomía de las comunidades indígenas para definir su identidad[2].

En la actualidad, las acciones de tutela y algunas demandas de constitucionalidad para la defensa de comunidades indígenas, han sido el único mecanismo de amparo para los grupos étnicos del país. Una gran proporción ha sido interpuesta por las organizaciones creadas para la defensa de los derechos indígenas y afros, justificadas en las condiciones de aislamiento geográfico, manejo de otras lenguas, desconocimiento de la jurisdicción ordinaria y diversidad cultural de las comunidades afectadas, lo cual implica un avance en la protección.

Por su parte la Corte Constitucional se ha encargado de dar contenido y alcances a los derechos étnicos que sólo se encontraban enunciados en la Carta Política. En la sentencia de unificación SU-510 de 1998, señaló una lista de derechos que merecen protección inmediata para preservar la integridad de los pueblos indígenas: El derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (art. 11 CP).

No obstante esta certidumbre jurídica, el reconocimiento de la identidad étnica se lo ha arrogado el poder ejecutivo del Estado –concretamente la Dirección General de Asuntos étnicos del Ministerio del Interior y de Justicia–, cuyas decisiones relativas al reconocimiento o no de una identidad indígena, tienen como fundamento básicamente conceptos antropológicos, de funcionarios designados para tal efecto.

Pese a todo ello, en esta materia hoy la Corte Constitucional ha sido un importante mecanismo en la defensa de los derechos de los grupos étnicos al ver el

2. Y aunque Colombia, representada por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, se abstuvo de aprobar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ello no es impedimento para aplicarla, de conformidad con lo estipulado en el artículo 94 de la Constitución, porque no cabe duda que este derecho, regulado en la declaración, es inherente a la persona humana".

crecimiento de los conflictos interculturales, pues sus decisiones han tendido a exaltar el carácter multicultural de Colombia y a proclamar las contribuciones de las minorías a la construcción del país.

La consulta y el consentimiento previo, libre e informado que la Corte ha protegido con una serie de sentencias y en especial con la T-129/11 en donde se recogen fallos anteriores, ha buscado garantías reales para el cumplimiento de este derecho al definir que ésta "no debe ser un acto protocolario, sino un proceso que se debe realizar durante la planeación y la ejecución de una obra y no en el momento previo a la ejecución".

Desde esta perspectiva la Corte Constitucional ha logrado vislumbrar algo que ya ha sido propuesto por las mismas comunidades y en algunas esferas académicas de este país; que este tipo de práctica desconoce y rompe los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios.

Es necesario resaltar que en muchos casos esta defensa ha ido en contravía de los intereses del Estado y contra los intereses de fuertes grupos económicos o sociales (Bonilla, 2006, p. 39). Sin embargo, los pasos que ha dado la Corte Constitucional se encuentran todavía muy lejos de los ideales constitucionales que prometen el reconocimiento y el acomodamiento de las minorías culturales. Existe todavía una gran brecha entre el ideal político del reconocimiento de la diversidad en la Constitución y las sentencias emitidas por la Corte Constitucional para alcanzar este objetivo (34).

Se trata en todo caso de respetar y conservar el patrimonio que representan las comunidades indígenas considerado su punto de vista y el reconocimiento oficial de la multiculturalidad y la diversidad étnica. En este sentido aporta la Sentencia T 129/11 obligando a que los estudios para un proyecto que afecte potencialmente a una comunidad indígena o afrodescendiente, cuente desde el inicio de sus estudios con la participación de las comunidades involucradas, buscando salvaguardar sus derechos, idiosincrasia y cosmovisión.

Finalmente, para terminar este pequeño esbozo de lo que es el derecho fundamental a la consulta previa, se requiere cuestionar la posición adoptada desde el Estado a través de su gobierno y sus posturas en defensa de este derecho. Vale la pena citar la percepción de muchos grupos étnicos al respecto: "El Estado colombiano en vez de tomar algunas medidas para protección de los grupos étnicos lo que ha hecho es tomar decisiones en detrimento de las comunidades" (Observatorio de Discriminación Racial, 2011, citando a: Hernández, 2010, 18 de septiembre).

2.3. Consideraciones finales: tensiones entre derechos humanos, megaproyectos y desarrollo

La historia de los derechos humanos está marcada a su vez por la historia de la modernidad occidental y sus encrucijadas: la conquista de América, las disputas religiosas entre católicos y protestantes, las revoluciones burguesas, o la Segunda Guerra Mundial. De la misma manera, el pensamiento occidental ha marcado la construcción de un modelo de desarrollo hegemónico, el cual también ha fundamentado los derechos humanos.

Por su parte, los megaproyectos se definen como aquellos proyectos de desarrollo económico que trascienden la esfera de lo local y se circunscriben dentro del incremento de las economías de escala, por las cuales los intercambios del comercio internacional se hacen cada vez en mayores magnitudes, en el marco de la lógica económica imperante, y en donde la estructura biofísica, la vida social y cultural se reestructuran en función de intereses que buscan insertarse en las grandes economías globales, por lo general a partir de modelos de extracción de recursos naturales.

Se ha logrado identificar las percepciones y representaciones que tienen los grupos étnicos sobre los megaproyectos y con ellos del desarrollo, las cuales están dadas por los daños que éste puede producir a su cultura y a sus territorios ocupados ancestralmente, sobre todo, al no ser incluidas ni valoradas justamente desde sus propias nociones culturales de cuidado y respeto de la naturaleza, de sus saberes tradicionales y de autodeterminación, y al imponer sin ningún tipo de consenso un desarrollo económico excluyente, exógeno y generador de grandes dinámicas de desigualdad social; en donde además prevalece la descompensación entre crecimiento económico e infraestructura en relación a un desarrollo humano equitativo o para todos.

Por todo lo anterior, es necesario plantear que el desarrollo de megaproyectos ha afectado los derechos de las poblaciones o grupos étnicos en dos sentidos: por un lado, provocando la pérdida de su posesión del territorio, de sus prácticas tradicionales y de subsistencia, como la minería artesanal, la pesca y el debilitamiento del tejido social. Por otro, ha expuesto a sus miembros a la violencia de actores armados legales e ilegales que actúan a favor de las multinacionales con el fin de permitir la expansión de su industria, generando en muchos casos desplazamiento forzado; así lo han planteado algunos líderes indígenas y organizaciones sociales:

> *(…) las razones de fondo por las cuales nuestras vidas han sido objeto de guerra son nuestros territorios, ricos en recursos por lo general de tipo extractivo, ya sean minerales del subsuelo, combustibles fósiles o tierras que se puedan circunscribir en las lógicas del comercio internacional* (Observatorio de Multinacionales de Colombia, 2005).

A su vez, la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC– ha esgrimido argumentos en contra del desarrollo, tales como la pérdida de la identidad y el desequilibrio cultural de los pueblos indígenas expresado a través de la descomposición y desestructuración social; el desconocimiento de las normas tradicionales de regulación social; el cambio en la manera de vivir en la cotidianidad de las comunidades; y la apropiación indebida de patrones culturales ajenos a los pueblos indígenas e impuestos por el modelo de las grandes industrias; así como de la población flotante que trae la explotación de recursos en gran magnitud. Todo lo anterior en desmedro de la integridad cultural de los grupos étnicos del país.

Ante todos estos cuestionamientos al desarrollo y a los megaproyectos las organizaciones indígenas y afrodescendientes, han venido proponiendo el establecimiento de una política general de protección de sus territorios y recursos naturales. Una política que busque incorporar el deber constitucional del Estado de garantizar la integridad cultural de los pueblos indígenas, lo que conlleva necesariamente a velar por el reconocimiento de la diversidad étnica y de sus derechos culturales y territoriales. El Estado colombiano debe proteger de manera eficaz los derechos humanos y sociales de los pueblos indígenas que son afectados y vulnerados por la explotación de recursos naturales en sus territorios.

Referencias

Amnistía Internacional. (2010). La lucha por la supervivencia y la dignidad. Abusos contra los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia.

Bonilla Maldonado, Daniel. (2006). La Constitución multicultural. Universidad de los Andes - Facultad de Derecho - Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

Broederlijk, Deren. (2008). Territorios y recursos naturales: el saqueo versus el Buen vivir. Ecuador, Quito.

Cernea, M. (1985). *Putting People First.* Nueva York: Oxford University Press.

Centro de Cooperación al Indígena –CECOIN–, Organización Indígena de Antioquia –OIA– y Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos. (2007). Indígenas sin derechos. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-129/11, Sentencia T-252 de 1998, Sentencia C-126 de 1998, Sentencia T-411 de 1992, Sentencia C-742 de 2006, Sentencia C-639 de 2009.

CECOIN. (2008). La Tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia. Colombia, Ediciones Ántropos.

Consejo Superior de la Judicatura. (2006). Compilación y selección de los fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1996-2006. Bogotá.

De Echave, Alejandro Diez, Ludwig Huber, Bruno Revesz, Xavier Ricard Lanata y Martín Tanaka. (2009). Minería y conflicto social. Perú: Lima, CBC, CIPCA, CIES, IEP.

Escobar, A. (1996). La invención del tercer mundo: Construcción y deconstrucción del desarrollo. Editorial Norma. Santafé de Bogotá.

_____. (1998). Antropología y desarrollo.

Garbay Mancheno, Susy. Reflexiones sobre el proyecto de Ley Minera: Contradicciones entre los derechos mineros y los derechos humanos. Recuperado de: http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalisis2/ninezadolescenciayjuventud/actualidad/Garbay.pdf (20 de septiembre de 2012).

Gómez Mosquera, Wilmer, Medina Carrascal, Ana Marcela y Osorio Zapata, Eliana María. (2011). La (des) protección del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia. En: Seminario Internacional en *Legislación Ambiental en Colombia*. Medellín, Universidad Nacional de Colombia.

Gudynas, E. (Abril / Junio de 2005). Geografías fragmentadas: sitios globalizados, áreas fragmentadas. *Revista del Sur Nº 160.*

Herreño Hernández, Ángel Libardo. Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia. En: *El Otro Derecho,* número 31-32. Agosto de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. Recuperado de: http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr031-32/elotrdr031-32-10.pdf (10 de septiembre de 2012).

Lander, E. (S.f.). Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos. 11-44.

Maya Aguirre, Ana Lucía. (2009). El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano. En: *Revista El Otro Derecho. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. El derecho a la consulta previa en América Latina: del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas.* No. 40 de junio.

Observatorio de Discriminación Racial. (2011). La disputa por los recursos naturales en los territorios afrocolombianos. El caso de Buenos Aires y Suárez (Cauca) desde una perspectiva de derechos humanos. Universidad de los Andes, Proceso de Comunidades Negras, Dejusticia. Bogotá, Editorial Uniandes.

Observatorio de Multinacionales de Colombia. Una mirada desde la lógica de los movimientos sociales. Megaproyectos y desplazamiento forzado. Lunes 17 de enero de 2005. Recuperado de: http://www.revistapueblos.org/spip.php?article106. (8 de abril de 2012).

Ramírez, L. M., Giraldo Henao, L., & Uribe Castaño, L. (2011). *Tesis de grado: El desarrollo ¿un discurso colonial o emancipatorio? El caso de algunos de los actores que participaron en la tercera fase de la alianza Fondo Focus Medellín*. Medellín.

Rodríguez, Gloria Amparo. (2010). La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades Afrodescendientes en Colombia. Bogotá, Universidad del Rosario.

Sepúlveda, G. (5 de Octubre de 2010). *Ajustes y Desajustes en el Concepto de Desarrollo Económico: Una Exploración Bajo la Óptica del Subdesarrollo.* Recuperado de: http://www.zonaeconomica.com/concepto-desarrollo. (8 de abril de 2012).

Wallerstein, I. (2003). *El Eurocentrismo y sus avatares: los dilemas de las ciencias sociales*.

Vínculo entre la Constitución Cultural y la Constitución Ecológica

Jessica Paola Melo Parra[1]

1. Ingeniera ambiental, abogada especialista en derecho administrativo, derecho constitucional y derechos humanos. Activista de los derechos de la madre tierra y de los animales. Fundadora de la asociación UPPAA.

Resumen

Colombia reconoce el derecho a un ambiente sano y promueve el respeto a la identidad cultural, sin embargo se han tenido procesos de expropiación de la cultura y de la Naturaleza, dejando en el olvido la sabiduría ancestral y a su vez el ser humano ha instrumentalizado la naturaleza para su beneficio.
Como consecuencia de las problemáticas ambientales y la imposición de la cultura es que se ha hecho necesario ampliar la esfera del derecho y de la justicia para que den cabida a otras corrientes de pensamiento y a la consideración de otras subjetividades jurídicas.

La expropiación de la cultura y de la naturaleza

El paradigma antropocéntrico ubica al ser humano por encima de otras formas de vida, considerándolas sin valor intrínseco y, como consecuencia, históricamente la naturaleza ha sido encasillada como un objeto, susceptible de propiedad o como un simple depósito dispuesto para el ser humano; en otras palabras, se ha instrumentalizado la naturaleza, justificándose cualquier uso mientras le proporcione un beneficio a la humanidad y es así como esta corriente de pensamiento ha fundamentado el desarrollo en el mundo, ocasionando la crisis ambiental múltiple del planeta Tierra reflejada en el cambio climático, la desertificación, la extinción de especies, el desplazamiento ambiental, la contaminación, entre otras consecuencias que ponen en riesgo el equilibrio de los sistemas vivos, incluyendo por supuesto a las poblaciones humanas.

Como respuesta a lo anterior se han desplegado una serie de instrumentos internacionales que permean los diferentes Estados con el ánimo de fortalecer las políticas ambientales sin desviar el desarrollo, dando nacimiento a herramientas jurídicas que cobijan en su mayoría las exigencias sociales que mutan conforme a los contextos históricos y que a su vez generan una fuerte y constante tensión por las afectaciones que puede desencadenar a diversos "grupos de poder".

Por otra parte, es importante precisar que ciertos "grupos de poder" en los procesos de "colonización" de América impusieron subjetividades hegemónicas y herméticas que despojaron a los pueblos originarios de su sabiduría ancestral, convirtiéndose en uno de los procesos de expropiación cultural más cruentas de la historia, según lo menciona Robertson, (Citado en Cárdenas y Fajardo, 2007); así mismo, los pueblos indígenas no sólo han sido sometidos a la explotación y a la violencia sino a la dominación e imposición de culturas diferentes a las suyas tal como lo menciona Cejil (Citado en Cárdenas y Fajardo, 2007).

Paradójicamente, existe una coincidencia en el reconocimiento de la subjetividad indígena con el afán de otras culturas por conservar el medio ambiente, pues evidenciaron que las sociedades indígenas son el único grupo social humano que crea condiciones adecuadas de aprovechamiento de los recursos naturales o mejor del "relacionamiento con la Naturaleza" según lo manifiestan Cárdenas y Fajardo (2007).

Aunque en el mundo hay una fuerte corriente del conocimiento que ha silenciado los intereses y saberes de cierto tipo de poblaciones y que además ha impedido la ampliación del derecho a sujetos de derecho "impensables", algunas voces han susurrado posturas alternas que han sido escuchadas lentamente y poco a poco han cobrado más fuerza hasta convertirse en planteamientos históricos, filosóficos, políticos, jurídicos, sociales y éticos que han comenzado a debilitar los argumentos dominantes, que van dando paso a nuevas categorías y es así como diversos ordenamientos jurídicos han realizado nuevas interpretaciones del derecho y la justicia; una ilustración de ello, es el caso de Ecuador que constitucionalizó los Derechos de la Madre Tierra.

Un acercamiento a los derechos

La historia de los Derechos Humanos tiene su desenlace a partir de cambios sociales que surgieron principalmente en Europa, entre ellos, la revolución francesa, así como otros episodios lamentables y, por supuesto, luchas sociales que permitieron avanzar en el reconocimiento de los derechos de primera, segunda y tercera generación (Cardona, 2007).

Los derechos han sido el producto histórico de las luchas de los grupos poblacionales, dando lugar a la clasificación por generaciones:

- Primera generación o derechos de libertad (civiles y políticos) que supone satisfacción inmediata y obligatoria por parte de los Estados.
- Segunda generación o derechos de asistencia (económicos, sociales y culturales) impone obligaciones de satisfacción progresiva según las posibilidades económicas de un Estado.
- Tercera generación o de solidaridad (a la paz, la autodeterminación, el desarrollo y el medio ambiente, entre otros) se desarrollan casi exclusivamente en el plano político, teniendo como protagonistas a los Estados y a los pueblos (Murcia, 2012).

Gallardo (Citado en Murcia, 2012) aclara que las generaciones de derechos son tan solo momentos en los que se combinan necesidades, requerimientos y sensibilidades sin ser una justificación para jerarquizar la satisfacción de los derechos contenidos en cada una de ellas.

Como se mencionó anteriormente, existen los derechos de tercera generación que incluyen los derechos ambientales.

¿Derecho Ambiental o Derechos de la Naturaleza?

El proceso histórico del Derecho Ambiental se enmarca en la tensión permanente entre las comunidades que se resisten a la apropiación de la Naturaleza y entre aquellos que desean apropiarse de ella, haciendo hincapié que el origen también es de orden precolombino y no solo occidental, pues las comunidades ancestrales defienden los derechos de la Madre Tierra desde la llegada de los conquistadores (Mesa, 2015).

Wilches, (Citado en Patiño, 1999), explica que el Derecho Ambiental es *"la disciplina jurídica que con fundamentos en las ciencias naturales se ocupa de la protección, conservación, manejo adecuado, restauración de los recursos naturales, con miras a la obtención del equilibrio ecológico entre el hombre, considerado como especie, y el medio ambiente que explota, modifica y habita"* (p. 55), es así como el Derecho Ambiental se ha consolidado como una herramienta para garantizar al ser humano el goce y apropiación del ambiente con base en el enfoque de desarrollo sostenible que según Prieto (2013) se convierte en amo y señor de la Naturaleza, capaz de disponer de todos sus recursos sin limitación.

La Conferencia de Estocolmo de 1972 determinó medidas que contribuyeran a la protección de la humanidad y su calidad de vida a través de la reducción de impactos ambientales ocasionados en su mayoría por actividades antrópicas y de acuerdo con Murcia (2012) se cimentó la idea que la humanidad es la especie más importante del planeta y su bienestar está determinado por medio del desarrollo, dando paso al ejercicio inalienable del uso y "abuso" de la Naturaleza.

Veinte años después se gesta un principio intergeneracional que supone que los privilegios del crecimiento económico no sacrifiquen los privilegios de las generaciones futuras con fundamento en el "desarrollo sostenible", generando una flexibilidad en las actividades humanas, la internalización de costos por el daño (el que contamina paga) y una excesiva confianza en la ciencia y la tecnología que complejizan la problemática, invisibilizan prácticas ancestrales y excluyen a otras especies o seres sintientes.

Cartay expresa que el contexto histórico mencionado anteriormente tiene unas bases en la antigua formulación del derecho positivo considerando sólo a los seres humanos como sujetos de derecho, así mismo Prieto (2013) indica que el pensamiento occidental de los siglos XVI y XVII derivado de Francis Bacon (física, matemática), René Descartes (Racionalismo), entre otros, considerados como responsables de sentar las bases epistemológicas del pensamiento occidental moderno, instauraron posturas únicas de dominación de la Naturaleza, tales como economía capitalista, la democracia liberal, el cristianismo y el conocimiento científico y racional, de tal manera que Guerrero, (Citado en Prieto, 2013) alude

a la "geopolítica del conocimiento" con la que ciertos saberes se transforman en inobjetables verdades del mundo, conduciendo a la subalternización, invisibilización y el silenciamiento de otros conocimientos.

De manera contrapuesta se encuentra el Derecho Ecológico que según Cruz (2014) se presenta bajo el enfoque del "Buen vivir" como una alternativa al paradigma de desarrollo con carácter descolonizador; en éste *el sujeto de derecho es la Naturaleza,* no el ser humano, pues la considera como el sistema en el que se da la vida incluyendo a los seres humanos; el "Buen vivir" hace parte de la cosmología indígena para dar respuesta a la crisis ambiental y que proyecta la construcción de una sociedad basada en la convivencia y la complementariedad entre los seres humanos y entre éstos y la Naturaleza.

Lo anterior se conoce como "Derechos de la Naturaleza" o "Derechos de la Madre Tierra" y pese a que estas posturas parecieran ser novedosas se han conocido tesis que han influenciado su dinámica en el mundo, para lo cual se trae a colación algunas de ellas.

a) Los pueblos originarios han considerado a la Naturaleza como un ser vivo.
b) Aldo Leopold (1948) propuso la "ética de la tierra" que busca extender el círculo de la comunidad ética a la Naturaleza.
c) Cristopher Stone (1972) en el caso Sierra Club vs Morton, alude a la figura de sujeto de derecho de personas jurídicas por medio de la representación que podría extenderse a la Naturaleza.
d) Arne Naess (1973) formuló la "ecología profunda", una corriente que reconoce los valores intrínsecos y los coloca en una plataforma ética más amplia.
e) David Favre (1979) planteó una enmienda constitucional para que toda vida salvaje tuviera derecho a una vida natural.
f) Carta Mundial de la Naturaleza (1982), la ONU en este postulado defiende que toda forma de vida es única y merece respeto, indicando que la especie humana es parte de la Naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y materias nutritivas.
g) Michel Serres (1990) aboga por el contrato natural, que a diferencia del contrato social, reconoce a la Naturaleza con la que hasta ahora se mantiene una relación "de violencia no consciente: dominio y posesión", como sujeto de ese acuerdo de interrelaciones.

La comprensión de los Derechos de la Naturaleza hace que se supere la idea de jerarquía de derechos y de la interdependencia de los derechos estrictamente

humanos, reconociendo a la Naturaleza como sujeto cuyos derechos comparten los principios de integralidad, indivisibilidad, universalidad e interdependencia (Murcia, 2012).

Así mismo, el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos es bastante polémica porque se aparta de la visión del constitucionalismo tradicional, pasando del paradigma antropocéntrico al biocéntrico, es decir, que el ser humano no es el único que tiene un trato preferente, logrando superar la visión en que la Naturaleza es un escenario de recursos ilimitados al servicio del ser humano, para ser un sujeto de derecho que debe ser respetado y conservado (Prieto, 2013).

Lo mencionado anteriormente invita a ilustrar un cuadro comparativo para dar más claridad entre las figuras jurídicas del Derecho Ambiental y los Derechos de la Naturaleza.

Cuadro comparativo entre el Derecho Ambiental y los Derechos de la Naturaleza

Características	Derecho Ambiental	Derechos de la Naturaleza
Sujeto de derecho	**Ser humano**	**Naturaleza**
Tipo de justicia	Justicia ambiental: Pretende cautelar los derechos humanos frente a los daños ambientales que los afecta (Cruz, 2004).	Justicia ecológica: Pretende asegurar la supervivencia de las especies y los ecosistemas (Cruz, 2004).
Mecanismos de sanción	Compensación y reparación para los seres humanos.	Restauración que va más allá de la indemnización a los seres humanos afectados por el daño ambiental.

Elaboración propia

Pese a que son escenarios jurídicos contrapuestos, Acosta (2009) sostiene que ambos tipos de justicia, la ambiental y ecológica, no son excluyentes y pueden aplicarse al mismo tiempo para preservar los derechos de las personas y de la Naturaleza.

Rodríguez alude a que el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza tiene tres connotaciones de gran relevancia:

a) Se considera la Naturaleza como sujeto de derecho.
b) Se consagra como una perspectiva intercultural al homologar el entendimiento occidental.

c) Establece una justicia ecológica que demanda la restauración de la Naturaleza vulnerada, no solo compensar a los seres humanos afectados.

Los Derechos de la Naturaleza son un producto intercultural, pues éste reconocimiento no puede comprenderse si no se tiene en cuenta la interacción entre las formas de pensamiento indígenas y su articulación con la tradición occidental del derecho, además de tener un carácter descolonizador que radica en visibilizar los saberes locales previamente subalternizados y ponerlos a dialogar con los saberes globales dominantes en igualdad de condiciones (Cruz, 2014).

Caso histórico sobre los Derechos de la Naturaleza

En voces de diversos doctrinantes, Ecuador es el primer país del mundo que reconoce los Derechos de la Naturaleza a nivel constitucional; para Murcia (2012), dicho reconocimiento rompe con esa brecha histórica entre el ser humano y la Naturaleza enmarcado en una visión de desarrollo del "Buen vivir" para lo que Prieto (2013) indica que se materializa con una relación armoniosa del individuo con la naturaleza y con la satisfacción de derechos sociales que hagan posible dicho estado de cosas. Por lo tanto para Gudynas, (Citado en Prieto, 2013), el modelo de desarrollo debe estar orientado hacia el "Buen vivir" y no se trata de renunciar a los derechos humanos sino dialogar con la naturaleza entendiendo que se está inmerso en ella, pues, como indica a su vez Pisarello, (Citado en Prieto, 2013), adoptar un paradigma biocéntrico permite proteger mejor los derechos humanos de las poblaciones relacionadas directamente y también el de las generaciones futuras; por tanto, deben ser complementarios sin disminuir los Derechos de la Naturaleza ni asimilarlos a los derechos humanos.

La Constitución de Ecuador en su preámbulo consagra: *"Pacha Mama de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia donde se reproduce y realiza la vida, cuyo elemento vital es el agua, respecto de la cual tenemos la obligación de respeto, de no causarle daño y de que el Estado concurra a garantizar sus derechos, pues solo una forma de convivencia ciudadana armónica con ella permitirá alcanzar el buen vivir o sumak kawsay constituyéndose esa vocación de armonía como un derecho".*

La Constitución de Ecuador reconoce los siguientes Derechos de la Naturaleza (Pacha Mama):

a. Respeto de su existencia (abstención de intervención en el goce de derechos, los sujetos obligados de protección son todos y existe una abstención negativa que invita a la defensa).
b. Reparación integral de la existencia.

c. Mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, su estructura, sus funciones y los procesos evolutivos de la Naturaleza.

Del mismo modo, la Constitución de Ecuador reconoce varios principios ambientales que tienen como premisa el establecimiento de desarrollo sustentable y políticas de gestión ambiental, uno de ellos es el principio pro natura, que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la Naturaleza.

¿Es posible reconocer Derechos a la Naturaleza?

Hay cuatro argumentos principales que objetan el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto jurídico según Ávila (citado en Cruz, 2014).

1. *Los fines son dados para los seres humanos, por tanto la Naturaleza no puede ser un fin en sí mismo, consecuentemente no es digna y no puede gozar de la titularidad de derechos por no reunir capacidades.*
   Gudynas, (citado en Cruz, 2014), responde a ésta objeción explicando que el reconocimiento se deriva por los valores inherentes y no por la atribución por parte de los seres humanos.
2. *Sin capacidad no tiene corresponsabilidad y por tanto no puede ser sujeto de derechos.*
   Se responde que la capacidad no implica la realización de obligaciones; además, del bienestar de la naturaleza depende la vida, indicando que podrá verse como el cumplimiento de su deber. Acosta, (citado en Cruz, 2014), agrega que la incapacidad no es criterio para no reconocer derechos.
3. *El Derecho se limita a los Derechos Humanos.*
   Acosta, (citado en Cruz, 2014), indica que al reconocer que el ser humano es parte de la Naturaleza y que ella es una condición necesaria para la existencia humana y contrariamente el deterioro de la Naturaleza niega Derechos Humanos.
4. *Su efectividad es dudosa.*
   Crespo, (citado en Cruz, 2014), hace referencia que paulatinamente se va cambiando la relación con ella y Zaffaroni, (citado en Cruz, 2014), alude a que otorgar la facultad a cualquier persona de su defensa hará que se motive su protección.

Así pues, los Derechos de la Naturaleza se construyen como un resultado de la dialéctica entre la tendencia positivista y jusnaturalista, es decir, se ha ido plasmando el reconocimiento positivo de nuevos derechos a nuevos titulares, generalmente

inspirado en una corriente jusnaturalista y opuesto por la positivista que se ha caracterizado por ser más resistente a los cambios en las instituciones (Prieto, 2013).

Colombia, territorio pluricultural

La Constitución Política de 1991 hace referencia a que Colombia reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (Artículo 7°), señalando que es obligación del Estado y de todas las personas proteger las riquezas naturales y culturales de la nación colombiana (Artículo 8°); por lo tanto, tal como lo plantea la Corte Constitucional en la Sentencia T-778/2005, el principio de diversidad étnica y cultural supone la aceptación de la existencia de muchas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo en un mismo territorio.

De acuerdo con la Organización Nacional Indígena de Colombia, el derecho a la identidad cultural es un derecho social, que está consignado en la Constitución, al declararse como uno de los principios básicos del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación y se constituye como la base de los demás derechos.

El literal (l) de la Sentencia C-882/11 dicta que los pueblos indígenas gozan de un privilegio para vivir conforme a su cosmovisión, destacando además que Colombia, tal como lo plantea el tribunal constitucional en la Sentencia T-208/2007, con la Constitución de 1991 se pasó de ser un sistema basado en la integración de las comunidades indígenas a la cultura mayoritaria para ser un sistema pluralista y participativo que acepta y respeta la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de la cultura occidental.

La Corte Constitucional indica que Colombia tiene una Constitución Cultural, pues es parte sustancial de la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho que conlleva a proteger el derecho a la cultura como una garantía que determina valores y referentes no sólo para quienes hacen parte del presente sino como un diálogo constante con la historia y las generaciones venideras (Sentencia T-129/11).

Colombia, tierra fértil para la materialización de los Derechos de la Naturaleza

La Carta Política de 1991, en sintonía con las principales preocupaciones internacionales en materia de protección del ambiente y la biodiversidad, ha reconocido que el derecho fundamental al medio ambiente sano tiene el carácter de interés superior

y de esta forma, lo ha desarrollado ampliamente a través de un importante catálogo de disposiciones (cerca de 30) que consagran una serie de principios, mandatos y obligaciones enfocados en una doble dimensión dirigida a: (i) proteger de forma integral el medio ambiente y (ii) garantizar un modelo de desarrollo sostenible, sobre los que se ha edificado el concepto de "Constitución Ecológica" (Sentencia T-622/16).

Para hablar de los Derechos de la Naturaleza en Colombia es importante precisar el proceso histórico-jurídico, pues la Corte Constitucional expresa que ha pasado por varias fases:

a) Una visión utilitarista que solo se limitaba a regular las relaciones entre las personas respecto del uso de los "recursos naturales", pues la Naturaleza está para servir al ser humano; por ende la apropiación y uso de recursos es sin limitación en aras del progreso.
b) Derivado de la Declaración de Estocolmo en 1972 en Colombia se expide el Código de Recursos Naturales y de Protección al medio ambiente (Decreto 2811 de 1974), que evoluciona con la sistematización de la legislación ambiental y nace el "derecho ambiental colombiano". Se promueve el uso adecuado de los recursos con limitaciones pues la conservación es esencial para la preservación de la humanidad, aludiendo que el ambiente es un patrimonio común.
c) Posteriormente con la Constitución de 1991 se infiere que el derecho al ambiente sano es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, componiéndose de tres facetas (facultad de cada persona de gozar de un ambiente sano, obliga a los ciudadanos y al Estado a protegerlo y determina el derecho a un ambiente sano como principio que irradia todo el ordenamiento jurídico); además manifiesta que si bien el medio ambiente tiene una estrecha relación con otros derechos, no se debe concebir solamente desde una perspectiva antropocéntrica sino como una visión en donde el ser humano es un elemento más de la Naturaleza y no uno superior (Sentencia T-608/2011).

Así mismo en la Sentencia T-080/2015 esta corporación manifiesta que el enfoque pluralista de la Constitución ha hecho que sus pronunciamientos acerca del interés superior de la Naturaleza en el ordenamiento jurídico y su protección reforzada tenga tres escenarios dinámicos, que se mencionan a continuación:

a) Visión antropocéntrica. Concibe al ser humano presente como la única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como meros objetos al servicio del mismo, por ende la defensa del medio ambiente adquiere sentido en la medida que permita la perpetuidad de la humanidad. Esta postura es la más extendida en Occidente y responde a una antigua tra-

dición filosófica y económica que han concebido al ser humano como el único ser racional, digno y completo del planeta.

b) Visión biocentrista (solidaria y comprehensiva). Se sustenta en el desarrollo sostenible por medio de principios intergeneracionales y de solidaridad global, pero sigue siendo antropocéntrica bajo el riesgo latente de un futuro que amenace la existencia humana. Esta postura se deriva del interés que en la Naturaleza debe protegerse únicamente para evitar la generación de una catástrofe que extinga al ser humano y destruya al planeta, así que la Naturaleza no es sujeto de derechos sino simplemente un objeto a disposición del ser humano.

c) Visión alterna. Derivada de cosmovisiones (especialmente de pueblos originarios) que conciben la Naturaleza como un auténtico sujeto de derecho, teniendo en cuenta el pluralismo, la autodeterminación de los pueblos y las corrientes alternas de pensamiento. En esta postura se considera que la tierra no le pertenece al ser humano, sino el ser humano pertenece a la tierra como cualquiera otra especie.

En la misma línea la Corte en Sentencia C-449/2015 indica que tanto la legislación como la jurisprudencia constitucional han tenido diversos enfoques jurídicos para hacer referencia a la protección de la Naturaleza, algunas antropocéntricas, otras biocéntricas e incluso ecocéntricas. Lo anterior precisamente por la relevancia que tiene la "Constitución Ecológica" al ser un instrumento dinámico y abierto (Sentencia T-080/2015) y es así como la Corte expresa que la preocupación por salvaguardar la Naturaleza como sujeto de derecho constituye un imperativo para los Estados y la comunidad.

En el mismo sentido, la sentencia T-080/2015, indicó que se han atendido los saberes ancestrales y las corrientes alternas de pensamiento, llegando a sostener que *'la Naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios que como tal, deben ser protegidos y garantizados'*

La Sentencia C-666/2010 indica que de la Constitución se desprende una protección reforzada del ambiente, alude que la protección del ambiente debe alejarse de la visión antropocentrista en que los integrantes de la Naturaleza están a disposición absoluta e ilimitada de los seres humanos. Así, la Corte indica que la importancia de la Naturaleza se relaciona con los seres humanos respecto de un ambiente sano para una vida digna, pero también respecto de los demás organismos vivos que son merecedores de protección *per se.*

En este sentido, de acuerdo con la Sentencia C-449/15, la compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la Naturaleza,

postura que principalmente ha encontrado justificación en los saberes ancestrales en orden al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7º Superior).

Es importante hacer hincapié en que la doctrina y la legislación ambiental aportan principios rectores del derecho ambiental, tales como: a). Desarrollo sostenible (desarrollo que satisfaga lo presente sin comprometer la satisfacción de necesidades de las generaciones futuras). b) Prevención (Evitar daños ambientales). c) Precaución (En la falta de certeza científica inaplicar una actividad por el riesgo de daño grave o irreversible). d). Quien contamina paga (el responsable de un daño ambiental debe pagar). e). Restablecimiento o reparación del daño ambiental (constituye un elemento del principio de prevención y de reparar un daño ambiental). f). *Principio in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura* (En determinado conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja) (Sentencia C-339 /2002).

Respecto del daño ambiental la Corte Constitucional indica que éste afecta dos tipos de intereses, los personales y naturales; por tanto el ordenamiento jurídico debe constituir medios de defensa y garantía para resarcir daños a la sociedad y compensar o restaurar para garantizar y asegurar los Derechos de la Naturaleza, específicamente en relación con los derechos a mantener y regenerar sus ciclos vitales (Sentencia C-632/2011).

Se destaca de manera complementaria que la legislación también ha considerado elementos que se acercan a la visión de la Naturaleza como sujeto de derecho, el Decreto-Ley 4633 de 2011 se refiere al territorio como integridad viviente y sustento de la identidad y armonía de acuerdo con la cosmovisión propia de los pueblos indígenas y en virtud del lazo especial y colectivo que sostienen con el mismo, sufre un daño cuando es violado o profanado por el conflicto armado interno.

¿Existe un vínculo entre la Constitución Cultural y Constitución Ecológica?

Colombia, con la expedición de la Constitución Política de 1991, reconoce el pluralismo que promueve el respeto por la identidad cultural protegiendo la diversidad étnica y cultural, así mismo recoge importantes planteamientos para la protección reforzada del medio ambiente.

Recientemente la Corte Constitucional tuvo un pronunciamiento que revoluciona la ciencia jurídica, tal como lo hizo el Parlamento de Nueva Zelanda en 2012, que le otorgó al río Whanganui el estatus de persona jurídica, pues el ***río Atrato fue***

declarado sujeto de derecho en la Sentencia T-622/16. Explica que la justicia con la Naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la Naturaleza puede ser sujeto de derechos.

La Corte Constitucional indica que existen derechos fundamentales de las comunidades indígenas que buscan proteger la identidad cultural, tales como el derecho a la supervivencia cultural, el derecho a la preservación de su hábitat natural (reconociendo la importancia que tiene para las comunidades indígenas la preservación de su hábitat natural y consciente de los cambios culturales que las variaciones en este hábitat pueden generar), entre otros (Sentencia T-113/2009).

La Sentencia T-622/16 indica que la defensa del medio ambiente constituye un objetivo primordial de la estructura del Estado Social de Derecho y además integra de forma esencial el espíritu a toda la Constitución; por lo tanto, la conservación de la biodiversidad conlleva necesariamente a la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella; por tal razón hace referencia a los **"derechos bioculturales"** que son aquellos que poseen las comunidades étnicas de administrar y ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios de acuerdo con sus propias leyes, costumbres y los recursos naturales que conforman su hábitat en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad.

Estos derechos resultan de la conexión intrínseca entre la Naturaleza y la cultura de las comunidades étnicas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente; es decir, éstos integran el derecho a los recursos naturales y a la cultura de las comunidades étnicas. El autor indio Sanjay Kabir Bavikatte, destaca que los derechos bioculturales reafirman el profundo vínculo entre comunidades étnicas con los recursos que comprenden su territorio, entre ellos flora y fauna.

El fundamento filosófico de los derechos bioculturales se caracteriza por tres aproximaciones:

a) Se materializa en la combinación de Naturaleza con cultura (biodiversidad: amplio catálogo de recursos biológicos y diversidad cultural: conjunto de tradiciones, usos, costumbres culturales y espirituales de los pueblos).
b) Se analizan experiencias concretas históricas de las comunidades para realizar un diagnóstico actual en materia de desarrollo sostenible con el objetivo de ayudar a conservar su diversidad biocultural.
c) Se resalta la singularidad y universalidad que representa la existencia de los pueblos étnicos para la humanidad.

Los derechos bioculturales tienen un origen histórico-social en la medida que surgieron como consecuencia de la implementación de modelos occidentales

de desarrollo y desarrollo sostenible, así como de sus efectos sociales, culturales y ecológicos en las comunidades étnicas en diferentes partes del mundo; en ese orden de ideas los derechos bioculturales se fundan sobre la relación profunda entre la Naturaleza y la especie humana expresándose con elementos complementarios de la siguiente manera:

- ✓ Múltiples modos de vida expresados como diversidad cultural están íntimamente vinculados con la diversidad de ecosistemas y territorios.
- ✓ La riqueza expresada en la diversidad de las culturas, prácticas, creencias y lenguajes es el producto de la interrelación coevolutiva de las comunidades humanas con sus ambientes y constituye una respuesta adaptativa a cambios ambientales.
- ✓ Las relaciones de las diferentes culturas ancestrales con plantas, animales, microorganismos y el ambiente contribuyen activamente a la biodiversidad.
- ✓ Los significados espirituales y culturales de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre la naturaleza forman parte integral de la diversidad biocultural.
- ✓ La conservación de la diversidad cultural conduce a la conservación de la diversidad biológica, por lo que el diseño de política, legislación y jurisprudencia debe enfocarse por la conservación de la bioculturalidad.

El Convenio 169 de la OIT de 1989 establece un enfoque biocultural al reconocer la especial vinculación de los modos de vida de los pueblos indígenas con los territorios y sus recursos.

El Convenio de diversidad biológica de 1992 mediante la Ley 165 de 1994 aborda derechos bioculturales desde una perspectiva científica de la diversidad biológica y de la relación con las poblaciones que interactúan con la misma, es decir, que reconoce el papel fundamental que los modos de vida de comunidades indígenas y étnicas juegan en la conservación de la biodiversidad.

Así, la Corte Constitucional en esta misma providencia indica que contar con ambiente sano es una condición necesaria para garantizar derechos fundamentales de las comunidades étnicas, puesto que la supervivencia de las comunidades está ligada a la integridad de su medio ambiente.

De esta manera se destaca que la protección del ambiente tiene una relación directa e interdependiente con otros derechos como la cultura y el territorio, es decir, los derechos bioculturales. Este enfoque establece entonces una vinculación entre naturaleza y cultura, puesto que la biodiversidad conlleva necesariamente a la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella.

La Corte es enfática en indicar que existe un reto del constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental que consiste en la protección efectiva de la

Naturaleza, las culturas y la formas de vida asociadas a ella no por la simple utilidad, sino porque se trata de una entidad viviente compuesta por múltiples formas de vida, es decir, sujetos de derechos individualizables.

En este caso la Corte Constitucional, al dimensionar la protección ambiental y los derechos bioculturales que predican la protección conjunta e interdependiente del ser humano con la naturaleza, declara al río Atrato como sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y, en el caso concreto, restauración a cargo del Estado y de las comunidades étnicas haciendo uso de la representación legal de actores del Gobierno nacional y de las comunidades, convirtiéndose en los guardianes del río.

En éste orden de ideas, es fundamental indicar que la Corte Constitucional Colombiana es y ha sido protagonista en sentar las bases para definir los alcances, retos y oportunidades de construir posturas que son el resultado de los diálogos interculturales debido a la connotación pluralista, participativa y democrática del Estado Social de Derecho, además de brindar garantías de protección reforzada al ambiente, siendo éste el cimiento de los derechos ambientales; de la misma manera ha construido una doctrina que está en permanente movimiento transitando entre el antropocentrismo, biocentrismo y ecocentrismo jurídico en aras de propiciar la materialización del principio del desarrollo sostenible, de proteger el medio ambiente *per se* y proteger la autodeterminación de comunidades étnicas.

En conclusión, se infiere que existe un profundo vínculo entre las comunidades étnicas, la Naturaleza, el territorio y la cultura que se concretan en los derechos bioculturales; éstos fusionan la esencia de la Constitución ecológica y cultural que ha planteado la Corte Constitucional reflejando el diálogo intercultural entre la tradición jurídica occidental y la sabiduría ancestral.

Referencias

Acosta, A. (2009). Derechos de la naturaleza y buen vivir: ecos de la Constitución de Montecristi. Derecho y Política en la Era de la Sostenibilidad. [En línea]. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000213&pid=S1900-38032014000100014000001&lng=en

Cárdenas, A y Fajardo R. (2007). El derecho de los animales. LEGIS. Primera edición. Colombia.

Cardona, J. (2007). Una reflexión desde la bioética. Revista Latinoamericana de Bioética Los Derechos Humanos. Edición 12, Volumen 7. Universidad Militar

de Nueva Granada. (pp.116-125). Colombia. [En línea]. Disponible en: https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/1142/877

Cartay, B. La Naturaleza: objeto o sujeto de derechos. [En línea]. Venezuela. Facultad de Arquitectura. Universidad de Los Andes. Disponible en: http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19016/1/articulo1.pdf

Congreso de la República. Ley 165 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Diversidad Biológica", hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. [En línea]. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37807

Constitución Política de Colombia de 1991. [En Línea]. Disponible en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Corte Constitucional. SENTENCIA C-339/02. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería. Bogotá D.C., siete (7) de mayo de dos mil dos (2002).

Corte Constitucional. SENTENCIA T-778/2005. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil cinco (2005).

Corte Constitucional. SENTENCIA C-208/07. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007).

Corte Constitucional. SENTENCIA T-113/09. Magistrado Ponente Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez. Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009)

Corte Constitucional. SENTENCIA C-666/10. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil diez (2010).

Corte Constitucional. SENTENCIA T-608/11. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil once (2011).

Corte Constitucional. SENTENCIA C-632/11.Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011).

Corte Constitucional. SENTENCIA C-882/11. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil once (2011).

Corte Constitucional. SENTENCIA T-129/11.Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., tres (03) de marzo de dos mil once (2011).

Corte Constitucional. SENTENCIA C-449/15.Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015).

Corte Constitucional. SENTENCIA T-080/15.Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil quince (2015).

Corte Constitucional. SENTENCIA T-622/16. Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Cruz, E. (2014). Del derecho ambiental a los derechos de la naturaleza: sobre la necesidad del diálogo intercultural. Verba Iuris 31. Universidad Libre. (pp. 15-29). Colombia. [En línea] Disponible en: http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/31/derechos-de-la-naturaleza-descolonizacion-e-interculturalidad-acerca-del-caso-ecuatoriano.pdf

Decreto-ley 4633 de 2011. [En línea]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4633_2011.html

Mesa, G (2015). Nuevos sujetos de derecho, participación, litigio y justicia ambiental. Memorias Encuentro Constitucional por la Tierra. Panel VII Participación y litigio en temas ambientales. Corte Constitucional de Colombia. Editorial Universidad del Rosario. (pp.423- 437). [En línea]. Bogotá. Colombia. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Encuentro%20Jurisdiccional%202014.pdf

Murcia, Diana (2012). La naturaleza con derechos. Un recorrido al derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y del desarrollo. Universidad del Bosque. Bogotá, Colombia. En Línea]. Disponible en: http://www.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/node/field-documents/field_document_file/lanaturalezaconderechos.pdf

ONU. Carta Mundial de la naturaleza. [En Línea]. 1982. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/37/7&Lang=S

OIT. Convenio 169. [En Línea]. 1989. Disponible en: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2006/4600

Patiño, M. (1999). Derecho ambiental Colombiano. Bogotá, Colombia: Legis editores S.A. Primera edición.

Prieto, J. (2013). Derechos de la naturaleza: fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional. [En línea]. Quito, Ecuador. Corte Constitucional de Ecuador. Disponible en: https://therightsofnature.org/wp-content/uploads/pdfs/Espanol/Prieto_DDN_2013.pdf

Rodríguez, G. Breve reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. [En línea]. Colombia. Universidad del Rosario. Disponible en: http://www.urosario.edu.co/urosario_files/3a/3a3ccef9-bcde-4c21-bfcf-35cae97d5c48.pdf

La sentencia del río Atrato: un paso más allá de la Constitución Verde

Alejandra García[1]
Daniela Varón[2]

1. Abogada de la Universidad de los Andes de Colombia. Cofundadora del Centro de Pensamiento Ambiental Mano de Oso.
2. Abogada con opción en gobierno y periodismo de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como consultora en temas de Agenda 2030 y Objetivos de Desarrollo Sostenible. Cofundadora de Mano de Oso.

Resumen

El objetivo de este artículo es analizar la sentencia T- 622 de 2016, cuyo magistrado ponente es Jorge Iván Palacio Palacio, comúnmente conocida como la "Sentencia del río Atrato", con el fin de demostrar por qué representa un verdadero hito en la protección del medio ambiente y la aplicación de la Constitución Política de 1991, también llamada Constitución Verde o Ecológica. Para esto, el artículo se divide en cinco partes. En la primera se presenta un diagnóstico general de la crisis socio ambiental en el río Atrato que llevó a la Corte Constitucional a emitir este histórico fallo. Posteriormente, se muestra cómo esta sentencia hace parte de una nueva corriente neoconstitucionalista denominada como "activismo judicial dialógico". En el tercer aparte, se muestra cómo este fallo, a pesar de ser el primero en Colombia, se puede inscribir dentro de un movimiento global naciente y progresista que busca el reconocimiento de los recursos naturales como destinatarios de protección constitucional. Seguidamente, se analiza la situación de los recursos hídricos colombianos que ilustran la necesidad de que se tomen acciones estatales inmediatas para su protección antes de que deriven en verdaderas crisis socio ambientales como la ocurrida en el río Atrato. La quinta y última parte servirá a manera de conclusión.

1. La crisis socio ambiental en el río Atrato

Uno de los ríos más caudalosos que recorre las tierras colombianas nace en el cerro Plateado, en la cordillera occidental de los Andes, y desemboca en el golfo de Urabá, en el mar Caribe. Lleva el nombre de río Atrato y se encuentra en la región del Chocó biogeográfico que abarca aproximadamente 187.400 kilómetros cuadrados, desde el norte del Perú hasta el oriente de Panamá. Es uno de los territorios más ricos del mundo en diversidad de recursos animales, vegetales e hídricos, pues cuenta con un número estimado de entre 8.000 y 9.000 especies de flora, de las que un 20% son endémicas, 200 de mamíferos, 600 de aves, 120 de anfibios y 100 de reptiles (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014, p.141). Su riqueza también es étnica y cultural, ya que el territorio lo ocupan comunidades negras, mestizas e indígenas de las etnias Embera-Dóbida, Embera-Katío, Embera-Chamí, Wounan y Tule.

Sin embargo, la situación de este territorio es paradójica. Aun cuando en el Chocó y en la rivera del Atrato hay una inmensa riqueza ambiental y cultural, es una de las regiones más pobres del país con un 48.7% de su población viviendo en condiciones de pobreza extrema (Corte Constitucional, T- 622 de 2016, M.P Palacio Palacio, p.73). Asimismo, es un hecho notorio que la costa del Pacífico ha sido históricamente golpeada por el conflicto armado colombiano, situación que ha puesto en condición de vulnerabilidad tanto a las comunidades como a los recursos naturales. A esta situación se suma un abandono parcial por parte del Estado, lo que ha propiciado la proliferación de actividades ilícitas, entre ellas, la minería y la tala indiscriminada de bosques, al punto que la Defensoría del Pueblo ha declarado la situación del Chocó como una verdadera crisis humanitaria (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014).

Por generaciones las comunidades lograron convivir de manera armónica con el ecosistema, al encontrar en la rivera del río Atrato una fuente de vida, el lugar propicio para desarrollar sus costumbres y formas tradicionales. De hecho, la minería artesanal es una práctica ancestral en la región. Sin embargo, hoy en día, el aumento a nivel global del precio del oro, sumado a las prácticas ilícitas, la minería de oro, platino y otros metales se ha convertido en una de las principales causas de degradación ambiental, contaminación de fuentes hídricas y del suelo, pérdida

de biodiversidad, erosión, destrucción de ecosistemas frágiles y deforestación en el territorio chocoano y en la cuenca del Atrato. Es contradictorio que se estén llevando a cabo actividades de minería en el 76% de los municipios del Chocó y que el departamento haya ocupado el primer lugar en la producción de platino en Colombia en el año 2012 con un 98,6% (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014), cuando no hay ninguna licencia ambiental emitida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y que solo tres proyectos mineros tienen licencia de Codechocó (Rodríguez, Rodríguez y Crane, 2017, p.31).

Ahora bien, el problema radica principalmente en que la minería en el río Atrato y en otras fuentes hídricas se apoya en el uso de maquinaria pesada, elevadores hidráulicos y retroexcavadoras que a su paso destruyen el cauce del río e inundan el agua y el suelo con metales pesados, en particular con mercurio y cianuro, cuyos efectos en la salud humana son mortales. El vertimiento de estas sustancias químicas tóxicas constituye un riesgo elevado para la vida, la salud y el equilibrio natural (García et al, 2017). El mercurio es el elemento no radiactivo más tóxico que se conoce en la naturaleza y tiene la capacidad de transformarse en el compuesto orgánico metilmercurio, una sustancia aún más peligrosa, que es capaz de bioacumularse en los seres vivos y aumentar su concentración a medida que asciende en la cadena alimenticia, (García et al, 2017) por ejemplo, en la carne de los peces, que representan la fuente primaria de alimento de la población del Chocó.

Por todo lo anterior, este departamento se encuentra sumergido en una crisis humanitaria, sociocultural y ambiental, ignorada reiterativamente por el Estado Colombiano, lo que llevó al Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna", en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH), y otros, a interponer una acción de tutela contra la Presidencia de la República y otras entidades nacionales y locales, con el fin de salvaguardar sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas (Corte Constitucional, T- 622 de 2016, M.P. Palacio Palacio, p. 84).

Este es justamente el tipo de situaciones las que busca solucionar la Constitución de 1991, que ha sido denominada como una "Constitución Verde" o "Constitución Ecológica", al ser la primera Carta Política que evidencia una clara preocupación por proteger el medio ambiente y garantizar un modelo de desarrollo sostenible en nuestro país. Para esto consagra una serie de principios, derechos y deberes innovadores que buscan que las generaciones presentes y futuras de co-

lombianos puedan vivir y desarrollarse dentro de condiciones dignas y mejorar su calidad de vida, al mismo tiempo que protegen los ecosistemas y recursos naturales.

La Constitución Política de 1991, a través de más de 30 artículos[3], obliga al Estado y a la sociedad colombiana a proteger el medio ambiente y la biodiversidad, con el fin de prevenir y controlar el deterioro ambiental, y procurar su conservación, restauración y desarrollo sostenible. La Corte Constitucional ha emitido varios fallos[4] que materializan estos principios y derechos. Por ejemplo, en la sentencia C-632 de 2011, la Corporación empezó a hablar por primera vez de los derechos de la naturaleza al establecer que […] *"en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados."* (Corte Constitucional, C-632 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

En esa línea, la Sala Sexta de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, dio un paso más allá en la aplicación de la Constitución Verde. Haciendo uso de su facultad de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Corporación asumió la tarea de abordar de fondo el problema socio-ambiental que se vive hace varios años en el río Atrato. En primer lugar, la Corte Constitucional hizo un análisis detallado del porqué es procedente la acción de tutela en un caso donde se vulnera el derecho colectivo al ambiente sano, cuya protección debería invocarse a través de la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política. Según la sentencia, las acciones populares han sido ineficientes para dar solución a situaciones de esta índole ya que se necesitan medidas complejas y una articulación interinstitucional *"[...] que supera los alcances normativos y prácticos de la acción en mención; pero con los que sí cuenta la acción de amparo, que fue diseñada precisamente para dar respuesta a problemas complejos y estructurales."* (Corte Constitucional, T- 622 de 2016, M.P. Palacio Palacio, p. 21). El problema jurídico a resolver en esta oportunidad consistió en determinar si con ocasión de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños, y a la omisión de las autoridades estatales demandadas (encargadas de hacer frente a esta situación, tanto del nivel local como del nacional), se presenta una vulneración de los derechos fundamentales alegados por los accionantes.

3. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-608 de 2011, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez: El texto constitucional se refiere puntualmente al derecho al medio ambiente en los artículos 8, 79, 80 y 95 numeral 8; adicionalmente hay más de 25 alusiones dentro del texto relacionadas con la protección de éste.
4. Al respecto se pueden consultar las sentencias T-411 de 1992, C-519 de 1994, C-126 de 1998, T-760 de 2007, C-595 de 2010, T-055 de 2011, entre otras.

2. La sentencia T-622 de 2016: hito en la jurisprudencia constitucional colombiana

La Corte en esta sentencia reconoció que Colombia es un país mega biodiverso y que la defensa del ambiente sano constituye un objetivo fundamental dentro del Estado Social de Derecho, al recalcar lo que ya había dicho en otras oportunidades:

> *(…) la preocupación por salvaguardar los elementos y componentes de la naturaleza, fueran estos bosques, atmósfera, ríos, montañas, ecosistemas, etc., no deben materializarse por el papel que representan para la supervivencia del ser humano, sino principalmente porque se tratan de sujetos de derechos individualizables al tratarse de seres vivos. Solo a partir de una actitud de profundo respeto con la naturaleza y sus integrantes es posible entrar a relacionarse con ellos en términos justos y equitativos, abandonando todo concepto que se limite a lo utilitario o eficientista* (Corte Constitucional, C-449 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Asimismo, el fallo en mención marcó un punto de quiebre en la jurisprudencia colombiana en torno a la protección del medio ambiente, ya que, tradicionalmente las decisiones habían adoptado visiones antropocéntricas o biocéntricas, en las que el ambiente es sujeto de protección en razón a los servicios que presta al hombre y debido a la necesidad de preservar los recursos naturales para las generaciones futuras. En contraste, la sentencia del Atrato plasma una visón ecocéntrica la cual concibe la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos y su mera existencia es merecedora de protección. Dentro de este concepto la tierra no le pertenece a los seres humanos sino por el contrario, es el humano quien pertenece a la tierra como cualquier otra especie.

Es tal la importancia que se le atribuye al ambiente en este fallo que la Corte expuso que el desafío más grande que enfrenta el constitucionalismo moderno, en materia ambiental, consiste en salvaguardar y proteger efectivamente la naturaleza y garantizar que sea un tema trasversal al ordenamiento constitucional colombiano. En este orden de ideas, reconocer el valor inmensurable que tiene el río Atrato en sí mismo y para las comunidades motivaron a la Corte a tutelar los derechos de los accionantes, y a reconocer al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeta de derechos a su protección, conservación, mantenimiento y restauración.

2.1 La sentencia T- 622 y 2016: ejemplo del activismo dialógico

En su libro *"Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global"*, los abogados César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco estudian las nuevas prácticas de litigio globales que buscan realizar reformas estructurales para lograr cambios sociales. Específicamente, exploran el concepto de "activismo judicial dialógico", que forma parte de una tendencia neoconstitucionalista en Latinoamérica y otras regiones del Sur Global como India y Suráfrica (Rodríguez y Rodríguez, 2015), a través del cual los tribunales constitucionales se tornan en verdaderos activistas que moderan e impulsan procesos necesarios para afrontar y solucionar casos de violaciones masivas de derechos sociales y económicos (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 230).

El concepto de "activismo judicial" ha existido desde 1947, introducido por el destacado académico estadounidense Arthur Schlesinger Jr. en una de las ediciones de la Revista Fortune del mismo año, propagándose por todo el mundo. Se han propuesto muchas definiciones de lo que se entiende por este concepto. Algunos, por ejemplo, han definido el activísimo judicial como el momento en que un juez actúa discrecional y libremente, sin mayores ataduras a su potestad, con el fin de "hacer justicia" (García y Verdugo, 2013). Sin embargo, la definición de activismo judicial depende del concepto que se tenga de democracia, del rol de los jueces dentro del sistema político, y de teorías jurídicas sobre la interpretación normativa y la función jurisdiccional (García y Verdugo, 2013).

César y Diana Rodríguez han desarrollado una nueva categoría de sentencias activistas que se resaltan por su carácter "dialógico", que hace referencia a cuando los fallos forjan diálogos entre actores claves para generar reformas estructurales. A continuación, se evidencia cómo la sentencia del río Atrato cumple con las características desarrolladas por los autores para calificar un fallo como una sentencia dialógica.

2.1.1 La sentencia tiene efectos sobre una población considerablemente grande

En su decisión la Corte Constitucional evidencia una violación masiva de derechos de las comunidades que habitan en la cuenca del río Atrato, razón por la cual opta por otorgarle efecto *inter communis* a la sentencia. Esto significa que todas aquellas comunidades del Chocó que se encuentren en igual situación fáctica y jurídica que los accionantes pueden gozar de la misma protección de derechos, indepen-

dientemente de si participaron en la tutela o no. El fallo declara que las entidades accionadas han vulnerado sistemáticamente los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas al permitir, con conocimiento, el vertimiento indiscriminado de mercurio y otras sustancias químicas tóxicas necesarias para la realización de actividades mineras ilegales en el río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños, y al no tomar medidas concretas y articuladas para evitarlo, incumplimiendo sus deberes legales y constitucionales.

Sumado a lo anterior, esta sentencia da un paso histórico en la aplicación de los principios consagrados en la Constitución Verde al reconocer, por primera vez en la historia de la jurisprudencia constitucional colombiana, dos categorías de derechos completamente innovadores. En primer lugar, reconoce la categoría de derechos bioculturales, entendidos como aquellos que tienen las comunidades étnicas para administrar sus territorios autónomamente –de acuerdo con sus propias leyes y costumbres– y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida, bajo una conexión única con el medio ambiente y la biodiversidad que los rodea (Corte Constitucional, T-622 de 2016, M.P. Palacio Palacio, p. 137). Estos derechos reconocen la profunda e intrínseca conexión que existe entre ciertas comunidades y sus recursos, ya que son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente. Este es el caso de las comunidades del río Atrato, quienes encuentran en este su fuente de vida y el lugar donde desarrollan sus costumbres y tradiciones, entre las que se destacan la minería artesanal, la agricultura, la caza y la pesca, con las que aseguraron por siglos un abastecimiento total de sus necesidades alimentarias y que se encuentra en peligro por el desarrollo de minería y explotación forestal ilegal, en una región que ha sufrido los flagelos de la guerra y del desplazamiento forzado (Corte Constitucional, T-622 de 2016, M.P. Palacio Palacio, p. 3). Así, la premisa central sobre la cual se basa el concepto de los derechos bioculturales es reconocer un estilo de vida basado en una relación holística entre la naturaleza y la cultura.

Por otro lado, la Corte reconoce los derechos de conservación, protección, mantenimiento y restauración al Río Atrato, al considerar que se trata de una "existencia" merecedora de protección en sí misma, por su valor intrínseco. Un antecedente importante es la sentencia T-080 de 2015, también de magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio, en la que se obligó a la empresa Dow Química a responder por el daño ecológico a la bahía de Cartagena; la Corte ya reconocía que la naturaleza no debe entenderse únicamente como entorno de los seres humanos, sino como un sujeto con derechos propios, que deben ser protegidos. Sin embargo, únicamente hasta el fallo T-622 se definió una serie de derechos concretos en cabeza de un ecosistema específico: el río Atrato.

La Corporación expone que esto debe hacerse en virtud de ser conscientes de la dependencia mutua que existe entre todos los seres vivos del planeta *"[...] esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global –biósfera–, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad"* (Corte Constitucional, T-622 de 2016, M.P. Palacio Palacio, p. 34). Según la Corte, otorgar estos derechos a la naturaleza encuentra plena justificación en el interés superior del ambiente que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está reconocido en la Constitución Verde. La decisión de reconocer estos cuatro derechos específicos responde a los estudios técnicos sobre el estado del río, gracias a los cuales la Corte concluye que las condiciones en las que se encuentra actualmente llevan a la necesidad de que se proteja, conserve, restaure y mantenga. Ahora bien, la sentencia no aborda específicamente el contenido y alcance de cada uno de los derechos, es decir no estipula qué se entiende exactamente por "conservación", "mantenimiento", "protección" y "restauración". Si bien no recae dentro de la competencia de la Alta Corte establecer cómo se deben llevar a cabo procesos técnicos y científicos como la restauración de un ecosistema, sería útil que, en futuras ocasiones, y en aras de garantizar la efectividad de las órdenes emitidas, la Corte profundizara sobre el alcance de los derechos ya que, como se ha visto, nunca habían sido explorados en la jurisprudencia colombiana.

2.2 La sentencia busca articular diversas entidades públicas

En segundo lugar, el fallo involucra diversas entidades públicas, nacionales, regionales y locales, que han sido parcialmente responsables de las fallas de política pública que contribuyeron a la desprotección de los derechos del río y sus comunidades aledañas. Por ejemplo, *"es evidente la falta de información sobre la realidad minera regional en el Chocó que se traduce en la inexistencia de censos, documentos o investigaciones actualizadas y de referencia que permitan identificar los principales lugares donde se desarrolla esta actividad y qué clase de impacto tiene"* (Corte Constitucional, T-622 de 2016, M.P. Palacio Palacio, p. 116). Sin información precisa, actualizada y confiable es imposible diseñar política pública a mediano y largo plazo que pretenda combatir de manera efectiva las problemáticas sociales y ambientales de la región.

En esta sentencia la Corte Constitucional reprocha la falta de articulación y coordinación entre las diferentes entidades accionadas en la ejecución de medidas apropiadas para la protección del río Atrato. Además, asegura que las acciones tomadas por las entidades estatales competentes en ese caso se han caracterizado por ser *"[…] asistencialistas y aisladas, sin mayor coordinación respecto de garantizar el cuidado, mantenimiento o recuperación de la cuenca del río Atrato y sus afluentes"*

(Corte Constitucional, T-622 de 2016, M.P. Palacio Palacio, p. 129). La Corte reitera que el Estado colombiano cuenta con una serie de herramientas legales, de las que no está haciendo uso, para enfrentar la grave crisis humanitaria, social y ambiental que se presenta en el departamento de Chocó. Ahora bien, la Corte no se limita a enunciar la falta de coordinación institucional, sino que asume la tarea de poner a los actores a dialogar entre sí con el fin de abordar efectivamente la crisis en cuestión. Esto lo hace a través de órdenes verdaderamente innovadoras como veremos a continuación.

2.3 La Corte imparte órdenes de carácter dialógico

Para contrarrestar esta falta de articulación y efectividad, la Corte impartió una serie de órdenes de carácter procedimental que contemplan el involucramiento de la sociedad civil y del Estado en la creación e implementación de acciones para abordar la crisis generada por la degradación del río Atrato, en vez de imponer medidas precisas. Así, las órdenes de la Corte tienen *"[…] fines amplios y vías de implementación claras estableciendo plazos máximos y ordenando la elaboración de informes de seguimiento, al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos gubernamentales"* (Corte Constitucional, T-622 de 2016, M.P. Palacio Palacio, p. 32). Con esto la Corte asegura que las entidades involucradas se sienten a dialogar y construyan planes efectivos para garantizar la protección de los derechos tutelados en su fallo, situación comparable con otras sentencias estructurales como la T-025 de 2004.[5]

El Alto Tribunal le ordenó al Gobierno nacional ejercer la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en su cuenca. Asimismo, obligó al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional –Unidad contra la Minería Ilegal–, al Ejército Nacional de Colombia, a la Fiscalía General de la Nación, a las gobernaciones de Chocó y Antioquia y a los municipios demandados, en conjunto con los accionantes y con el acompañamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores, a que diseñen e implementen dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la sentencia, un plan de acción conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal existentes no solo en el río Atrato y sus afluentes, sino también en el departamento de Chocó. Con estas órdenes, la Corte busca que los accionantes y accionados pasen de una actitud adversarial a una investigativa y así se encuentre una nueva definición del problema y sus soluciones a través del diálogo.

5. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. La cual trata la problematica de desplazamiento en Colombia.

Por otro lado, la Corte obliga a que los representantes legales del río diseñen y conformen, dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la providencia una comisión de guardianes del río Atrato, integrada por los dos guardianes designados (gobierno y comunidades) y un equipo asesor al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y a WWF Colombia, para que aporten su conocimiento y experiencia. Asimismo, ordena al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Defensa, a Codechocó y Corpourabá, a las Gobernaciones de Chocó y Antioquia, y a los municipios demandados con el apoyo del Instituto Humboldt, las Universidades de Antioquia y Cartagena, el Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, WWF Colombia, en conjunto con las comunidades étnicas accionantes, a que dentro del año siguiente, diseñen y pongan en marcha un plan para descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes, los territorios ribereños, recuperar sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región. Según Rodríguez y Rodríguez, involucrar a nuevos actores de la sociedad civil, como ONGs y academia, es un elemento fundamental de las sentencias dialógicas, al permitir una interacción directa entre actores claves, la colaboración entre el Estado y la sociedad civil con respecto a la problemática, lo que permite generar alternativas novedosas, potencialmente democratizadoras, para la protección judicial de los derechos vulnerados (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 32).

Adicionalmente, el fallo muestra su carácter dialógico al estimular mecanismos de seguimiento participativos a las medidas adoptadas. La Corte le ordena a la Procuraduría General, a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General, que realicen un proceso de acompañamiento y seguimiento al cumplimiento y ejecución de todas las órdenes impartidas, en el corto, mediano y largo plazo. Dicho proceso debe ser liderado y coordinado por la Procuraduría, que debe conformar un panel de expertos que asesore el proceso de seguimiento y ejecución, rendir informes, y estará bajo la supervisión general del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (juez de primera instancia en el trámite de tutela) y de la Corte Constitucional, quien, en todo caso, se reserva la competencia para verificar su cumplimiento. De acuerdo con los criterios expuestos en "Juicio a la Exclusión" estas órdenes representan una verdadera sentencia dialógica de "seguimiento fuerte" al demostrar una voluntad de la Corte Constitucional de intervenir de forma activa en el proceso de implementación para fomentar el cumplimiento del Estado, al reservar su competencia en la materia (Rodríguez y Rodríguez, 2015).

2.4 ¿Qué implica que la sentencia del río Atrato haga parte del activismo judicial dialógico?

A nivel mundial han existido múltiples críticas frente al activismo judicial, al considerar esta corriente una verdadera intromisión ilegítima de la rama judicial en

las otras ramas de poder y atentar contra el proceso democrático y el equilibrio de poderes (Hammer, 2007). Entre estas se destacan las críticas hechas por el estadounidense James Thaye quien asegura, a través de su reconocida teoría *"judicial restraint"* (restricción judicial en español), que los jueces deben evitar tomar decisiones con impactos políticos muy fuertes y ser respetuosos de las decisiones democráticas (García y Verdugo, 2013, p.35).

Es verdad que, al hacer uso de sus atribuciones constitucionales, los jueces deben analizar cuidadosamente los riesgos de exceder su potestades para no generar un desequilibrio entre ramas y, sobre todo, atentar contra las entidades elegidas democráticamente. No obstante, dejar desprotegidos a los ciudadanos frente a las acciones u omisiones del Estado, sobre todo cuando implica violaciones masivas de derechos humanos de poblaciones vulnerables como el caso del Río Atrato, es impermisible. Asimismo, en el caso específico, el otorgar derechos a un ecosistema probablemente no se hubiera dado por decisión de otra rama del poder público. Tal vez, este importante paso de darle categoría de sujeto de derechos a un ecosistema no se hubiera dado en el corto plazo si no fuera por la Corte Constitucional.

Así, si bien, no hay duda que los jueces merecen ser criticados cuando se extralimitan de sus funciones sin fundamento o rigurosidad, el activismo judicial dialógico a veces es necesario para la protección de las libertades individuales y la vigencia efectiva del Estado de Derecho (Hammer, 2007) y, en el caso pacífico, la vigencia de una Constitución que se resalta por su carácter "verde". De cualquier modo, en la sentencia del río Atrato la Corte impartió órdenes abiertas que plantean y dirigen el diálogo necesario entre actores claves para que sean estos quien tomen las decisiones finales, en vez de otorgar órdenes concretas que obligan a las otras ramas a actuar de determinada manera, lo que sí podría considerase una intromisión en el actuar de las otras ramas de poder.

3. La sentencia T-622 de 2016: sumándose a una tendencia global naciente y progresista

En la sentencia del río Atrato no es la primera vez que se habla de los derechos que debe tener la naturaleza. Actualmente se está debatiendo la Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra en la Organización de las Naciones Unidas, impulsada por el gobierno boliviano y apoyada por varios países latinoamericanos, que busca crear un marco jurídico que permita proteger los recursos naturales y asegurar el

bienestar de la humanidad. Esta declaración, definiría "la Madre Tierra" como una comunidad indivisible[6] vital de seres interdependientes e interrelacionados con un destino común (artículo 1), que tiene derecho a la vida y a existir; derecho a ser respetada; derecho a la regeneración de su bio capacidad y continuación de sus ciclos y procesos vitales libres de alteraciones humanas; derecho a mantener su identidad e integridad como seres diferenciados, auto-regulados e interrelacionados; derecho a su salud integral; derecho a estar libre de contaminación, entre otros (artículo 2). Para lograrlo, este instrumento internacional, que busca ser el equivalente de la Declaración de los Derechos Humanos para la naturaleza, establecería que todas las personas somos responsables de respetar y vivir en armonía con la Madre Tierra, y que, por tanto, estamos en la obligación de respetar, proteger, conservar, y restaurar la integridad de sus procesos y equilibrios vitales, así como garantizar que los daños causados por violaciones humanas se rectifiquen (artículo 3).

Estos principios ya son reconocidos en la Constitución de Ecuador (2008), denominada globalmente como la Constitución más verde del mundo por ser la primera en consagrar derechos inalienables a la naturaleza, a quien denomina *"Pacha mama"*. Así, el artículo 71, que hace parte del capítulo denominado "Derechos de la naturaleza" de esta Carta Política, estipula que "La naturaleza o *Pacha Mama*, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos".

Tanto la Declaración Universal de Derechos de la Madre tierra como la Constitución ecuatoriana se basan sobre la premisa de que los seres humanos deberían dejar de concebir la naturaleza como su propiedad cuyo único propósito es satisfacer las necesidades humanas, para pasar a considerarla como una entidad independiente, merecedora de derechos sólo por el hecho de existir. Sin embargo, pocos países han materializado estos principios en decisiones concretas. El caso del río Whanganui, en Nueva Zelanda, es uno de estos.

3.1 El caso del río Whanganui y su relación con el caso del río Atrato

El más reciente caso de protección de los derechos de la naturaleza se dio en Nueva Zelanda, en marzo de 2017, momento en el que el Parlamento de este país convirtió en ley un acuerdo entre la Corona y la comunidad maorí Whanganui iwi, que

6. Comunidad compuesta de ecosistemas, comunidades naturales, especies y todas las otras entidades naturales que existen en el planeta.

llevaba 140 años aproximadamente pidiendo el reconocimiento del río Whanganui como una entidad viva. El río Whanganui es el río navegable más largo de Nueva Zelanda, se origina en el Monte Tongariro y termina en el mar Tasmanio, y ha sido reconocido por su larga historia de proveer el sustento físico y espiritual de las comunidades indígenas que habitan su cuenca (Maori Affairs Committee, 2017).

En este caso, la personería jurídica del río, el tercero más importante del país, implica su reconocimiento como una unidad viva e indivisible (*Te Awa Tupua* en lenguaje maorí) y concede el derecho a su existencia, a ser mantenido y a prosperar, junto con la obligación de que se le respeten todos sus elementos físicos y metafísicos (Maori Affairs Committee, 2017, p. 2). La necesidad de otorgarle esta categoría recae en razones muy similares a las del caso colombiano. En las consideraciones del acuerdo, se reconoce que entre 1880 y 1920 la Corona, con muy poco o ninguna consultación a las comunidades nativas, desarrolló proyectos productivos dañinos para el río, como servicio de transporte de barcos a vapor, así como extracción insostenible de minerales, lo que erosionó su calidad ecológica, al destruir poblaciones enteras de peces, y degradar el valor cultural y espiritual del río (Maori Affairs Committee, 2017, p. 3). Desde 1870 las comunidades indígenas comenzaron a pedirle a los tribunales neozelandeses compensación y justicia por las afectaciones ocasionadas al río. Sin embargo, sólo hasta 2017, más de 140 años después, se les reconocieron sus peticiones. El acuerdo les otorga 80 millones de dólares para compensar las acciones y omisiones de la Corona; 1 millón de dólares adicional para consolidar un marco legal sólido para la protección del río Whanganui; y 30 millones de dólares para la creación de un fondo destinado para la restauración de la cuenca.

Para esto, al igual que el caso del río Atrato, el río Whanganui tiene dos guardianes legales: el gobierno nacional y la comunidad del río Whanganui, que conforman conjuntamente una comisión de administración y protección denominada *Te Pou Tupua*. Igualmente, se crea un grupo asesor denominado *Te Karewao* cuyo propósito es apoyar el Te Pou Tupua. Adicionalmente, igual que en el caso colombiano, la ley obliga a la creación de una estrategia colaborativa para llevar a cabo la protección efectiva del río. Ahora bien, los miembros de el *Te karewao* y la estrategia que desarrollarán para llevar a cabo la protección del río está por definirse (Maori Affairs Committee, 2017).

Como se puede observar, el caso del río Whanganui y el caso del río Atrato son muy parecidos en cuanto reconocen la íntima relación que existe entre ciertos ecosistemas y las comunidades que dependen éstos, tanto física como espiritualmente, e imponen una serie de acciones semejantes para su protección, como otorgar derechos y designar guardianes legales comunitarios y gubernamentales que se apoyan en grupos asesores. Sin embargo, es necesario resaltar una diferencia estructural. La personería jurídica del caso neozelandés fue reclamada por la comunidad, por

lo que la ley que le reconoce sus derechos fue un instrumento que reaccionó ante peticiones existentes. Es decir, el concepto de derechos de la naturaleza fue introducido por la comunidad misma, no por el Estado neozelandés. Por el contrario, en el caso de la sentencia del río Atrato, hay que resaltar que este paso fue dado por una entidad ajena al conflicto: la Corte Constitucional. Así, fue la alta Corte quien desde su seno decidió ir un paso más allá de lo que estaban pidiendo los accionantes, el reconocimiento de sus derechos fundamentales, para reconocer la necesidades que tiene el río como un entidad independiente y merecedora de derecho. La comparación con este caso internacional nos demuestra, una vez más, cómo la Corte Constitucional colombiana se ha tornado en un verdadero actor activista que, a través de sus fallos, busca abordar y dar solución a problemas estructurales, más allá de limitarse a reconocer o rechazar las peticiones que llegan a su estrado.

Sin embargo, estos dos casos se diferencian en que el acuerdo con fuerza de ley que protege el río Whanganui tiene un beneficio que no contempla el fallo T-622 de 2016: la asignación presupuestal para llevar a cabo las acciones y planes necesarios para proteger el ecosistema. Como se vio, el acuerdo designa unos montos específicos para compensar las comunidades, desarrollar el marco jurídico necesario, y llevar a cabo las acciones de restauración. Si bien, por ley, no está dentro de la competencia de la Corte Constitucional hacer asignaciones presupuestales, sí vale resaltar una duda que se origina de sus órdenes: ¿De dónde va provenir el presupuesto para llevar a cabo las órdenes del fallo? Si bien la orden décimo primera dispone que el Gobierno nacional, a través del Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación deberá adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar los recursos suficientes y oportunos, que permitan la sostenibilidad y progresividad de todas las medidas a implementar para dar cumplimiento a lo ordenado (Corte Constitucional, T- 622 de 2016, M.P. Palacio Palacio, p. 162), hay incertidumbre sobre si se van asignar efectivamente los recursos necesarios, y más teniendo en cuenta que las entidades que deben llevar a cabo las órdenes son las mismas que perpetraron la vulneración masiva de derechos.

4. El agua en Colombia: el río Atrato no es el único en peligro

Colombia es un país reconocido por su oferta hídrica, que nos ha valido para posicionarnos históricamente como el cuarto país con más agua a nivel mundial. No obstante, recientemente la situación ha cambiado. De acuerdo con un informe

de la ONU sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo *"agua para todos - agua para la vida"*, para el año 2015, Colombia ocupó el puesto número 24, en razón a que, ahora se tiene en cuenta aspectos como la calidad y la disponibilidad del recurso. En el periódico de la Universidad Nacional de Colombia se mencionó que aunque se podría asumir que hay agua ilimitada en términos de disponibilidad para todos los colombianos, pues contamos con un promedio anual de precipitaciones muy por encima del promedio mundial, hay aproximadamente 720 mil cuencas hidrográficas y alrededor de 10 ríos con caudales permanentes, el panorama nacional no es tan prometedor. El Estudio Nacional del Agua (ENA) realizado por el IDEAM en el año 2014 revela una situación crítica en cuanto al estado de las fuentes hídricas del país. Entre las principales conclusiones del estudio se destaca que:

> *La afectación a la calidad del agua, expresada en cargas contaminantes de material biodegradable, no biodegradable, nutrientes, metales pesados y mercurio; se concentra en cerca de 150 municipios que incluyen ciudades como Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Villavicencio, Manizales y Bucaramanga. Se identificaron 61 sistemas acuíferos, cuya ubicación geográfica coincide con subzonas caracterizadas por altas presiones de uso, contaminación, vulnerabilidades al desabastecimiento, a la variabilidad y al Cambio Climático* (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2015).

De esta manera, el río Atrato, a pesar de su importancia, no es la única fuente hídrica en peligro en país. En el departamento de Risaralda la cuenca del río Otún se ve afectada por la ganadería extensiva. La Ciénaga de Ayapel, declarada área protegida, está contaminada por mercurio debido a la explotación minera en la zonas de San Jorge y el Bajo Cauca. El río Chinchiná y la quebrada Manizales son afectadas por el vertimiento de residuos industriales y aguas residuales. La ciénaga de Mallorquín ubicada al norte de Barranquilla ha sido afectada por la deforestación de manglares. El río Putumayo presenta problemas de sedimentación derivada de los vertimientos de agua domésticas sin tratar. El río Cesar está altamente contaminado por agroquímicos, vertimientos de aguas residuales y por ser receptor de residuos sólidos, entre otros. Con base en lo anterior, se podría concluir que hay una desprotección evidente por parte del Estado y la institucionalidad al omitir reiterativamente las normas constitucionales e internacionales que demandan la protección del medio ambiente y los recursos hídricos.

Las fuentes hídricas se deberían mantener, conservar, proteger y restaurar por su valor individual y los servicios que prestan al hombre. Sin embargo, se podría argumentar que solo se procede con semejante vehemencia cuando media un fallo y una orden de alguna de las cuatro altas Cortes. Es decir, la protección y conservación medioambiental en Colombia se materializa e impulsa a través fallos

emitidos por jueces activistas, que pretenden evitar el deterioro acelerado de los ecosistemas y recursos naturales. Evidencia de lo anterior es el caso del río Bogotá, el cual llegó a tal estado de degradación que es considerado como una verdadera catástrofe ambiental, ecológica y social. El río que pasa por la capital presenta niveles alarmantes de contaminación derivada de vertimientos de aguas residuales domésticas e industriales, malas prácticas agropecuarias e inadecuado manejo de basuras, por parte de los habitantes de la zona e industrias aledañas. La omisión por más de 30 años por parte de las autoridades llevó al Consejo de Estado en el 2014 a reconocer que es:

> *(…) uno de los sistemas hídricos más contaminados del mundo y que acusa un grave deterioro ecológico y daño a su ecosistema (…), hay un serio problema de ordenamiento territorial y uso del suelo en el departamento y los municipios con los cuales existe una influencia recíproca el río y hay ausencia de voluntad política del Estado en lo relacionado específicamente con la Nación para poner en marcha una política pública ambiental* (Consejo de Estado, Sentencia del 28 de marzo de 2014, C.P. Marco Antonio Velilla).

Razones que motivaron a los jueces a ordenar el mejoramiento ambiental y social de la cuenca, mejorar la calidad del agua, conservar y proteger los procesos hidrológicos, los ecosistemas y la biodiversidad y garantizar la articulación institucional en la recuperación y mantenimiento de la cuenca.

Es contradictorio con la Constitución y el Estado Social de Derecho que un país tan rico en materia ambiental, que es considerado es el quinto entre los diecisiete países más megabiodiversos del mundo, y que cuenta con bosques naturales y páramos en cerca del 53% de su territorio –que aportan agua al 70% de la población nacional– en los que habitan más de 54.871 especies animales y vegetales, existen 341 tipos de ecosistemas diferentes y 32 biomas terrestres, no logre proteger y conservar su patrimonio natural. Esto nos permite preguntarnos; ¿Qué valor le damos al medio ambiente? ¿En dónde se encuentra la verdadera riqueza de Colombia? La sentencia del río Atrato es sin duda un precedente fundamental en aras de revertir la situación de los ríos en el país, y posiblemente en el futuro cercano se podrán trasplantar las acciones, lecciones y aprendizajes en la recuperación, restauración, protección y mantenimiento de otras fuentes hídricas que se encuentran en peligro.

5. Conclusiones: el futuro del ambiente

No es erróneo decir que Colombia ha abusado de la sobreoferta y la disponibilidad casi ilimitada de recursos con los que cuenta. Con más de 200 años como república independiente y varias cartas políticas, únicamente hasta 1991 se preocupó por crear un marco constitucional ambiental efectivo. De éste se ha valido la Corte Constitucional para defender y garantizar, a través de múltiples fallos, la protección del medio ambiente. El ejemplo más emblemático de esto es sin duda la sentencia del río Atrato.

Sin embargo, el tema ambiental es cada vez más relevante, su protección sobrepasa el carácter constitucional al convertirse un asunto supranacional. Es fundamental que todas las entidades del Estado, en especial el Sistema Nacional Ambiental, y no solo la Corte Constitucional, como última instancia, se articulen de manera concreta para conservar, proteger y recuperar efectivamente los ecosistemas y los recursos naturales. Asumir un rol activo es primordial, puesto que, en lo que respecta a la relación del hombre y el ambiente nos enfrentamos a una gran incertidumbre. No sabemos qué pasará si en el mediano plazo no hay disponibilidad de agua, ni si da la sexta extinción masiva de especies animales, ni cómo nos adaptaremos a las nuevas condiciones climáticas si el cambio climático continúa progresando, ni qué significa pasar a la era geológica denominada como antropoceno, ni si será posible abastecer la población creciente de personas con los recursos disponibles, ni qué pasará si desaparecen los nevados, o si aumenta el nivel del mar.

Adicionalmente hay que tener en cuenta que el proceso de construcción de paz en el que nos encontramos le está apuntando a un desarrollo económico más competitivo y de gran escala. La gran paradoja de la implementación de los Acuerdos será sus posibles implicaciones en los recursos naturales del país ya que las zonas prioritarias para implementación del Acuerdo de paz se cruzan con áreas de enorme importancia ambiental (PNUD, 2014). De hecho, más 90% de los municipios con prioridad en el pos-acuerdo tienen alguna figura de protección o regulación de uso, y 48% de las tierras ya se encuentran afectadas por erosión, condición que aumenta riesgos de deslizamientos y de pérdida del capital básico para una reforma rural integral: el suelo (PNUD, 2014).

Por esto, de la incorporación adecuada de consideraciones de sostenibilidad ambiental en la planificación e implementación de los Acuerdos, dependerá que el posconflicto se convierta en una oportunidad para desarrollar verdaderos modelos sostenibles en el país. Lo anterior requerirá un fortalecimiento significativo de las capacidades políticas, técnicas y financieras del gobierno nacional y los gobiernos locales para responder a tiempo con acciones adecuadas.

En este sentido, aunque la sentencia del río Atrato es un paso enorme hacia una visión más proteccionista del ambiente y sienta un precedente hito en la jurisprudencia colombiana, es fundamental que todos, incluyendo a la sociedad civil y a la academia, se monten en la ola ambientalista, y trabajen en pro de los recursos que nos permiten existir como especie.

Referencias

Legislación nacional

Asamblea Constituyente de Colombia. (1991) Constitución Política de Colombia .

Decreto 2591 de 1991.

Legislación internacional

Asamblea Constituyente de Ecuador (2008). Constitución de Ecuador.

Naciones Unidas (Proyecto en discusión). Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra. Disponible en: http://rio20.net/propuestas/declaracion-universal-de-los-derechos-de-la-madre-tierra/

Jurisprudencia nacional

Cepeda, M. (22 de enero de 2004). Sentencia T-025 de 2004. Acción de tutela interpuesta por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaño, Agripina María Núñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros.

Henao J. (12 de agosto de 2011). Sentencia T-608 de 2011. Acción de tutela interpuesta por Alba Rocío Cano Román, actuando como agente oficiosa de William García Yepes, contra la Corporación Autónoma Regional de Caldas-CORPOCALDAS.

Mendoza, G. (24 de agosto de 2011). Sentencia C - 632 de 2011. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 31 y 40 (parcial) de la Ley 1333 de 2009 *"Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones"*.

Palacio, J. (20 de febrero de 2015). Sentencia T - 080 de 2015 Acción de tutela interpuesta por la Fundación para la Defensa del Interés Público -Fundepúblico- y Carmenza Morales Brid contra la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Palacio, J. (16 de julio de 2015). Sentenca C - 449 de 2015 Demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 3 y 4, parciales, del artículo 42 de la Ley 99 de 1993, *"por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental SINA y se dictan otras disposiciones"*.

Palacio, J. (10 de noviembre de 2016). Sentencia T - 622 de 2016 Acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social "Tierra Digna", en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros, contra la Presidencia de la República y otros.

Velilla M. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Acción popular interpuesta por Gustavo Moya Ángel y otros contra múltiples entidades del Estado.

Jurisprudencia internacional

Māori Affairs Committee (2017). Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Bill.

Doctrina

Defensoría del Pueblo (2014). *Crisis humanitaria en el Chocó: diagnóstico, valoración y acciones de la Defensoría del Pueblo.* Bogotá: Defensoría del Pueblo.

García, J, Verdugo. S (2013). *ACTIVISMO JUDICIAL EN CHILE. ¿HACIA EL GOBIERNO DE LOS JUECES?* Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013. Santiago de Chile, Chile. 301 pp.

García C., et al (ed.) (2017). *El convenio de Minamata: Así actúa Colombia frente al mercurio.* Cali, Colombia: WWF-Colombia.

Hammer, D. (2007). Viva el Activismo judicial. Gaceta de los Negocios (España). Gertrude Ryan Law Observatory (Miami-Madrid) 21 de mayo de 2007.

Ideam (2015). *Estudio Nacional de Agua 2014*. Bogotá: Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales -Ideam.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2015). *Estudio Nacional del Agua: Información para la toma de decisiones.* Bogotá: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Rodríguez, C. y Rodríguez, D. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global.* Siglo Veintiuno Editores. Colección derecho y política. Buenos Aires, Argentina, 2015.

Rodríguez C., et al. (2017). *La paz ambiental: retos y propuestas para el posacuerdo.* Bogotá: Dejusticia.

Tierra Digna y Melo, D. (2016). *La minería en Chocó en clave de derechos. Investigación y propuestas para convertir la crisis socioambiental en paz y justicia territorial.* Bogotá: Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna.

Tierra Digna, Rocha Gómez, J., Melo Ascencio, D. y Peña Lizarazo, R. (2015). *El carbón en Colombia ¿quién gana, quién pierde? Minería, comercio global y cambio climático.* Bogotá: Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna.

Progama de Naciones Unidas para el Desarollo PNUD (2014). *Desafíos medioambientales en el post-conflicto en Colombia.* Disponible en: http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2015/01/21/los-desaf-os-ambientales-de-la-paz-.html

WWAP - United Nations World Water Assessment Programme (2015). *Agua para todos Agua para la vida: Informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo.* París: UNESCO.

UN Periódico (2014). *El 50% del agua en Colombia es de mala calidad.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Recuperado de http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/el-50-del-agua-en-colombia-es-de-mala-calidad.html

Vargas Valencia, F. (2013). *Minería, conflicto armado y despojo de tierras: impactos, desafíos y posibles soluciones jurídicas.* En Garay, L. Minería en Colombia: fundamentos para superar el modelo extractivista. Bogotá: Contraloría General de la República.

Epílogo

Los desarrollos de la Corte Ambiental no son una nueva especialidad del derecho o una nueva rama. Son, al contrario, el esfuerzo por conectar esferas jurídicas que parecerían estar en ámbitos muy distantes.

No es casualidad que este esfuerzo contra la compartimentación –muy propia del pensamiento occidental– se desarrollara justamente alrededor de preocupaciones ambientales y en diálogo con grupos y comunidades con enfoques y miradas del mundo muy diversas. Tampoco es extraño, entonces, que este fino tejido hermenéutico gira alrededor de la protección de los ecosistemas que funcionan a partir de la interdependencia de todos sus elementos. Los pueblos indígenas y las comunidades afrocolombianas han permeado esta lógica a través de principios como la indivisibilidad de los derechos y la relación intrínseca entre naturaleza y cultura.

La Corte Ambiental exploró relaciones entre derechos que antes eran seguramente improbables, como entre el ambiente y la descentralización, el ambiente y la democracia directa, el ambiente y la igualdad, y el ambiente y la cultura. Los distintos capítulos de este libro sondean muchos de estos nuevos enfoques.

Los análisis presentados en los textos de este libro atraviesan múltiples sentencias de la Corte Constitucional. Algunas que fueron destacadas de manera particular son muy buenos ejemplos para mostrar el carácter integrador y el análisis sistémico del abordaje constitucional de temas ambientales.

La sentencia que tutela los derechos de pueblos indígenas afectados por la expansión de un puerto de la empresa carbonífera Cerrejón (T-704 de 2016), desagrega en dos elementos el concepto de Justicia Ambiental: la distribución de cargas y la participación efectiva. Y la afluencia de estos elementos no depende de la presencia física de las comunidades sobre un pedazo de tierra más allá o más acá de la línea que encierra el polígono de la obra. Para la Corte, una decisión que se deriva de la justicia ambiental parte del balance cuidadoso y diferencial de impactos ambientales, culturales, sociales y económicos.

Por otro lado, la sentencia que despoja las dudas frente a la competencia de los municipios de excluir la minería de su territorio lo hace desde el prisma del carácter constitucional del derecho al ambiente sano (T-445 de 2016). Desde esta perspectiva, se opaca el optimismo que despertaron durante décadas los megapro-

yectos como opciones de desarrollo. La Corte plantea la necesidad de repensarse alternativas creativas y se inspira en las características que Arturo Escobar propone para el post-desarrollo, entre otras, su fundamentación en la interculturalidad, su diversidad de visiones y propuestas, y la superación de las visiones dualistas entre lo viviente y lo no viviente, y lo humano y lo no humano.

En la primera decisión que explícitamente se le reconocen derechos a un Río, el Atrato, la Corte además otorga derechos bioculturales a las comunidades de la cuenca que lo habitan (T-622 de 2016). Estos derechos, que no separan entre naturaleza y cultural, reconocen a las comunidades, de manera colectiva, ejercer tutela sobre sus territorios y recursos naturales.

Abordar exhaustivamente las innovaciones de la Corte Ambiental no sería nunca una pretensión realista para un libro. Muchísimas otras conexiones interesantes están siendo destacadas en otros círculos y esperamos, desde la Fundación Böll, poder seguir aportando a este debate, entre otros, estimulando la reflexión sobre, entre otros, los siguientes campos:

En la coyuntura de construcción de paz por la que atraviesa Colombia, el ambiente es un sujeto fundamental, tanto por los daños y riesgos que le generó la guerra, como por los que supone el posacuerdo. En ambos escenarios hay importantes retos para el ambiente y todos los demás derechos relacionados. Los pueblos indígenas lograron que el derecho estatal reconociera que su reparación colectiva solo podría ser integral si el territorio mismo es considerado como víctima y a la vez, reparado.

Por otro lado, así como las cargas ambientales deben analizarse diferencialmente entre distintas comunidades urbanas y rurales, étnicas y no étnicas, también es preciso profundizar en los impactos diferenciados de las mujeres y en su participación. ¿Cómo se han visto afectadas las mujeres por los daños ambientales? ¿Tienen oportunidades reales de participar en igualdad de condiciones que los hombres en las decisiones que afecten sus territorios y en la construcción de alternativas?

Al reto de analizar y decidir de manera diferencial las cargas, se suma el desafío de encontrar soluciones que no dividan, sino que articulen a la ciudadanía. Un buen ejemplo es el de los mecanismos de participación de comunidades étnicas y no étnicas. Las primeras cuentan con los derechos a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado; las segundas han avanzado terreno en mecanismos de participación como las consultas populares que se anclan en la autonomía de las entidades territoriales. ¿Cómo pueden dialogar ambos mecanismos y competencias? ¿Cómo pueden comunidades étnicas y no étnicas unirse en la protección del territorio?

La Corte Constitucional tiene el gran reto de cuidar los cimientos que dejó la Corte Ambiental y continuar desarrollando una jurisprudencia digna de representar un país megadiverso como Colombia en su proceso de construcción de paz.

Natalia Orduz Salinas
Coordinadora editorial
Coordinadora de programa
Fundación Heinrich Böll Oficina Bogotá - Colombia

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
COLOMBIA

Este libro compila reflexiones ciudadanas sobre los avances recientes de la jurisprudencia ambiental de la Corte Constitucional colombiana alrededor de cuatro ejes: la autonomía para ordenar el territorio según los sueños colectivos de sus habitantes, la participación como principio inherente de la protección ambiental, la justicia ambiental y la búsqueda del derecho de un enfoque ecocéntrico a partir del diálogo entre la tradición jurídica occidental y los saberes diversos.

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
COLOMBIA

ISBN 978-958-56503-1-2