



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 216

Bogotá, D. C., jueves, 6 de abril de 2017

EDICIÓN DE 32 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## SENADO DE LA REPÚBLICA

### INFORMES DE COMISIÓN ACCIDENTAL

#### INFORME DE LA COMISIÓN ACCIDENTAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 83 DE 2016 SENADO

*por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada.*

Bogotá, D. C., 4 de abril de 2017

Honorable Senador

ÉDINSON DELGADO RUIZ

Presidente

Comisión Séptima Constitucional Permanente

Honorable Senado de la República

Ciudad

**Asunto:** Informe de la Comisión Accidental designada para estudio de impedimentos - Solicitudes de declaratoria de impedimentos relacionados en el informe.

**Motivos:** Presuntos conflictos de intereses

Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado, *por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada*, de la iniciativa del honorable Senador Orlando Castañeda Serrano.

Señor Presidente:

Para todos los efectos constitucionales, del Reglamento Interno del Congreso, de la Ley 144 de 1994 y del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), ante usted y para ante la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Honorable Senado de la República, como Comisión Accidental designada, nos permitimos rendir el Informe que en la fecha se nos encomendó, con respecto a las solicitudes de declaratorias de impedimentos arriba indicadas, en el asunto materia del presente informe, presentadas ante usted, por escrito e individualmente, por ocho (8) integrantes de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Honorable Senado de la República, relacionados así:

Honorable Senadora Sofía Alejandra Gaviria Correa

Honorable Senadora Yamina del Carmen Pestana Rojas

Honorable Senador Carlos Enrique Soto Jaramillo

Honorable Senador Álvaro Uribe Vélez

Honorable Senador Honorio Miguel Henríquez Pinedo

Honorable Senador Jorge Iván Ospina Gómez

Honorable Senador Antonio José Correa Jiménez

Honorable Senador Édinson Delgado Ruiz.

#### Fundamentos de derecho de las solicitudes de declaratorias de impedimentos

Todas las solicitudes objeto de estudio, cumplen las formalidades plenas y están fundamentadas en los artículos 182 y 183.1, constitucionales y en los artículos 268 (numerales 6 y 7), 286, 291, 292 y 296.3 del Reglamento Interno del Congreso, los cuales omitimos transcribir textualmente.

#### Fundamentos fácticos de las solicitudes de declaratorias de impedimentos

##### 1. Honorable Senadora Sofía Alejandra Gaviria Correa

**Razón:** “En atención al asunto de la referencia, y de conformidad con los artículos 291 y 292 de la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso), solicito que la Comisión Séptima del Senado decrete mi impedimento para conocer y participar en el debate y votación del Proyecto de ley número 83 de 2016, *por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada.*”

El motivo del impedimento es que actualmente tengo propiedades con vocación agropecuaria en donde en ocasiones se contrata personal que labora por días o temporadas.

En razón a lo anterior, me encuentro impedida para participar en el asunto de la referencia”.

## 2. Honorable Senadora Yamina del Carmen Pestana Rojas

**Razón:** “De conformidad con los artículos 291 y 292 de la Ley 5ª de 1992, solicito se me acepte impedimento para participar en la discusión y aprobación del Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado, por cuanto tengo empleados a mi cargo vinculados bajo la modalidad aludida en el proyecto”.

## 3. Honorable Senador Álvaro Uribe Vélez

**Razón:** “Ante la Secretaría de la Comisión Séptima muy comedidamente me permito manifestar mi impedimento para participar en el debate y votación del proyecto de ley de la referencia, debido a que tengo actualmente empleados bajo la modalidad de contratación y remuneración a la que alude el proyecto.

En ese orden de ideas y debido a que el proyecto de ley se orienta a establecer condiciones laborales y de seguridad social, considero que es menester prevenir cualquier circunstancia que pueda configurar un conflicto de intereses de que tratan los artículos 291 y 292 de la Ley 5ª de 1992.

Agradezco la gentileza de su atención, esperando se imprima el trámite previsto en el artículo 293 de la citada ley y demás procedimiento que se considere apropiado”.

## 4. Honorable Senador Antonio José Correa Jiménez

**Razón:** “De acuerdo a lo establecido en el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, me declaro impedido para participar en la discusión y votación del Proyecto de ley número 83 de 2016, “*por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada*”, por cuanto tengo vinculados en mi actividad privada trabajadores por jornales y por temporadas.

**“Artículo 286. Aplicación.** *Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”.*

## 5. Honorable Senador Carlos Enrique Soto Jaramillo

**Razón:** “Me declaro impedido para participar en la discusión y aprobación del Proyecto de ley número 83, por posible conflicto de intereses con un trabajador”.

## 6. Honorable Senador Honorio Miguel Henríquez Pinedo

**Razón:** “Comoquiera que ya me habían aceptado el impedimento en el Proyecto de ley número 172 de 2016, cuyo objeto era el mismo, me permito declararme impedido para discutir y votar el Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado, “*por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada*”, porque mi esposa es accionista de una empresa que tiene por objeto social llevar a cabo procesos industriales y comerciales relacionados con el sector agropecuario”.

## 7. Honorable Senador Jorge Iván Ospina Gómez

**Razón:** “Pongo a consideración de la Comisión Séptima del Senado mi impedimento para participar

en la ponencia del Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado, “*por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada*”.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 291 y 292 de la Ley 5ª de 1992”.

## 8. Honorable Senador Édinson Delgado Ruiz

**Razón:** “Por medio del presente le solicito a la Honorable Comisión Séptima aceptar mi impedimento para discusión y votación del Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado, “*por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada*”, teniendo en cuenta que empresas de mi grupo familiar contratan por días o jornal trabajadores que desempeñan funciones por temporada, días o estaciones”.

### La pérdida de investidura en la Constitución Política

Señala el artículo 182. “Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhabilitan para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. **La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por su parte el artículo 183 superior señala: “Los congresistas **perderán su investidura:**

1. Por **violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

### La pérdida de investidura en el Reglamento Interno del Congreso

Ley 5ª de 1992 (Reglamento Interno del Congreso): “**Artículo 292. Comunicación del impedimento.** Advertido el **impedimento**, el Congresista deberá comunicarlo por escrito **al Presidente de la respectiva comisión o corporación legislativa** donde se trate el asunto **que obliga al impedimento**”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

### La pérdida de investidura en la Ley 144 de 1994

**Ley 144 de 1994:** Artículo 1º. El Consejo de Estado en pleno conocerá y sentenciará en única instancia los procesos relativos a la pérdida de la investidura de los Congresistas a solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución y la ley, en especial la Ley 5ª de 1992 en sus artículos 292 y 298 (Téngase en cuenta que el artículo 298 original de la Ley 144 de 1994, fue declarado INEXEQUIBLE, mediante Sentencia C-319 de 1994) - (Negrillas fuera de texto).

### La no declaratoria de impedimento por presunto conflicto de intereses en la ley disciplinaria

#### LEY 734 de 2002

#### (Por la cual se expide el Código Disciplinario Único)

**Artículo 36. Incorporación de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses.** Se entienden incorporados a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.

**Artículo 40. Conflicto de intereses.** Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

**Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:**

1. **Incumplir los deberes** o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos Distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

**Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:**

(...)

46. **No declararse impedido oportunamente**, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.

**Artículo 50. Faltas graves y leves.** Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este Código.

Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima.

**La pérdida de investidura en los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado**

**Beneficios particulares para los Congresistas:** Al respecto dijo el Consejo de Estado:

“La Sala ha concluido que la incidencia natural y general de las leyes, no puede constituirse necesariamente en causal de impedimento pues de ser ello así la labor parlamentaria resultaría imposible; solo cuando de ella se deriven beneficios particulares tangibles para un determinado parlamentario, los cuales no se observan en el caso que se estudia”<sup>1</sup>. (1 Sentencia de Sala Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, 11 de junio de 1996, página 24. Radicado AC-3472.).

<sup>1</sup> Sentencia de Sala Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, 11 de junio de 1996, página 24. Radicado AC-3472.

**Presupuestos que configuran conflictos de intereses y por ende la pérdida de investidura**

“CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Bogotá, D. C., quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008).

**Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo**

**Radicación número: 1.903**

**Número único: 11001-03-06-000-2008-0038-00**

**Referencia: Congresistas. Impedimentos para participar en los debates y votaciones de un proyecto de Acto Legislativo.**

**“5. Conflicto de intereses y pérdida de investidura**

La participación, así sea pasiva y por mera presencia, en el debate y votación de un proyecto sobre el cual el congresista valore que puede estar incurso en un conflicto de intereses, constituye argumento suficiente para decretar la pérdida de investidura.

Sobre este punto la Corporación en sentencia del 1° de noviembre de 2007 sostuvo lo siguiente:

“Al respecto, la circunstancia de tomar parte en la sesión correspondiente como miembro de la reunión, sea de Comisión o de Plenaria, así no se manifieste opinión alguna sobre el proyecto de que se trate, es una forma de participar en el debate, pues no solo participa en él quien tome la palabra para defender o cuestionar el proyecto o propuesta en discusión, sino quien frente al mismo asume cualquier posición, activa o pasiva. No dar opinión es una forma de intervenir en el debate si de todas formas se está presente como miembro y participe de la reunión, ya que con su integración a la reunión está ayudando a conformarla.

Así lo ha precisado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 11 de marzo de 2003, al considerar que el artículo 116 de la Ley 5ª de 1992 prevé que el quórum es el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las corporaciones legislativas para poder deliberar o decidir. En consecuencia, el primer paso para que pueda llevarse a cabo una sesión es la presencia de sus miembros, pues sin ella, o no se puede deliberar o no se puede decidir, lo que significa que la asistencia es presupuesto sine qua non de la validez de la deliberación o de la decisión y, desde luego, es una forma de participar en el trámite de los asuntos sometidos a consideración de la corporación.

De allí que en esa sentencia se afirmara que dicha participación con la cual se contribuye a la conformación del quórum y, por ende, a la adopción de la decisión, bien puede considerarse como una participación suficiente para configurar la causal en estudio. La configuración de la causal de pérdida de investidura invocada en la demanda no solo se presenta cuando el congresista asiste o interviene en las distintas votaciones a través de las cuales se aprueba el proyecto para convertirlo en ley, sino que, conforme se establece claramente en los artículos 286 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 basta al efecto la sola participación en los debates. La regulación legal en tal sentido resulta incontrovertible en ese aspecto (...). (Las negrillas no son del texto original)”. (2 Sección

**Primera, Sentencia número 70001-2331-0000-2006-00737-01).**

“En concepto de esta Sala las circunstancias que configuran la presencia de un conflicto de intereses, se pueden resumir así:

“1. La participación efectiva del congresista en el procedimiento legislativo o en el ejercicio de los mecanismos de control;

2. La existencia, cierta y demostrada, de que de las deliberaciones, votaciones y aprobación de una determinada ley se derivan beneficios morales o económicos para el congresista, sus familiares o sus socios en los grados predeterminados.

3. El beneficio que persiga o se obtenga con la ley no pueda ser catalogado como general, sino de carácter particular, directo e inmediato, y

4. Que el Congresista tenga la intención de beneficiar a sus familiares, a sus socios o a sí mismo”.<sup>3</sup> - (3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 15 de agosto de 2003, Radicación número PI 0580-01).

Prima facie se observa que la participación en el debate y en la votación del Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado (“por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada”), de la **iniciativa** del honorable Senador **Orlando Castañeda Serrano**, por parte de los ocho (8) congresistas (Senadoras y/o Senadores) que solicitan se les acepte y se les declare impedidos, por presuntos conflictos de intereses, no debe prosperar PORQUE no se observa ni se colige que con ello pretendan beneficiarse individualmente, ni tampoco que sus cónyuges y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad puedan obtener beneficios particulares.

En este mismo sentido el Consejo de Estado (Consejo de Estado. Sección Primera. 23 de noviembre de 2006. Consejero Ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), ha sostenido lo siguiente:

“Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que al tenor de esas disposiciones se desprende que el interés que puede generar conflicto con el asunto de que trate debe ser directo, es decir, que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; que se produzca de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo en los grados señalados en la última norma transcrita; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, y así lo ha consignado reiterada y ampliamente la Sala Penal de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación cuando se ha ocupado del asunto con ocasión de procesos de pérdida de la investidura de los congresistas.

De forma específica la Sala de Servicio y Consulta Civil del Consejo de Estado, definió cada uno de los requisitos requeridos para **la configuración de un conflicto de intereses**, de los cuales se destacan los siguientes:

“3. **Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas.** Como quiera que dicho conflicto se configura por la **concurencia de interés privado e interés público**, se hace

indispensable tener en cuenta, entre otros los siguientes requisitos:

**3.1 Interés privado concurrente.** De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitante que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

**a) Existencia** Se configura el interés privado cuando hay: “exigencia para la satisfacción de necesidades humanas” –Messineo. Tomo II, p. 10–, lo cual acontece cuando surgen v. gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.);

**b) Juridicidad:** Se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) **Es actual**, cuando se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de este requisito quede excluido el interés futuro. 2) **Es jurídico**, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto, es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v. gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés, y 3) **Es afectable**, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v. gr. La vida);

**c) Privado:** Se da cuando el interés es de naturaleza particular de manera inequívoca y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el interés público o general –regulación abstracta en general–. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ej., a la propiedad particular; y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización;

**d) Titularidad.** El interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero (a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.

**3.2 El interés público concurrente** en la decisión pertinente. Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:

a) Calidad de congresista;

b) Intervención en las deliberaciones y votaciones;

c) Proyecto de decisión de interés público;

d) Afectación particular, consistente en que el proyecto a votar pueda afectar el interés directo del congresista, arriba mencionado.

**3.3 Conflicto de interés.** De la ocurrencia objetiva de los dos intereses mencionados puede desprenderse inequívocamente la existencia de un conflicto de interés como causal de impedimento o recusación. **En tanto que este fenómeno no se estructuraría, de una parte, cuando no ocurra alguno de los requisitos mencio-**

*nados para los referidos intereses, y, de otro, cuando simplemente se trata de mera apreciación subjetiva de conflicto sin sustento en elementos objetivos (...). (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, 24 de mayo de 2007. Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade).*

Considera esta Comisión Accidental que el proyecto de ley arriba enunciado, objeto del presente informe, tiene un carácter general que no está orientado ni direccionado a favorecer individual y particularmente a los integrantes de la Comisión Séptima del Senado. Tal interés individual y no general, es lo que se reprocha como posible Conflicto de Intereses para quienes participen de alguna forma en su discusión y aprobación y por ello, no podría predicarse que estarían recibiendo beneficios particulares para sí, para sus cónyuges ni para sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad. El proyecto de ley, objeto de esta Comisión Accidental designada, se ajusta totalmente a lo preceptuado en el mandato constitucional del artículo 133.

#### **Competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del honorable Senado de la República, para decidir las solicitudes de declaratoria de impedimentos**

Con base en la *ratio decidendi* de la Sentencia C-1040 de 2005, ratificada en la Sentencia C-337 de 2006, emanadas de la Corte Constitucional, esta Comisión Accidental le solicita a la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Honorable Senado de la República que, se ratifique la competencia de esta célula congresional, para decidir sobre solicitudes de declaratorias de impedimentos y que con base en ella, se denieguen las solicitudes previamente formuladas, por no demostrarse las causales para su aceptación y en consecuencia, se habilite, para participar en la discusión y en el debate, a quienes manifestaron la existencia de presuntos “Conflictos de Intereses”.

#### **Proposición**

Luego de haber realizado los cotejos, comparaciones, análisis y estudios de casos individuales que por escrito sustentaron los congresistas que presuntamente consideraron estar inmersos en “Conflicto de Intereses”, para participar de la discusión y votación en Primer Debate Senado al Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado, muy respetuosamente nos permitimos RECOMENDAR a la Mesa Directiva y a la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Honorable Senado de la República, que por considerarlas jurídicamente IMPROCEDENTES, a través de sendas votaciones, se DENIEGUEN cada una de las solicitudes de DECLARATORIAS DE IMPEDIMENTOS, manifestadas por escrito y arriba transcritas, a los siguientes integrantes de esta célula legislativa, así:

Honorable Senadora Sofía Alejandra Gaviria Correa

Honorable Senadora Yamina del Carmen Pestana Rojas

Honorable Senador Álvaro Uribe Vélez

Honorable Senador Antonio José Correa Jiménez

Honorable Senador Carlos Enrique Soto Jaramillo

Honorable Senador Honorio Miguel Henríquez Pinedo

Honorable Senador Jorge Iván Ospina Gómez

Honorable Senador Édinson Delgado Ruiz.

Comoquiera que existen ocho (8) solicitudes de declaratorias de impedimentos en curso, no existirá quórum decisorio para aprobar o para negar el presente Informe de Comisión Accidental, si cada uno de ellos o ellas se retira del recinto y no participa de la votación. Por tanto, para resolver ese escollo, lo aconsejable es que la Mesa Directiva, someta a votación individualmente cada solicitud de Declaratoria de Impedimento, de tal manera que con la no participación de cada Congresista (Senador o Senadora) que se considere estar impedido, se puedan evacuar todas las solicitudes y decidir sobre cada una y a quien se le deniegue la Declaratoria de Impedimento, se le habilite para seguir participando del trámite del proyecto de ley en comento.

Atentamente,



#### **COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA**

Bogotá, D. C., a los cuatro (4) días del mes de abril del año dos mil diecisiete (2017)

En la presente fecha se autoriza **la publicación en Gaceta del Congreso de la República**, el siguiente Informe:

**Informe de la Comisión Accidental, al Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado.**

**Título del proyecto:** *por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada.*

**Número de folios:** diez (10).

**Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día:** martes cuatro (4) de abril de 2017.

**Hora:** 10:40 a. m.

**Suscrita por los honorables miembros de la Comisión Accidental:** honorables Senadores *Nadya Blel Scaff* y *Orlando Castañeda Serrano*.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA  
SECRETARIO GENERAL  
Comisión Séptima del H. Senado de la República

## PONENCIAS

### **INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE, AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 14 DE 2017 SENADO**

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

Bogotá, D. C., 6 de abril de 2016

Señor

CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Presidente

Comisión Primera

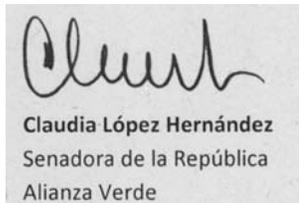
Senado de la República

Ciudad.

**Referencia: Informe de ponencia para primer debate, al Proyecto de Acto Legislativo número 14 de 2017 Senado, por el cual se incluye artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.**

Respetado señor Presidente:

Cumpliendo la honrosa misión encomendada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional del Senado, a continuación, nos permitimos rendir informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Acto Legislativo número 14 de 2017.



#### 1. Síntesis del proyecto

Al agua que sustenta nuestra vida y medio ambiente, todos tenemos derecho. El Proyecto de Acto Legislativo número 14 de 2017 tiene como objetivo elevar a norma constitucional el derecho fundamental de todo ser humano al agua, elemento indispensable para la vida de los seres humanos de las actuales y de las futuras generaciones y para la estabilidad de nuestro medio ambiente. Al Estado corresponden los deberes de garantizar la protección y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico.

El presente Proyecto de Acto Legislativo tiene un origen pluripartidista, pues la protección del agua como el recurso natural más preciado sin el cual no es posible el ejercicio de ningún derecho es un tema que trasciende las ideologías políticas.

Los tres objetivos concretos que persigue el Acto Legislativo número 14 de 2017 son:

i) Ratificar que el derecho al agua, con prevalencia para el consumo humano y su función ecológica, tendrá protección constitucional, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto;

ii) Subsanan el déficit de protección al derecho al agua establecido por la Corte Constitucional en la

Sentencia C-035 de 2016 en la que se pronunció sobre la protección de los ecosistemas de páramo y destacó que “existe un déficit normativo y regulatorio para cumplir con el deber constitucional de proteger las áreas de especial importancia ecológica, en este caso, los ecosistemas de páramo. Adicionalmente, **el déficit de protección** no solo vulnera el derecho al ambiente sano, sino que **también compromete el derecho fundamental al agua debido a que se desconoce la obligación del Estado de proteger las áreas de influencia de nacimientos, acuíferos y de estrellas fluviales**”<sup>1</sup>(negrillas fuera de texto);

iii) Establecer que el Estado colombiano garantizará la protección, y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico.

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

#### 2. Competencia y asignación

Conforme a lo expresado en el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, fui designada como ponente en primer debate de la Comisión Primera de Senado del Proyecto de Acto Legislativo número 14 de 2017, *por el cual se incluye artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.*

#### 3. Trámite del proyecto

**Origen:** Congresional

**Autores de la iniciativa:** Honorables Senadores y Senadoras: *Jorge Prieto, Claudia López, Guillermo Santos Marín, Susana Correa, Roberto Gerlén, Juan Manuel Galán, Alexander López, Doris Vega, Efraín Cepeda, Sofía Gaviria, Roosevelt Rodríguez, Carlos Fernando Galán, Marco Aníbal Avirama, Jorge Iván Ospina, Yamina Pestana, Mauricio Lizcano* entre otros. Honorables Representantes *Angélica Lozano, Luis E. Díaz Granados, Carlos Guevara, Ana Cristina Paz, Ángela María Robledo, Inti Asprilla, Alirio Uribe, Sandra Liliana Ortiz, Martha Cecilia Curi, Jaime Serrano, Clara Rojas, Eloy Chichi* y otros.

**Ponentes en Primer Debate en Primera vuelta en Comisión Primera Senado:** *Claudia López Hernández.*

#### 4. Consideraciones generales

##### 4.1. El recurso hídrico en el mundo

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

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016.

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

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

#### 4.2. El agua como recurso esencial para la vida

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

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

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

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

#### 4.3. La protección del patrimonio natural colombiano

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

#### **Ranking de países por disponibilidad de recursos hídricos en km<sup>3</sup>**

Puesto	País	Km <sup>3</sup>
1.	Brasil	8.233
2.	Rusia	4.507
3.	Estados Unidos	3.051
4.	Canadá	2.902
5.	Indonesia	2.838

Puesto	País	Km <sup>3</sup>
6.	China	2.830
7.	Colombia	2.132
8.	Perú	1.913

Fuente: FAO, 2015.

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

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

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

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

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

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

El artículo 1° del Decreto número 753 de 1956, “Por el cual se sustituye el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo” “estableció que servicio público es “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.”. En armonía con lo anterior, la Ley 142 de 1994, en su artículo 14, numeral 14.22 estableció la siguiente definición de “servicio público domiciliario de acueducto: ‘Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y me-

dición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte”.

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

En torno a dichas condiciones, el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas** ha indicado lo siguiente<sup>2</sup>:

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

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

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

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

3.2. **Accesibilidad Económica.** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

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

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

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

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

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

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

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

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

*“A partir de lo anterior, destaca la Sala que el derecho fundamental al agua se hace efectivo mediante el cumplimiento de las obligaciones del Estado de garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de recurso. Así mismo, para que el Estado pueda cumplir con dichas obligaciones, es necesario que se brinde protección especial a los ecosistemas que producen tal recurso como el páramo, pues como*

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

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-220 de 2011.

*se dijo con anterioridad esta es una de las principales fuentes de abastecimiento de agua en el país, especialmente en las ciudades grandes y medianas”.*

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

#### 4.5. El agua frente al aprovechamiento económico de los recursos naturales

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

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

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

El derecho internacional y el derecho nacional han promovido una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 80 C. P.). Todo lo anterior, en el

marco de la función ecológica de la propiedad (artículo 58 C. P.), el respeto por el derecho a un medio ambiente sano, y la protección del medio ambiente, y de conformidad con los tratados internacionales que en materia ecológica se han ratificado (artículos 9°, 94 y 226 C. P.).

Para explotar estos recursos se han creado mecanismos legales como los contratos de concesión que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

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

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

#### 4.6. Impactos ambientales del uso del agua

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

Es indispensable, con el ánimo de esclarecer tanto los derechos de propiedad de los recursos hídricos, el mercado y el Estado, no crear estrategias de sanción y de penalización a quienes contaminen, sino establecer las pautas necesarias para la prevención y mitigación de la contaminación medioambiental. Por consiguiente, se expondrá información y estadísticas relacionadas con los daños ambientales causados por

el hombre en los últimos años, los páramos que se encuentran en grave riesgo y el impacto de la explotación minera desarrollada.

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

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

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

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

- Se reportó por el Ideam y Ministerio de Ambiente que tan solo en 2013 se talaron 120.933 hectáreas de bosques.

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

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

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

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

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

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

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

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

Se prevé una avalancha de proyectos minero energéticos en la región del Sumapaz con la posibilidad de permitir hacer exploración sísmica o “fracking” y esto genera una gran amenaza al ecosistema. Ac-

tualmente, en 22 de los 34 páramos de Colombia los procesos licitatorios con empresas multinacionales interesadas en extraer minerales del subsuelo avanzan rápidamente.

#### B. Páramos que se encuentran en grave riesgo

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

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

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

- **Guerrero:** Pertenece a la Sabana de Bogotá sufre deforestación y pérdida de páramo debido a la explotación de carbón.

- **Cajamarca:** Amenazado por la tala, el desarrollo de minería ganadería y agricultura.

- **Las Hermosas:** En el análisis de noventa y nueve mil hectáreas se destaca entre las actividades que están acabando con este ecosistema: la explotación de oro, quema para desarrollo de ganadería y la caza de animales silvestres.

#### C. Impacto de la explotación minera desarrollada en los páramos

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

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

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

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

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

La Ley 1450 de 2014 (PND 2010-2014) prohíbe el desarrollo de explotación agrícola o de exploración o explotación minera o de hidrocarburos, así como también la construcción de refinerías utilizando como re-

ferencia mínima la cartografía de atlas de páramo del Instituto de Investigación Alexander von Humboldt.

El Gobierno nacional expidió el Decreto número 934 de 2013, y allí establece que el ordenamiento minero define la actividad minera como una “actividad de utilidad pública de interés social”, luego entonces las autoridades regionales y locales no podrán realizar ningún tipo de restricción a la actividad minera.

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

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

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

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

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

El desarrollo de la actividad minera como estrategia económica del país ha traído consigo grandes problemas de carácter ambiental, sin que hasta el momento nadie se haga responsable por ello. La explotación minera esta cimentada de manera importante en la explotación de oro, carbón y en la extracción de materiales de construcción, la explotación de minerales en estas áreas ecosistémicas ha generado grandes problemas ambientales; hablamos de la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas con mercurio y cianuro, la pérdida de flora y fauna nativas, y la destrucción de la armonía del paisaje.

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

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

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

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

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

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

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

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

Otro problema ambiental ocurre con el agua residual que se produce junto con el petróleo, pues contiene metales pesados como bario, vanadio y níquel, que generan ceguera y deja sin aletas a los peces; trazas de hidrocarburos y químicos que contiene fenoles (cancerígenos) y aminas (generadoras de mutaciones) que las petroleras agregan para romper emulsiones, inhibir la corrosión, inhibir las incrustaciones y la precipitación de sólidos orgánicos (en Caño Limón, por ejemplo, se utilizan más de 150 millones de galones de químicos al año). Con estas aguas residuales, al ser descargadas en los caños y los ríos, se contaminan las aguas, matando el pescado o dejándolo ciego y sin aletas, o alterando su hábitat natural, generando su migración hacia ríos o caños más profundos (amenazando la seguridad alimentaria). Durante la producción del petróleo se corre el riesgo de contaminar los acuíferos libres superficiales y los acuíferos subterráneos confinados, con hidrocarburos, a través de canalizaciones que se generan por el anular del pozo, por mala cementación del revestimiento; o a través de la interconexión de las fracturas artificiales, que se generan durante la operación de fracturamiento hidráulico, con pozos abandonados o mal cementados, o con fallas naturales. En otros campos petroleros, las aguas residuales se reinyectan en formaciones superiores, contaminando los acuíferos subterráneos que son o serán la fuente futura para agricultura, industria y uso doméstico.

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

También, con los frecuentes derrames de petróleo, se contaminan los caños y los ríos, se pierden cultivos,

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

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

#### **5. Naturaleza jurídica del derecho al agua**

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

#### **5.1 Requisitos esenciales para que un derecho sea considerado un derecho fundamental**

##### **i) Conexión directa con los principios constitucionales**

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

#### **Sentencia T-571 de 1992.**

#### **ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

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

## **DERECHOS FUNDAMENTALES-Determinación**

Los Derechos Humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia “aún de su concepción” y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo esta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende solo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.

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

### **Concepto**

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

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

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

### **ii) Eficacia directa**

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

ción. De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente. En este sentido es acertado el enfoque del artículo 2° del Decreto número 2591 de 1991 cuando une el carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental y no a su ubicación.

### **iii) El contenido esencial**

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

## **5.2 El agua, la seguridad alimentaria y la dignidad humana**

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

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

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

El informe toca igualmente uno de los temas que mayor inquietud despiertan no solamente en el ámbito científico sino en el político, como es el del cambio

climático, sobre el cual se afirma que “acentúa considerablemente la incertidumbre de la disponibilidad de agua en muchas regiones, ya que afecta a las precipitaciones, la escorrentía, los flujos hidrológicos, la calidad del agua, su temperatura y la recarga de las aguas subterráneas. Tendrá consecuencias tanto en los sistemas de secano, a través de los regímenes de lluvias, como en los de regadío, al modificar la disponibilidad de agua en el ámbito de la cuenca. El cambio climático modificará las necesidades de agua de los cultivos y la ganadería e influirá en los flujos de agua y en las temperaturas de las masas acuáticas, lo que tendrá consecuencias para la pesca. Las sequías pueden intensificarse en ciertas temporadas y en determinadas zonas debido al descenso de las precipitaciones o al aumento de la evapotranspiración. El cambio climático también influye notablemente en el nivel del mar, con efectos sobre los recursos de agua dulce de las zonas costeras”.

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

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

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

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

cho tiempo debió haber sido considerado fundamental por nuestra Carta Política.

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

**La jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias ocasiones y en diferentes casos ha hecho referencia al carácter de derecho fundamental del derecho al agua por conexidad. La Corte Constitucional definió en la Sentencia T-413 de 1995<sup>4</sup> al agua como un derecho fundamental en conexidad, manifestando lo siguiente:**

*“En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente contra el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (C. P. C. artículo 11), la salubridad pública (C. P. C. artículos 365 y 366) o la salud (C. P. C. artículo 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela”.*

Así mismo, la Sentencia **T-418 de 2010<sup>5</sup>** abarca un amplio y detallado recuento histórico sobre la dimensión del derecho al agua asegurando que:

*“Aunque no se trata de un derecho expresamente señalado por la Constitución Política, se ha de entender incluido, teniendo en cuenta el texto Constitucional aprobado por el Constituyente de 1991, y, en especial, sus posteriores reformas, al respecto”.*

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

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

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

*“[...] el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (C. P. artículo 11), la salubridad pública (C. P. artículos 365 y 366) o la salud (C. P. artículo 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela”. (Subrayado fuera del texto).*

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

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

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

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

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

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

Esta protección también se ha dado en casos en que particulares vierten desechos sobre las fuentes de agua, limitando, no el acceso sino la calidad. Así, en la **Sentencia T-523 de 1994**<sup>6</sup> la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida y a la salud, y al medio

ambiente sano a través de la garantía del ambiente sano en relación con la protección del agua de otras actividades humanas económicas y sociales.

#### 5.4 Posiciones subjetiva u objetiva de la Corte Constitucional

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

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

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

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

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

Sobre el mismo punto, la Corte señaló lo que sigue en la **Sentencia T-418 de 2010**<sup>8</sup>: “*La protección y*

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

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

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

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

## 6. Marco Normativo

### 6.1 Constitución Política Colombiana de 1991

El artículo 79 establece que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines, así como garantizar el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano.

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

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

### 5.2 Código Civil

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

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

**"Artículo 677. Propiedad sobre las aguas.** Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

Exceptúense las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños".

**"Artículo 678. Uso y goce de bienes de uso público.** El uso y goce que para el tránsito, riesgo, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en

todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes".

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

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

### 6.3 Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente

En el artículo 80 se establece que:

"El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas".

### 6.4 La Ley 99 de 1993

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

### 7. Antecedentes del proyecto de ley

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

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

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

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

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

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

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

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

**7.4 Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2016 Senado, 260 de 2016 Cámara, por la cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.**

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

RADICACIÓN EN SENADO DE LA REPÚBLICA	
Fecha de Presentación	miércoles, 16 de marzo de 2016
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA PRIMERA VUELTA	
Fecha de aprobación Primer Debate	miércoles, 4 de mayo de 2016
Fecha de aprobación Segundo Debate	martes, 17 de mayo de 2016
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA SEGUNDA VUELTA	
Fecha de aprobación 1 <sup>er</sup> Debate segunda Vuelta	martes, 18 de octubre de 2016
Fecha de aprobación 2 <sup>er</sup> Debate segunda Vuelta	martes, 15 de noviembre de 2016
TRÁMITE EN CÁMARA DE REPRESENTANTES PRIMERA VUELTA	
Fecha de aprobación Primer Debate	jueves, 2 de junio de 2016
Fecha de aprobación Segundo Debate	viernes, 17 de junio de 2016

Se realizaron los ajustes al artículo para presentar nuevamente el Proyecto Legislativo conforme a lo consensado hasta el momento por cada una de las Cámaras, las conversaciones con los miembros de los Ministerios de Vivienda y Desarrollo Rural, Minas y Petróleo quienes delegaron al Ministro de Ambiente en comento.

## 8. Bloque de Constitucionalidad y Derecho Comparado

### 8.1 Bloque de constitucionalidad

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

el derecho interno a los compromisos internacionales del Estado colombiano, y por consecuencia, la evolución en materia de protección y garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno.

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

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

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

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

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

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

### C. La Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras de la Unesco, 1997.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Declaración de Río generó instrumentos jurídicamente vinculantes como el *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, el *Convenio Marco de las NU sobre el Cambio Climático* y las bases para la formulación y negociación de la *Convención de Lucha contra la Desertificación* y la *Sequia* e instrumentos jurídicamente no vinculantes como la *Declaración sobre Bosques* y *Agenda 21*.

### 8.2 Derecho comparado

Los esfuerzos de Colombia en materia ambiental son insuficientes. Hace tan solo apenas unos años se ha empezado a dar importancia a la protección del medio ambiente y lograr que los recursos sean sostenibles. Contrario a otros países que ya incluyen el agua como un derecho fundamental, Colombia sigue atrasada en estas medidas, a pesar de estar sufriendo las conse-

cuencias del calentamiento global y los fenómenos del cambio climático que están afectando a varias regiones en todo el país. Algunos países que han establecido el derecho al agua como fundamental desarrollan:

PAÍS	REFERENCIA CONSTITUCIONAL
Argentina	El poder judicial de la República de Argentina haciendo uso de la cláusula de apertura de la Constitución consagrada en el numeral 22 del artículo 75 de la Carta Política, que otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, ha establecido que el acceso al servicio de agua es un derecho fundamental.
Bolivia	La Constitución Política de la República de Bolivia incorpora, dentro de su texto, el derecho fundamental al agua potable en varios de sus artículos. El artículo 16 establece: “Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación” y en el artículo 20 consagra que: “Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley”.
Ecuador	La República del Ecuador, en el artículo 12 de su Constitución, consagra el derecho al agua en los siguientes términos: “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.
Italia	En Sentencia número 259 de 1996 la Corte Constitucional italiana sostuvo que “el agua es un bien primario en la vida del hombre, configurado como recurso para salvaguardar, caracterizado por ser un derecho fundamental tendiente a mantener íntegro el patrimonio ambiental”.
Bélgica	El Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional del Estado Federal de Bélgica, en Sentencia número 036 de 1998, reconoció la existencia de un derecho al agua. Esta Corporación señaló que este derecho “se deriva del artículo 23 de la Constitución y del Capítulo 18 del Programa 21 aprobado en junio de 1992 en Río de Janeiro por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”.

## 9. Alcance del Proyecto de Acto Legislativo número 14 de 2017

### 9.1 Acceso al agua como derecho fundamental

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

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

Según el informe *Dividendos Ambientales de la Paz* elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, la guerra armada deja un saldo ambiental preocupante. Tan solo frente al recurso hídrico el “60% de las fuentes hídricas del país están potencial-

mente afectadas por extracción ilícita de minerales y derrames de petróleo: 10 veces el caudal promedio del río Nilo”<sup>10</sup> y “4,1 millones de barriles de petróleo han sido derramados en los últimos 35 años: equivalente a 16 veces la catástrofe de Exxon Valdez (así se llamaba el buque petrolero que en 1989 encalló con 11 millones de galones de crudo y causó la peor tragedia ecológica en Alaska)”. Adicionalmente, “los 757 mil barriles derramados entre 2009 y 2013 afectan el agua y el suelo de 129 municipios”. Es en este contexto que se hace imperativo suplir el déficit de protección al recurso hídrico reconocido por la Corte Constitucional<sup>11</sup>.

El derecho al agua, cuyo contenido ha sido desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en reiterada jurisprudencia, es un derecho polifacético. Así, la Corte Constitucional ha mencionado que entre los derechos constitucionales relevantes en materia del agua “vale la pena al menos mencionar los siguientes: (1) el derecho a la vida, que se consagra como inviolable y (2) a que nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, (3) el derecho a la igualdad (\*), (4) los derechos de las niñas y de los niños; (5) al saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado; (6) a una vivienda digna; (7) el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y a que la comunidad participe en las decisiones que puedan afectarlo”<sup>12</sup>.

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

El derecho al agua ha sido definido por Naciones Unidas como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”<sup>13</sup> que comprende (i) el derecho a disponer, y a (ii) acceder a cantidades suficientes de agua, y además, que el mismo sea (iii) de calidad “para los usos personales y domésticos”. Por otro lado, como ya se mencionó el Comité de

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

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

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

<sup>13</sup> <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human-right-to-water.shtml>

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha indicado una serie de elementos necesarios para garantizar efectivamente el derecho al acceso al agua<sup>14</sup>.

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

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

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

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

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

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

### 9.3 No busca la gratuidad del Servicio público

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

La accesibilidad en sentido amplio implica que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte; y en sentido específico, la accesibilidad económica implica que

los costos deben estar al alcance de todos y no ser un obstáculo. Por lo tanto, la accesibilidad no implica gratuidad ni implica la inexistencia de un costo por el servicio; lo que implica es que dicho costo cumpla con ciertas características.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 9.5 No generará una Tutelación

La acción de tutela para amparar el derecho fundamental de acceso al agua es un mecanismo existente que no depende de la consagración de este en la Constitución para su activación efectiva. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que “se ha ocupado en varias ocasiones de la procedencia de la acción de tutela para la salvaguarda del derecho al agua, entendiendo que cuando se destina al consumo humano se realiza su propio carácter de derecho fundamental y su protección puede ser garantizada a través del mecanismo constitucional<sup>16</sup>. La Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que es necesario “estudiar a fondo las particularidades propias de cada caso<sup>17</sup>”.

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

– Para 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos.

– Para 2030, mejorar la calidad del agua mediante la reducción de la contaminación, la eliminación del vertimiento y la reducción al mínimo de la descarga de materiales y productos químicos peligrosos, la re-

ducción a la mitad del porcentaje de aguas residuales sin tratar y un aumento sustancial del reciclado y la reutilización en condiciones de seguridad a nivel mundial.

– Para 2030, aumentar sustancialmente la utilización eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir sustancialmente el número de personas que sufren de escasez de agua.

– Para 2030, poner en práctica la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda.

– Para 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos.

– Apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento<sup>18</sup>.

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

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

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

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

Producto (asociado a la meta intermedia de IPM)	Línea de base (2013)	Meta a 2018
Personas con acceso a agua potable	41.877.000	44.477.000
Personas con acceso a una solución de alcantarillado	39.469.000	42.369.000

<sup>15</sup> Artículo 334. Constitución Política de Colombia

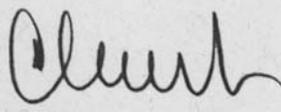
<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

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

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

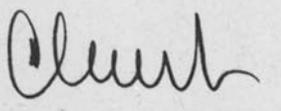
Cordialmente,



**Claudia López Hernández**  
Senadora de la República  
Alianza Verde

### Proposición

En mérito de las anteriores consideraciones, nos permitimos solicitar a los honorables Senadores del Senado de la República, dar primer debate en Comisión Primera de Senado, al Proyecto Acto Legislativo número 14 de 2017 Senado, *por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia*, en el texto del proyecto original.



**Claudia López Hernández**  
Senadora de la República  
Alianza Verde

\* \* \*

### PONENCIA POSITIVA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 153 DE 2016 SENADO

*por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia por el que se crea un marco para la participación de la República de Colombia en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea”, suscrito en la ciudad de Bogotá, D. C., el 5 de agosto de 2014.*

Bogotá, D. C., 5 de abril de 2017

Honorable Senador

JAIME ENRIQUE DURÁN BARRERA

Presidente

Comisión Segunda Constitucional del Senado

**Asunto: Ponencia positiva para primer debate Proyecto de ley número 153 de 2016 Senado.**

Respetado señor Presidente:

Atendiendo la designación que me hizo como ponente y de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley 5ª de 1992, me permito rendir informe de ponencia para primer debate al **Proyecto de ley número 153 de 2016 Senado**, *por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo entre la Unión Eu-*

*ropea y la República de Colombia por el que se crea un marco para la participación de la República de Colombia en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea”, suscrito en la ciudad de Bogotá, D. C., el 5 de agosto de 2014.*

### 1. Síntesis del proyecto de ley

El presente proyecto de ley tiene por objeto permitir el despliegue de miembros de las Fuerzas Armadas colombianas para atender operaciones de crisis de la Unión Europea, teniendo en cuenta que Colombia tiene la facultad de decidir en cada caso concreto si desea participar o no en una determinada operación.

El proyecto consta de tres (3) artículos, incluido el relativo a su vigencia, en los que se aprueba el Acuerdo con la Unión Europea, Colombia se obliga a su cumplimiento y se fija la fecha de su vigencia.

### 2. Trámite del proyecto de ley

Origen del proyecto de ley: Congresional - Senado

Fecha de presentación: Octubre 4 de 2016

Autores del proyecto de ley: Ministra de Relaciones Exteriores *María Ángela Holguín* y Ministro de Defensa Nacional *Luis Carlos Villegas*.

Proyecto publicado: *Gaceta del Congreso* número 839 de 2016.

### 3. Consideraciones del ponente

#### 3.1 Puntos relevantes del Acuerdo

En primer lugar, se expondrán algunos puntos importantes que incluye el presente Acuerdo materia de debate para luego exponer las razones por las cuales se considera viable su ratificación.

El presente proyecto de ley busca que las Fuerzas Armadas de Colombia puedan acudir a operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea reservando a nuestro país la posibilidad de decidir en cada caso concreto si desea participar o no en una operación específica.

Conforme a lo anterior, en caso de que Colombia desee participar en una operación, el Ministerio de Defensa Nacional, como autoridad competente, se lo comunicará a la Unión Europea anexando una propuesta de contribución. A su vez, Colombia en cualquier momento podrá retirarse total o parcialmente por iniciativa propia o a petición de la Unión.

Es necesario recalcar que el Acuerdo establece que Colombia ejercerá su jurisdicción sobre los miembros de sus fuerzas armadas que participen en una determinada operación, excepto cuando el personal esté a bordo de una nave o aeronave de un Estado parte de la Unión Europea, en cuyo caso éste último ejercerá la jurisdicción. Esto implica que Colombia debe atender cualquier reclamación vinculada a su participación que presente un miembro de su personal o que afecte a dicho miembro.

Otro punto importante es que en este Acuerdo, Colombia renuncia a toda reclamación contra la Unión Europea que no sea de tipo contractual por daños, pérdidas o destrucción de material, o por lesiones o muerte de su personal que resulten en el desarrollo de la operación salvo en el caso de negligencia grave o dolo. A su vez, los Estados miembros de la Unión Europea se comprometen a no formular reclamaciones contra Colombia en ese mismo sentido.

Además, la participación de miembros de las Fuerzas Armadas colombianas suponen que Colombia deberá sufragar todos los gastos de funcionamiento y además contribuirá al presupuesto de la operación según dos fórmulas que se proponen en el Acuerdo, tomando aquella de la que resulte un menor valor. De esta contribución financiera podrá eximirse Colombia si la Unión Europea determina que el país ya está haciendo una contribución significativa.

Finalmente, se resalta que el incumplimiento del Acuerdo autoriza a la parte cumplida a ponerle fin al mismo, y que este no implica en ningún caso la presencia de tropas extranjeras en territorio colombiano ni la membresía de Colombia a la Unión Europea.

### 3.2 Necesidad de la ratificación del Acuerdo

Ahora, respecto a la viabilidad de este Acuerdo, considero que es importante que el Congreso de la República lo ratifique con el propósito no solo de fortalecer las relaciones internacionales de Colombia a través de la cooperación, sino también consolidar la participación de nuestras Fuerzas Armadas en escenarios internacionales en la lucha contra la delincuencia y defensa de la democracia.

A su vez, esto tiene como efecto elevar los estándares profesionales y operacionales de las Fuerzas Armadas aumentando el rigor de los entrenamientos y capacitaciones para aumentar su prestigio internacional.

#### 3.2.1 Antecedentes de la Fuerza Pública colombiana en el escenario internacional

Desde hace más de 30 años, Colombia ha estado presente en la península del Sinaí enviando contingentes de soldados, suboficiales y oficiales para formar parte de lo que se conoce como la Fuerza Multinacional de Paz y Observadores (FMO). Su misión junto a los integrantes de los Ejércitos de otros 12 países es garantizar la estabilidad en la región, como parte de los acuerdos de paz entre Israel y Egipto.

Al Sinaí son enviados los mejores y más galardonados militares colombianos en reconocimiento a su labor en las selvas del país conocidos como el “Batallón Colombia”. Sin embargo, la presencia del ejército en esa zona es solo como observadores, permaneciendo ajenos al conflicto.

Ese reconocimiento a la capacidad de los militares colombianos surge de la experiencia acumulada que tienen en más de medio siglo de combate al narcoterrorismo en el país. Justamente, esa experiencia que hoy viven en el Sinaí ha sido fundamental para que las Naciones Unidas y otros países estén solicitando apoyo del Ejército colombiano, para participar en misiones militares en otros lugares del mundo. En el pasado los soldados nacionales ya habían cumplido ese rol como parte de fuerzas multinacionales en el canal de Suez, en la guerra de Corea, y también como observadores en la antigua Yugoslavia, en El Salvador y otros países de Centroamérica.

A su vez, la ONU ha solicitado apoyo para que militares colombianos acompañen misiones en Sahara Oriental (África), Altos del Golán y en Malí, a donde en pocas semanas serán enviados algunos oficiales. Estos son unos de los sitios iniciales que contarán en poco tiempo con militares nacionales. Sin embargo, el

objetivo es que en un futuro próximo cerca de 5.000 hombres viajarán a otras regiones para hacer parte de fuerzas multinacionales y de apoyo a otros países.

Colombia ha participado mediante la asesoría técnica, entrenamiento y ejercicios conjuntos en misiones internacionales y operaciones de paz con sus Fuerzas Armadas participando desde el siglo pasado en diferentes misiones con personal militar o policial, en particular por medio del envío de observadores y expertos en misión a países y regiones como Corea, Camboya, Haití, Canal de Suez, Sinaí, África Occidental y Centroamérica, entre otros.

La finalidad es fortalecer su estrategia de cooperación tanto en el ámbito de política exterior como en el de seguridad y defensa nacional. En este sentido, Colombia ha consolidado su participación como un actor relevante en diferentes escenarios internacionales haciendo uso de las capacidades desarrolladas en los últimos años y a su vez, desarrollando otras nuevas. Es así, como el profesionalismo de nuestras Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, ha abierto la oportunidad de fortalecer esta cooperación y su presencia en diferentes escenarios internacionales, uno de los cuales es el de Naciones Unidas.

Teniendo en cuenta esta estrategia, Colombia ha participado en diferentes Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas (OMP). En preparación a la participación del país como un potencial contribuyente de tropas a las OMP, el entonces Ministro de Defensa Nacional, Juan Carlos Pinzón, firmó el 26 de enero de 2015, el “Acuerdo Marco entre las Naciones Unidas y la República de Colombia, relativo a las contribuciones al Sistema de Acuerdos de Fuerzas de Reserva de las Naciones Unidas para Operaciones de Mantenimiento de la Paz”.

Después de más de 50 años de combate contra el narcoterrorismo y de lucha contra el crimen transnacional, Colombia ha adquirido experiencia y conocimientos en operaciones especiales, lucha contra el terrorismo, lucha contra el narcotráfico y los artefactos explosivos improvisados, entre otros.

Colombia está preparada para ofrecer sus conocimientos, su experiencia y sus capacidades, sin comprometer la seguridad nacional, con el objetivo de alcanzar niveles de seguridad en las regiones afectadas. Desde 2010 las Fuerzas Armadas de Colombia han contribuido a fortalecer las capacidades de las Fuerzas Armadas y de Seguridad de más de 70 países.

El trabajo que ha adelantado Colombia con las Fuerzas Militares y de Policía en la visión a futuro para su transformación, vislumbra una participación en misiones de paz, en temas como la protección a la ciudadanía, lucha contra el terrorismo y crimen organizado; atención de emergencias y desastres; desarrollo y protección de fronteras y ejercicio de la soberanía, entre otros. La experiencia, conocimiento y valentía de nuestros soldados y policías representan una contribución significativa al fortalecimiento de las misiones de paz.

Así mismo, nuestra presencia en las misiones de paz nos permite fortalecer y profundizar la cooperación en seguridad, compartiendo la experiencia nacional con otras regiones del mundo. Por muchos

años, Colombia ha recibido la cooperación y apoyo de la comunidad internacional. Ahora, estamos listos a reafirmar nuestra convicción de cooperación en seguridad, en los lugares del mundo que sea necesario, como medio de construcción y consolidación de la confianza, la paz y seguridad internacionales.

Fuente: Presidencia de la República de Colombia (Noticias, 2015) y Revista *Semana (Estos son los soldados de exportación)*. 2016).

### 3.2.2 Estadísticas

La aprobación del presente Acuerdo se hace más necesaria al analizar la siguiente información otorgada por el Ministerio de Defensa Nacional:

- A la fecha, ningún miembro de la Fuerza Pública ha participado en alguna misión internacional. Únicamente se cuenta con el Batallón Colombia que hace parte de un grupo de observadores militares y por otro lado unidades policiales para labores humanitarias en Haití como asesores a la Misión de la ONU.

- Entre el año 2010 y 2016 las Fuerzas Armadas colombianas han capacitado a un total de 34.008 personas de más de 73 países.

- El 56.1% de las personas capacitadas corresponden a la región de Centroamérica, el 20.1% de Norteamérica, el 14.8% de Suramérica, el 7.2% de El Caribe, el 1% de Asia y Oceanía, el 0,7% de Europa y el 0.1% de África.

Es decir, que el Acuerdo podría aumentar la participación que actualmente tiene la Fuerza Pública colombiana en el escenario internacional, especialmente en el continente europeo, y a su vez producir beneficios positivos en las relaciones diplomáticas de Colombia con la Unión Europea.

## 4. Marco Normativo

– **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 1969**

– **Artículo 150 numeral 16 de la Constitución Política**

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”.

– **Artículo 189 numeral 2 de la Constitución Política**

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”.

## – Artículo 241 numeral 10

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

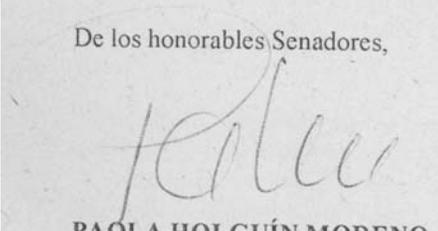
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”.

Por lo expuesto, consideramos que el proyecto se ajusta a la Constitución y las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia en materia de tratados internacionales.

## Proposición

Por las anteriores consideraciones, nos permitimos solicitar a los Honorables Senadores de la República, dar trámite en primer debate al Proyecto de ley número 153 de 2016 Senado, *por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia por el que se crea un marco para la participación de la República de Colombia en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea”*, suscrito en la ciudad de Bogotá, D. C., el 5 de agosto de 2014.

De los honorables Senadores,

De los honorables Senadores,  
  
**PAOLA HOLGUÍN MORENO**  
 Senadora Ponente

## TEXTO PROPUESTO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 153 DE 2016 SENADO

*por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia por el que se crea un marco para la participación de la República de Colombia en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea”*, suscrito en la ciudad de Bogotá, D. C., el 5 de agosto de 2014.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

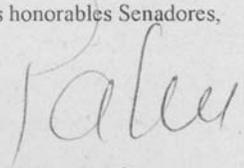
**Artículo 1°.** Apruébese el “Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia por el que se crea un marco para la participación de la República de Colombia en las Operaciones de Gestión de Crisis

de la Unión Europea”, suscrito en la ciudad de Bogotá, D. C., el 5 de agosto de 2014.

**Artículo 2°.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el “Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia por el que se crea un marco para la participación de la República de Colombia en las Operaciones de Gestión de Crisis de la Unión Europea”, suscrito en la ciudad de Bogotá, D. C., el 5 de agosto de 2014, que por el artículo 1° de esta ley se aprueba, obligará a la República de Colombia a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto de la misma.

**Artículo 3°.** La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

De los honorables Senadores,



De los honorables Senadores,  
PAOLA HOLGUÍN MORENO  
Senadora Ponente

\*\*\*

### INFORME PARA PONENCIA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 145 DE 2016 SENADO, 218 DE 2016 CÁMARA

por la cual se modifica el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 “Sobre derechos de autor”, se establece una remuneración por comunicación pública a los autores de obras cinematográficas o “Ley Pepe Sánchez”.

#### 1. Antecedentes

El proyecto de ley fue radicado el 5 de abril de 2016, ante el Secretario General de la Cámara de Representantes. Posteriormente, fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 124 de 2016 del mismo día. El debate en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes se realizó el 2 de junio de 2016 y fue agendado en el Orden del Día de la Comisión para el día 7 de junio.

En la discusión del informe de ponencia en la Comisión Primera Cámara, se presentaron varias intervenciones frente al proyecto de ley; dentro de ellas, vale la pena resaltar la intervención de la Representante Clara Rojas, quien explicó en qué consistía el proyecto, la finalidad y los resultados que se esperan obtener. A su vez, se presentó ponencia para segundo debate, el cual fue realizado el día 30 de agosto de 2016, fecha en el que se aprobó el Proyecto en Plenaria de la Cámara de Representantes.

Asimismo, la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado me designó como ponente del Proyecto de ley número 145 Senado, para lo cual presenté informe de ponencia para primer debate publicada en la *Gaceta del Congreso* número 928 de 2016. El día 28 de marzo la Comisión Primera debatió el proyecto, presenté mi intervención, también inter-

vinieron los Senadores Doris Vega y Faruk Urrutia y adicional el proyecto no tuvo ninguna proposición, luego de esto la comisión dio su aprobación, y me designó para rendir ponencia para segundo debate. Con tal fin, retomé las ponencias y las discusiones llevadas en todo el proceso legislativo del proyecto anteriormente mencionado. Esta ponencia tiene como base el informe de ponencia presentado en la Comisión Primera del Senado de la República, lo cual irá entre comillas.

#### 2. Facultad del Congreso

El Congreso de la República tiene la facultad expresa de proferir leyes que versen sobre los derechos de los sujetos a quienes se protegen con los derechos de autor.

##### 2.1. Constitución Política

“Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el Gobierno y la administración.

El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes”.

A su vez, el artículo 150 ibídem, determina que:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.

24. Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual”.

##### 2.2. Ley 5ª de 1992

“Artículo 140. *Iniciativa Legislativa.* Pueden presentar proyectos de ley:

1. “Los Senadores y Representantes a la Cámara individualmente y a través de las bancadas”.

#### 3. Sobre los Derechos de Autor, en especial los Derechos Morales, Patrimoniales y los denominados de Remuneración

Como se expuso en el informe de ponencia de la Cámara de Representantes, se describe el marco jurídico del presente proyecto de ley que busca remunerar a los directores o realizadores y a los guionistas y libretistas por los actos de comunicación pública incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público que se hagan de la obra audiovisual.

##### 3.1. Derechos de Autor

En el informe de ponencia para la Plenaria de la Cámara se señaló que “La Constitución Política de Colombia en su artículo 61 determina que es obligación del Estado colombiano el proteger la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley, obligación esta que surge por la necesidad de proteger cualquier creación propia del hombre. Estos derechos han sido reconocidos desde el siglo XVIII por legislaciones como la francesa. Es tan importante este tipo de protección que la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos estableció en su artículo 27, que: “ Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él

*resulten. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*” (Subrayado por fuera del texto”).

Esta protección, se ha consagrado en el ordenamiento colombiano a través de la Ley 23 de 1982 “Sobre los Derechos de Autor”, la cual tiene por objeto la salvaguarda de las obras literarias, científicas y artísticas, y también, la defensa a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de programas y a los organismos de radiodifusión. En la ponencia de Cámara se cita jurisprudencia de la Corte Constitucional, al respecto se aduce “*De igual forma, la honorable Corte Constitucional, en la Sentencia C-1023 de 2012, definió los derechos de autor y su ámbito de protección de la siguiente manera:*

*“El objeto que se protege a través del derecho de autor es la obra, esto es “...la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”. Dicha protección está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: el derecho de autor protege las creaciones formales no las ideas; la originalidad es condición necesaria para la protección; ella, además, no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en la mayoría de legislaciones, no está sujeta al cumplimiento de formalidades; (...).*

*El derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales, en tanto creaciones originarias o primigenias (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también en los últimos tiempos los programas de computador), o creaciones derivadas (adaptaciones, traducciones, compilaciones, arreglos musicales etc.)<sup>1</sup>”.* (Subrayado por fuera del texto).

Significa lo anterior, que los derechos de autor protegen la invención artística que ha sido plasmada de forma tal que puede ser perceptible al ser humano, es decir, que no pueden ser objeto de protección las simples ideas. A su vez, para que dicha obra sea objeto de salvaguarda es necesario que cumplan con la característica de originalidad y ser susceptible de ser difundida y reproducida.

A lo anterior, cabe resaltar que para delimitar en cierto grado el objeto sobre el cual recaen los mencionados derechos, se puede observar lo contenido en el artículo 4° de la Decisión Andina 351 de 1993, el cual señala:

“Artículo 4°. La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales;

b) Las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza;

c) Las composiciones musicales con letra o sin ella;

d) Las obras dramáticas y dramático-musicales;

e) Las obras coreográficas y las pantomimas;

f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento;

g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías;

h) Las obras de arquitectura;

i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía;

j) Las obras de arte aplicado;

k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias;

l) Los programas de ordenador;

ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales”.

Sin la adecuada protección a las obras antes mencionadas, no existirían los incentivos necesarios para que los creadores pusieran su intelecto en pro del arte y la cultura, pues perderían cualquier estímulo y motivación para continuar su actividad creadora.

A continuación, se describirá la diferencia entre los derechos morales y patrimoniales que se protegen a través de los derechos de autor, asimismo, se especificará que debe entenderse por derechos de remuneración, los cuales son los que se protegen con el presente Proyecto.

### 3.2. Sobre los Derechos Morales y Patrimoniales

En la ponencia para la plenaria de la Cámara se resalta que “*los derechos de autor tienen dos esferas como lo son los derechos morales y los derechos patrimoniales. En Colombia los primeros hacen referencia al derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable de todo autor de reclamar en cualquier momento la autoría de su obra, en términos generales. Específicamente, la Ley 23 de 1982, definió los derechos morales como: “(...) un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para: Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto; a conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria; A modificarla, antes o después de su publicación; a retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada”.*

Ahora bien, es necesario especificar que los derechos patrimoniales permiten al titular de la obra obtener una compensación financiera por su uso, y facul-

<sup>1</sup> Sentencia C-1023 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

tan “al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico. Los derechos patrimoniales son oponibles a todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor”<sup>2</sup>.

Los derechos patrimoniales son la reproducción, comunicación pública, distribución, importación y traducción, los cuales son definidos por la Doctrina de la siguiente manera:

“Derecho de reproducción: Mediante esta prerrogativa el autor tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir la fijación, replica, grabación, estampado y, en general, cualquier reproducción de su obra en determinado soporte, sea este de forma permanente o temporal, total o parcial, mediante procedimiento conocido o por conocerse; considerándose como un acto de reproducción la fijación de la obra en medios digitales o electrónicos.

Derecho de distribución: Mediante esta prerrogativa, el autor tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir la puesta a disposición de su obra mediante la venta, alquiler, canje, permuta, préstamo o cualquier otra forma de transmisión de la propiedad de los soportes en los que se encuentre contenida.

Derecho de comunicación al público: El autor tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir el acceso de su obra a dos o más personas reunidas o no, sin que dicho acceso suponga la distribución de sus ejemplares tangibles.

Derecho de importación: El autor tiene el derecho a autorizar o prohibir el ingreso al territorio nacional, por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse, de los ejemplares de su obra; incluyendo la transmisión digital.

Derecho de traducción, adaptación o arreglo: El autor tiene el derecho de hacer o autorizar las traducciones, la adaptación y el arreglo de su obra”<sup>3</sup>.

Ahora bien, según el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 sobre estos derechos patrimoniales recae una presunción que establece que todos los derechos de explotación se encuentran a favor del productor. Dicho artículo dispone que “Los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario a favor del productor”.

En referencia a lo anterior, la Corte Constitucional, en Sentencia C-276 de 1996, señaló que:

“Por presunción de cesión establecida en la ley, salvo pacto en contrario, o presunción de legitimación.

La presunción legal de cesión. Establece en favor de la persona natural o jurídica que diseñe el plan para elaborar una obra, por su cuenta y riesgo (en el caso de las obras cinematográficas el productor), la cesión del derecho exclusivo de explotación cinematográfi-

ca, salvo acuerdo en contrario; en estos casos los autores que colaboraron en la realización, pueden hacer valer frente a terceros que contraten con el productor, los derechos que se hayan reservado en sus respectivos convenios con este. (Subraya la Corte) (...).

“Para asegurar que el productor no se vea inútilmente obstaculizado en la explotación de la obra audiovisual, en los países de tradición jurídica latina se establece...una presunción de cesión de los derechos patrimoniales de los colaboradores en favor del productor que admite prueba en contrario (presunción iuris tantum de cesión) –o una cesión legal o bien una presunción de legitimación en favor del productor, salvo pacto en contrario, que comprende los derechos de reproducción...de distribución, de comunicación pública...o de los derechos mencionados en la respectiva disposición legal, de interpretación restringida”.

Por tanto, dentro de la legislación colombiana se presume que los derechos patrimoniales recaen en cabeza del productor, por lo cual, el director o guionista tan solo percibe remuneración al momento de suscribir el contrato de cesión de derechos de la obra artística, quedando la explotación y remuneración del uso en cabeza del mencionado productor.

### 3.2.1. Sobre el derecho a la remuneración y su diferencia con los derechos patrimoniales

Se debe resaltar que existe una diferencia entre los derechos patrimoniales y el derecho a la remuneración que se reivindica con el presente proyecto. La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha señalado que dentro de los derechos patrimoniales se encuentra los derechos exclusivos y los remuneratorios:

Derechos exclusivos son los que solamente el titular puede autorizar o no el uso de la creación intelectual, en razón a dicha exclusividad, es ilícita, salvo excepción legal expresa, toda utilización de la obra que se realice sin autorización del autor.<sup>4</sup>

Los derechos de remuneración simplemente permiten el cobro por el uso de la obra más no facultan al autor para denegar su distribución, reproducción o comunicación pública. En el caso de Colombia, estos solo han sido consagrados en materia de derechos conexos para los actores como ejecutantes o intérpretes de grabaciones o de obras audiovisuales (artículo 1º de la Ley 1403 de 2010 que adiciona el artículo 168 de la Ley 23 de 1982).

Los llamados simples derechos de remuneración según la OMPI<sup>5</sup> “se caracterizan porque, a diferencia de lo que sucede con los derechos exclusivos, no permiten autorizar o denegar el uso de la obra, sólo facultan al titular del derecho para cobrar por ese uso en determinados casos”.

Este derecho de remuneración en nada se opone a los derechos patrimoniales exclusivos presuntamente cedidos a favor de los productores ya que, lo que se

<sup>2</sup> Manual de Derechos de Autor. Alfredo Vega Jaramillo. Dirección Nacional de Derechos de Autor. 2010.

<sup>3</sup> Indecopi, Manual de derechos de Autor para Entidades Públicas. 2013.

<sup>4</sup> Unesco y Cerlac, “Derecho Patrimonial. Derechos exclusivos. Autorización Previa.” file:///C:/Users/asesor/Desktop/CJP/Derechos%20exclusivos.pdf

<sup>5</sup> CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR. EL AUTOR, LA OBRA, LIMITACIONES Y EXCEPCIONES. OMPI/PI/JU/LA C/04/18. ORIGINAL: Español. FECHA: 21 de octubre de 2004.

pretende es que si bien existe una presunción a favor del Productor, quien es el que detenta los derechos exclusivos, se le reconozca monetariamente a los directores o realizadores y a los guionistas y libretistas el uso de la obra cuando esta sea objeto de comunicación pública.

Ejemplo de lo anterior, es el caso de los derechos conexos, “El intérprete o ejecutante de obras o grabaciones audiovisuales, aunque haya autorizado la incorporación de su interpretación o ejecución en una fijación sea de imagen o de imagen y sonido, mantiene el derecho a percibir una remuneración equitativa en las condiciones ya expuestas, pero pierde el derecho –por haber una autorización previa en beneficio del productor, utilizador o causahabiente– a prohibir, alterar o suspender la producción o la normal explotación comercial de la obra audiovisual”<sup>6</sup>.

En consecuencia, es claro que si bien los derechos de remuneración hacen parte de los derechos patrimoniales, aquellos solo pretenden que al autor se le reconozca su labor cuando su obra sea comunicada públicamente, pero no se encaminan a prohibir o entorpecer los derechos de distribución, reproducción, traducción u otros que se presumen en cabeza del Productor.

#### 4. Los Directores o Realizadores y los Libretistas y Guionistas como Autores de las Obras Audiovisuales

Dentro del informe de ponencia para plenaria de Cámara se expuso claramente quienes se entienden como autores de la obra cinematográfica, los cuales con el presente proyecto se les otorga un reconocimiento financiero. “Las obras cinematográficas o audiovisuales son objeto de protección por el derecho de autor en Colombia ya que en razón de lo consagrado en el artículo 95 de la Ley 23 de 1982, son considerados autores de la obra cinematográfica:

- A. El Director o realizador
- B. El autor del guion o libreto cinematográfico;
- C. El autor de la música;
- D. El dibujante o dibujantes, si se tratare de un diseño animado”.

De esta forma, la norma rectora del derecho de autor, otorga la calidad de AUTOR tanto a los directores o realizadores como a los guionistas y libretistas de las obras cinematográficas y/o audiovisuales.

A su vez, el artículo 1° de la misma ley, confiere la titularidad de los derechos y su respectiva protección, a quienes son considerados autores respecto de sus obras:

“Artículo 1°. Los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común. (...)”.

En resumen, los directores o realizadores y los guionistas y libretistas de las obras cinematográficas y/o audiovisuales son considerados autores por la norma rectora del derecho de autor, por lo serían

los titulares originarios de los derechos que de allí se derivan pudiendo ejercer esa titularidad sobre los derechos, morales y patrimoniales, en especial los de remuneración.

Es así que, la titularidad originaria sobre la obra cinematográfica o audiovisual, está radicada en cabeza del Director o Realizador y el guionista y libretista y en un principio, serían los únicos llamados a gestionar por sí o por interpuesta persona los derechos derivados de la mencionada obra; se dice que en principio, pues en la mayoría de las ocasiones, no obstante su calidad de autores, estos últimos no ostentan la titularidad de algunos derechos relacionados con la obra, debido a que son cedidos por acto entre vivos, o incluso por causa de muerte”.

#### 5. Caso de Éxito. Ley 1403 de 2010, “Ley Fanny Mikey”

Como un ejemplo del buen funcionamiento de los incentivos monetarios que se pretenden con el presente proyecto, en el ya citado informe de ponencia de Cámara se señala lo siguiente: “Este reconocimiento, ya ha sido incluido para el caso de los actores según lo establecido en la Ley 1403 de 2010 “Por la cual se adiciona la Ley 23 de 1982, sobre Derechos de Autor, se establece una remuneración por comunicación pública a los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales o “Ley Fanny Mikey”, la cual claramente otorgó el derecho a los actores a siempre mantener una remuneración por todo tipo de comunicación que se haga al público. Esta ley señala:

“... Sin perjuicio de lo contemplado en el párrafo anterior, los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales conservarán, en todo caso, el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, de las obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones. En ejercicio de este derecho no podrán prohibir, alterar o suspender la producción o la normal explotación comercial de la obra audiovisual por parte de su productor, utilizador o causahabiente.

Este derecho de remuneración se hará efectivo a través de las sociedades de gestión colectiva, constituidas y desarrolladas por los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales, conforme a las normas vigentes sobre derechos de autor y derechos conexos”.

Por lo tanto, el proyecto de ley que se propone, modificadorio de la Ley 23 de 1982, busca que no obstante la presunción de cesión de los derechos del autor director o realizador y de los guionistas y libretistas audiovisuales a favor del productor, ellos conservarán un derecho a recibir una remuneración equitativa por los actos de comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, que se hagan de la obra audiovisual.

Tal remuneración debería ser pagada directamente por quien realice la comunicación pública de este tipo de obras es decir, por quienes las exhiben y no por el productor, siguiendo los lineamientos establecidos en las normas sobre la materia”.

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA C-912 DE 2011.

## 6. Objetivo del proyecto de ley

Como objetivo del proyecto, el informe aduce que “Lo que se busca con el presente proyecto es otorgar a todos los autores de obras cinematográficas, los cuales, han sido definidos en la Ley 23 de 1982, en su artículo 95, el derecho a recibir una remuneración justa y equitativa por la comunicación de la obra cinematográfica. Ello se propone porque en la práctica cuando se ejecuta una obra cinematográfica o audiovisual, se ceden la totalidad de los derechos patrimoniales sobre la obra por parte de quienes son autores en favor del productor de la obra, perdiendo su participación económica en los actos de comunicación (...)”.

Lo anterior, genera un desequilibrio entre la remuneración otorgada al autor, el cual se recibe en el momento de la suscripción de contrato de cesión de los derechos y los beneficios económicos percibidos por el productor con las múltiples comunicaciones públicas que se hacen con la obra. Dicho desequilibrio produce una falta de incentivo para nuestros directores, libretistas y guionistas pues no permite que de las obras creadas con su intelecto se produzcan réditos que generen condiciones adecuadas para ejercer dicha labor.

Como se expone en las ponencias de Cámara “Tal remuneración debería ser pagada directamente por quien realice la comunicación pública de este tipo de obras, es decir, por quienes las exhiben y no por el productor, siguiendo los lineamientos establecidos en las normas sobre la materia.

Sin embargo, es claro para los autores directores/realizadores y guionistas y libretistas audiovisuales, que ello no significará que por este hecho ellos puedan prohibir, alterar o suspender la producción o la normal explotación comercial de la obra audiovisual por parte de su productor.

Sumado a ello, se quiere que los escritores y directores de obras audiovisuales reciban el dinero recaudado por la reproducción de obras y que se encuentra en el exterior, el cual no ha llegado a los autores por la falta de la normatividad en el país, pues no existe posibilidad de gestionar estos cobros. Se estima que Colombia podría recaudar anualmente en el mundo unos 15 millones de euros anuales”.

### 6.1 Concepto Dirección Nacional de Derechos de Autor

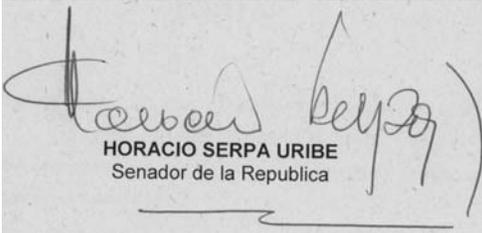
A su vez, se transcribe el concepto dado por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, el cual fue puesto de presente dentro del citado informe “Mediante Radicado 1-2016-23993 el Director General de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, doctor Giancarlo Marcenaro Jiménez, indicó, entre otras cosas: “...celebramos la presente iniciativa legislativa, en la cual se reconocen derechos a los creadores colombianos, sin afectar derechos que de tiempo atrás otros titulares han recibido, por lo tanto nos ponemos a su disposición para acompañar el recorrido del mismo en el Honorable Congreso de la República”.

Ya al referirse al articulado, la Dirección estima que “...encuentra que el mismo es respetuoso de la legislación autoral vigente, además consideramos el

mismo cumple con el objetivo perseguido de crear un derecho de remuneración irrenunciable en favor de los Directores o realizadores audiovisuales, Guionistas y libretistas de obras audiovisual” sin embargo, proponen dotar de mayor claridad el párrafo segundo propuesto en la iniciativa, con la finalidad de ser más precisos en la redacción del texto y así modificar la expresión “de esta ley” por la “del ejercicio de este derecho”.

## 7. Proposición

Por las anteriores consideraciones solicitamos dar segundo debate al Proyecto de ley número 145 de 2016 Senado, 218 de 2016 Cámara, por la cual se modifica el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 “Sobre Derechos de Autor”, se establece una remuneración por comunicación pública a los autores de obras cinematográficas o “Ley Pepe Sánchez”, en el texto aprobado por la Comisión Primera del Senado de la República.



HORACIO SERPA URIBE  
Senador de la Republica

### TEXTO APROBADO POR LA COMISIÓN PRIMERA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 145 DE 2016 SENADO, 218 DE 2016 CÁMARA

por la cual se modifica el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 “Sobre derechos de autor”, se establece una remuneración por comunicación pública a los autores de obras cinematográficas o “Ley Pepe Sánchez”.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

**Artículo 1°.** Adiciónese el artículo 98 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

**Artículo 98.** Los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario a favor del productor.

**Parágrafo 1°.** No obstante la presunción de cesión de los derechos de los autores establecidos en el artículo 95 de la presente ley, conservarán en todo caso el derecho a recibir una remuneración equitativa por los actos de comunicación pública incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público que se hagan de la obra audiovisual, remuneración que será pagada directamente por quien realice la comunicación pública.

La remuneración a que se refiere este artículo, no se entenderá comprendida en las cesiones de derechos que el autor hubiere efectuado con anterioridad a esta ley y no afecta los demás derechos que a los autores de obras cinematográficas les reconoce la Ley 23 de 1982 y demás normas que la modifican o adicionan, así como sus decretos reglamentarios.

En ejercicio de este derecho, los autores definidos en el artículo 95 de la presente ley, no podrán prohi-

bir, alterar o suspender la producción o la normal explotación comercial de la obra cinematográfica por parte del productor.

**Parágrafo 2°.** No se considerará comunicación pública, para los efectos del ejercicio de este derecho, la que se realice con fines estrictamente educativos, dentro del recinto o instalaciones de los institutos de educación, siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada. Asimismo, el pago o reconocimiento de este derecho de remuneración no le es aplicable a aquellos establecimientos abiertos al público que utilicen la obra audiovisual para el entretenimiento de sus trabajadores, o cuya finalidad de comunicación de la obra audiovisual no sea la de entretener con ella al público consumidor con ánimo de lucro o de ventas.

**Artículo 2°.** *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas aquellas que le sean contrarias.

En los anteriores términos fue aprobado Proyecto de ley número 145 de 2016 Senado, 218 de 2016 Cámara, por la cual se modifica el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 “Sobre derechos de autor”, se establece una remuneración por comunicación pública a los autores de obras cinematográficas o “Ley Pepe Sánchez”, como consta en la sesión del día 28 de marzo de 2017, Acta número 27.

**Nota:** El proyecto de ley fue aprobado en la Comisión Primera, en el texto aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes.

Presidente,  
S. CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Secretario General,  
GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

De conformidad con el inciso 2° del artículo 165 de la Ley 5ª de 1992, se autoriza la publicación del presente informe.

Presidente,  
L. CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Secretario,  
L. GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL

## CONCEPTOS JURÍDICOS

### CONCEPTO JURÍDICO DE LA ANDI SOBRE EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 69 DE 2016 SENADO

#### DOCUMENTO

#### Cotización de Seguridad Social en la Prestación de Servicios

#### Comentarios al texto aprobado para primer debate

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), inspirada en el bien común, en la democracia participativa y en la búsqueda del mayor desarrollo y beneficio social para los colombianos, se permite presentar sus opiniones respecto del proyecto de ley sobre inclusión laboral de personas en condición de discapacidad.

La ANDI comparte la necesidad de dar claridad a las reglas sobre la cotización a Seguridad Social de los independientes, que en la actualidad se encuentran en una pluralidad de normas que dificultan el cumplimiento. Sin embargo, también encuentra que el mecanismo que propone el Proyecto para hacerlo puede resultar costoso para los contratantes y de difícil entendimiento para los contratistas. A continuación se explicarán estos elementos.

#### I. Sobre la obligación de retención de los contratantes (artículo 5°)

En primer lugar, el artículo 5° del proyecto obliga a los contratantes a realizar el descuento y pago

directo de la cotización. La ANDI estima que se trata de una disposición altamente inconveniente, en la medida que puede generar duplicidad en la regulación y puede implicar altos costos administrativos para el contratante, que desestimen su contratación con personas naturales.

#### A. El proyecto genera duplicidad de regulación

En junio de 2015 el Congreso aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, cuyo artículo 135 señala el mismo deber de retención en cabeza de los contratantes según la reglamentación que emita el Gobierno nacional. Por ello, ya existe una norma que tiende a establecer esta obligación, con el deber del Gobierno de profundizar en ella en detalle a través de su potestad regulatoria, siguiendo los lineamientos dados por el Congreso en el artículo en comento.

Así, el Congreso ya estableció recientemente un mandato de regular la materia, por lo que la norma no sería necesaria. Por el contrario, establecer cambios sucesivos en la misma legislación puede generar inestabilidad jurídica para contratistas y contratantes, por lo que es recomendable guardar un término prudencial para estudiar la reglamentación que emita el Gobierno y los efectos prácticos que produzca.

### B. El proyecto incrementa los costos de contratación

Por otra parte, dicho deber de retención no armoniza con la distribución de las cargas entre los actores públicos y los privados en nuestro Estado social de derecho. En efecto, la fiscalización del pago de aportes parafiscales es una función propia del Estado, para lo cual cuenta con herramientas como la información en medios magnéticos entregada a la DIAN y con las diferentes bases de datos a las que puede acceder la UGPP. En este orden de ideas, el Estado es el que tiene la función y las capacidades necesarias para verificar el control de los aportes al Sistema de Seguridad Social de los independientes.

En vista de lo anterior, no es conveniente que dicha función estatal sea trasladada a los contratantes, para quienes implicaría un esfuerzo excesivo. En efecto, estas funciones de control implican costos para las empresas que no hacen parte de su objeto principal ni reportan un beneficio directo para el consumidor. En Colombia actualmente existen numerosas exigencias en ámbitos como el tributario, laboral, de seguridad social y gestión del riesgo, los cuales restan operatividad a las empresas y les dificultan ser más productivas y eficientes para afrontar la competencia internacional.

En este contexto, es recomendable que no se asigne un control adicional en cabeza de las empresas, de tal suerte que estas puedan ser más dinámicas y eficientes.

### II. La regulación debería propender a la simplicidad del sistema

Por otra parte, el proyecto de ley solo regula lo relacionado con la ejecución de contratos de prestación de servicios. En consecuencia, se mantienen las dudas sobre las reglas aplicables a los demás independientes que no prestan estos servicios.

Al respecto, la ANDI ha propuesto que se establezca un único sistema de cotización para todo tipo de trabajadores independientes, el cual puede ser de utilidad tanto para los cotizantes como para el Estado en su función de fiscalizador. Frente a lo primero, un reciente estudio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para América Latina señala que la formalización en nuestros países se origina a partir de tres principios importantes: simplicidad, menor costo y certeza jurídica<sup>1</sup>. A partir de lo anterior, se encuentra que para que la mayor cantidad de trabajadores independientes puedan formalizarse en sus cotizaciones al Régimen de Seguridad Social, es preciso que la forma de hacerlo sea de fácil entendimiento, sencillez en el trámite y que implique costos razonables. Por su parte, la sencillez en el sistema facilita la supervisión que debe ejercer el Estado, mientras que un sistema complejo puede llevar a la evasión. En este contexto, un régimen único, sencillo y con costos razonables puede tener el doble efecto de fomentar la formalización y fortalecer el control sobre los pagos de las cotizaciones.

<sup>1</sup> Organización Internacional del Trabajo (2015), Políticas para la Formalización de las Micro y Pequeñas Empresas en América Latina: Experiencias, Avances y Desafíos. Ginebra, Suiza.

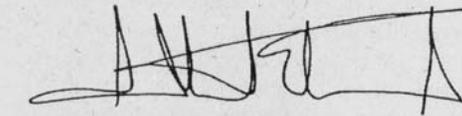
Adicionalmente, no es recomendable que este sistema único tome como referencia para la cotización el 40% del valor bruto del contrato. En efecto, en no pocos casos los gastos del independiente son superiores al 60% y, en su caso, la totalidad de la cotización es a su cargo, por lo que la formalización podría resultar excesivamente costosa para los independientes y por ello se desincentivaría este proceso.

En vista de lo anterior, la ANDI solicita que antes de aprobar el proyecto, se piense en formas más sencillas de efectuar la cotización de independientes.

### III. Conclusión

Por lo expuesto, la ANDI solicita respetuosamente el **archivo** del proyecto.

Cordialmente,



Alberto Echavarría Saldarriaga  
Vicepresidente de Asuntos Jurídicos

Abril de 2017

\* \* \*

### CONCEPTO JURÍDICO DE LA ANDI SOBRE EL PROYECTO DE LEY NÚMERO 84 DE 2016 SENADO

#### Proyecto sobre Contratación Pública e Infraestructura

#### Comentarios a la Ponencia para Segundo Debate

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), inspirada en el bien común, en la democracia participativa y en la búsqueda del mayor desarrollo y beneficio social para los colombianos, se permite presentar sus opiniones respecto del proyecto de referencia.

De manera especial, el artículo 22 del proyecto de ley propone que las vías férreas sean propiedad de los municipios y no de la Nación, como ocurre actualmente y si bien se trata de una propuesta loable para desarrollar el transporte urbano, tendría el efecto de imposibilitar el desarrollo de un sistema férreo eficiente, competitivo y coordinado a nivel nacional en Colombia.

El sistema férreo como alternativa de transporte de carga es una apuesta importante para Colombia, pues acentúa la conexión de las zonas de producción con los centros de consumo y los centros estratégicos de exportación e importación (puertos, zonas francas y zonas de actividad logística) incentivando las economías de escala y mejorando la competitividad. Es así como en Colombia, las vías férreas movilizan el 39% de la carga total nacional y se trata del segundo medio de transporte más importante para el país<sup>1</sup>.

Por lo anterior, el Gobierno nacional, en el Plan Maestro de Transporte Intermodal, ha destinado más

<sup>1</sup> Conpes 3581.

de 177.000 millones de pesos para el fortalecimiento y conexión de las vías férreas para unir el centro del país (Bogotá, Cundinamarca y Boyacá) con los centros de exportación (Buenaventura, Atlántico y Bolívar). La ANDI ha apoyado esta iniciativa y su finalidad que puede aumentar las exportaciones mineras en 5.9%, las manufactureras en 7.8% y las agrícolas en 7.9%.

Adicionalmente, se ha considerado el ferrocarril como un medio de transporte conveniente para Colombia, pues permite

- Tarifas más económicas por tonelada/kilómetro y menor costo para los consumidores.
- 70% menos de emisiones de CO<sub>2</sub> por tonelada transportada.
- Menor accidentalidad.

No obstante, el artículo 22 del proyecto de ley puede afectar en este importante propósito, pues estos proyectos necesitan de la coordinación única de la Nación.

Al otorgar las vías férreas del país a cada municipio por el que pasan, el sistema se vería fraccionado, interrumpiendo la conexión entre los centros de producción y los centros de exportación. Al no utilizar las vías para fines de alcance nacional, se dificultan las oportunidades de intercambio y exportación entre los centros de producción y los puertos del país.

Por ello, el artículo dificultaría los mencionados esfuerzos por conectar a Boyacá con los puertos del Atlántico, así como a Buenaventura con el centro del país. Esto podría afectar a su vez el potencial exportador del centro del país, disminuir el potencial logístico de las regiones portuarias y en general hacer más costoso para el consumidor el intercambio comercial entre las regiones del país.

Por ello, la ANDI estima conveniente que se elimine el artículo 22 del proyecto de ley y se mantenga la propiedad del ferrocarril en la Nación, de modo que

se pueda profundizar sobre los importantes planes de conexión que se han adelantado.

Cordialmente,



**Abril 4 de 2017**

**CONTENIDO**

Gaceta número 216 - Jueves, 6 de abril de 2017	Págs.
<b>SENADO DE LA REPÚBLICA</b>	
<b>INFORMES DE LA COMISIÓN ACCIDENTAL</b>	
Informe de la Comisión Accidental al Proyecto de ley número 83 de 2016 Senado, por la cual se brindan las condiciones de protección y formalización a los trabajadores por días, estacionales o de temporada...	1
<b>PONENCIAS</b>	
Informe de ponencia para primer debate, al Proyecto de Acto legislativo número 14 de 2017 Senado, por el cual se incluye artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.....	6
Ponencia positiva para primer debate y texto propuesto al Proyecto de ley número 153 de 2016 Senado, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Colombia por el que se crea un marco para la participación de la República de Colombia en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea”, suscrito en la ciudad de Bogotá, D. C., el 5 de agosto de 2014 .....	22
Informe para ponencia segundo debate, texto aprobado por la Comisión Primera al Proyecto de ley número 145 de 2016 Senado, 218 de 2016 Cámara, por la cual se modifica el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 “Sobre derechos de autor”, se establece una remuneración por comunicación pública a los autores de obras cinematográficas o “Ley Pepe Sánchez” .....	25
<b>CONCEPTOS JURÍDICOS</b>	
Concepto jurídico de la ANDI sobre el Proyecto de ley número 69 de 2016 Senado .....	30
Concepto jurídico de la ANDI sobre el Proyecto de ley número 84 de 2016 Senado .....	31