

16. RECONOCIMIENTO DE
PERSONALIDAD Y DERECHOS A RÍOS Y CURSOS DE AGUA.
ANÁLISIS DE CUATRO NUEVOS PRECEDENTES JUDICIALES EN LA REGIÓN

CAMILO CORNEJO MARTÍNEZ^{*,**}

RESUMEN

Este artículo analiza las cuatro nuevas sentencias colombianas dictadas el año 2019 por distintos jueces, de jerarquías y tribunales diferentes, que reconocieron a ríos y sus afluentes personalidad jurídica, oportunidad en la que ordenaron su conservación, mantenimiento y restauración, cuestión que abarcaría tanto el cuerpo hídrico como la cuenca y sus afluentes, designando para ello a un guardián como curador de sus intereses.

16.1. Introducción

La sentencia del Tribunal Constitucional colombiano de noviembre del año 2016, que reconoció una calidad jurídica especial al río Atrato, sentó

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho (candidato), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Académico del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho en la Universidad de Chile y Profesor de Derecho Ambiental de la Universidad Católica Silva Henríquez. Correo electrónico: camilo.cornejo@ug.uchile.com.

** Esta investigación se realiza en el marco de las tesis de magíster del autor, quien cuenta con el financiamiento otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile mediante Resolución N° 932/2019.

precedente en torno a la discusión sobre las formas jurídicas que puede asumir la protección de los ríos y cursos de agua.

Esta sentencia, de forma disruptiva en la tradición jurídica, otorgó como un atributo del río Atrato, personalidad jurídica, cuestión que el derecho ha reservado solo a los humanos y a sus agrupaciones. Así, este fallo puede ser considerado como expresión de otro paradigma —no solo jurídico, sino que multidisciplinar y cultural— que busca compatibilizar los intereses de la naturaleza con los intereses de las personas, de modo que no siempre y por defecto las necesidades del ecosistema cedan a los requerimientos de un estilo de vida particular de los humanos.

Este paradigma y herramienta que asume a los ríos como sujetos con intereses y necesidades propias e independientes a las de los humanos puede desplegar una nueva forma de reacción del derecho constitucional (como derechos fundamentales en juego), del derecho ambiental y/o del derecho de aguas, que se puede traducir en la aplicación de nuevos instrumentos, funciones de la institucionalidad, estándares a cumplir y ponderación de valores que antes no eran sopesados.

La fuerza de este paradigma —en desarrollo— parece no solo quedar en este precedente. Al fallo sobre el río Atrato se pueden rescatar otros hitos jurídicos que propugnan intereses y derechos que detentarían los ríos y cursos de agua. Así, se ha visto un fenómeno similar en instrumentos de distinta naturaleza en Australia, Nueva Zelanda, India, Estados Unidos y la Unión Europea¹.

En la región, el año 2019 dejó otros cuatro nuevos precedentes judiciales: cuatro tribunales colombianos, en distintas instancias, nuevamente se han enfrentado a situaciones en las que terminaron por reconocer la calidad de sujetos de derecho a ríos. Se trata del río Magdalena, río Cauca, río Quindío y ríos Combeima, Coello y Cócora de Tolima, oportunidad en la que se habría ordenado su conservación, mantenimiento y restauración, cuestión que abarcaría tanto el cuerpo hídrico como la cuenca y sus afluentes, exigiendo la designación de un guardián como curador de sus intereses.

En el contexto de discusión constitucional y determinación del régimen nacional de las aguas, este artículo pretende analizar estos cuatro fallos

1 En este sentido, ver: INTERNATIONAL WATER RESOURCES ASSOCIATION (IWRA) (2019).

dictados el año 2019 para intentar advertir qué puntos se están rescatando en las sentencias y que podría estar obviando nuestro sistema jurídico, por qué se recurre al otorgamiento de una personalidad a los ríos, qué es lo que se intenta solucionar, cuál sería la amplitud del reconocimiento, cuáles son las medidas que ordenan los tribunales como consecuencia de la atribución de personalidad, intentando advertir los beneficios y desventajas de este modelo de protección.

Para ello (1) se hará una breve referencia al movimiento sobre reconocimiento de derechos de la naturaleza y/o sus componentes; (2) se rescatarán, como contextualización, algunos precedentes que han reconocido personalidad a ríos y cursos de agua en el derecho comparado; (3) se analizarán los cuatro precedentes judiciales dictados en Colombia el año 2019, para (4) finalizar con algunas conclusiones sobre los aportes de esta aproximación.

16.2. Algunos antecedentes sobre el reconocimiento de derechos a la naturaleza y/o sus elementos

Cuando se alude al reconocimiento de derechos de la naturaleza, se ha esbozado la necesidad de reconocer a ecosistemas y/o sus elementos su posibilidad de existir, mantenerse, desarrollarse y regenerarse, así como también que cualquiera pueda actuar en su resguardo². Estos, con mayor o menor profundidad, son el sustrato de lo que se reclama proteger como derechos.

Puede ser antojadizo definir un punto de partida al reconocimiento de derechos a la naturaleza y/o sus elementos. Por ejemplo, una de las primeras obras de O'Higgins fue la prohibición de las peleas de gallos y las corridas de toros³. ¿Vemos en ello solo una prohibición o también advertimos el origen de una protección especial a un individuo no humano, con un derecho a no verse expuesto a actos crueles y vejatorios?

Es útil considerar que la protección de la naturaleza tiene una larga data, desarrollando distintas herramientas. Así, ya en diversos fueros medievales, antecedentes directos de la formulación actual de los derechos funda-

² En este sentido, ver MURCIA (2012), *passim*.

³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN) (2013).

mentales, “aparece regulación dispuesta por los mismos vecinos, destinada a proteger la mantención de los bosques, de las aguas, y los alimentos, con una expresa preocupación por las generaciones futuras y sus posibilidades de disponibilidad y disfrute de estos bienes”⁴.

Un punto de inflexión de este movimiento fue el “famoso caso de la jurisprudencia ambiental norteamericana conocido como el caso ‘Sierra Club vs. Morton’, en el cual la organización ecologista Sierra Club se opuso a la construcción de un parque de diversiones Disney dentro del Mineral King Valley, famoso por los centenarios árboles secuoyas”⁵. Este conflicto de la década de los 70 contó con un voto de minoría que reconoció derechos al bosque, dando origen a una publicación del juez Christopher Stone, quien afirmó:

“[...] los derechos reconocidos a la naturaleza serían aquellos que empezaron a incluirse en la National Environmental Policy Act de 1970 de los Estados Unidos de América, considerada como la Carta Magna del derecho ambiental norteamericano y que son, entre otros: los estudios de impacto ambiental antes de la iniciación de la obra que implique un riesgo ambiental; la consideración del largo plazo; la capacidad de regeneración; la elaboración de alternativas; la participación pública; la calidad del medio ambiente, etc.”⁶.

Desde ese momento, es posible rescatar distintos hitos que se superponen a la objeción clásica según la cual solo los humanos y sus agrupaciones tienen derechos. El listado de instrumentos jurídicos que reconocerían derechos a la naturaleza es extenso y multinivel: nacionales e internacionales; estatales o locales; jurisdiccional o legislativo; de *soft law* o *hard law*; constitucional, legal o reglamentario⁷.

4 FIGUEROA (2018), pp. 25-37.

5 CRESPO (2009), *passim*.

6 Ídem.

7 “[...] a nivel internacional y como puntapié inicial, la Carta Mundial de la Naturaleza de las Naciones Unidas de 1982, la Carta de la Tierra del 2000, la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra del 2010 y el Tribunal Ético Permanente de los Derechos de la Naturaleza en el 2014. A nivel nacional: la Constitución de Ecuador, Montecristi 2008; la Ordenanza de la Ciudad de Barnstead, en el Estado norteamericano de New Hampshire de 2006; la Constitución de Bolivia de 2009; la Ley Marco de la Tierra Madre de Bolivia de 2012; Te Awa Tupua Whanganui River Claims Settlement Act 2017 N°7 de Nueva Zelanda; la Ley colombiana N° 1774 del 2016 y la jurisprudencia de la Corte Inter-

No obstante, existe una importante resistencia que alega cierto purismo jurídico por el que no se podría reconocer “derechos” a un ente que no sea un humano o una agrupación de humanos. Sostienen que solo las personas naturales y jurídicas podrían tener capacidad, contraer derechos, obligaciones y ser responsable por sus actuaciones. Es más, solo las personas naturales tendrían dignidad y, consecuentemente, solo a ellas cabe reconocer derechos subjetivos y tratarlas bajo el principio de igualdad⁸.

Cada una de estas objeciones ha sido contestada desde distintas perspectivas. Desde la lógica del derecho occidental se ha hecho presente la inconsistencia de la “dignidad” como base de derechos, citando la existencia de personas jurídicas que por definición carecerían de ella. Se cuestiona que capacidad e igualdad se pretenda aplicar solo a humanos, en circunstancias que son conceptos que históricamente han sido utilizados para excluir a quien se quiere marginar o explotar, como esclavos, indígenas, mujeres y niños/as. Lo propio con la aplicación antojadiza de la teoría de la representación, que se decide emplear solo en algunas ficciones (personas jurídicas o Fisco, por ejemplo) y no para el resguardo de otros intereses⁹.

Desde la idea de regulación económica se ha observado que “[e]l argumento para el uso de la personalidad jurídica para proteger la naturaleza es uno de eficiencia y rentabilidad. Si se ignoran las lesiones al medio ambiente (a diferencia de los usuarios humanos o participantes en ese entorno), una proporción significativa de las lesiones totales no se tienen en cuenta”¹⁰ [traducción libre], quedando como un pasivo hundido, que podría pasar a ser valorado al reconocer la entidad de la naturaleza.

Tensiona también el nivel de protección esperado el aumento del conocimiento, que pone en tela de juicio la particularidad del hombre para enrostrar su semejanza e interdependencia con otros seres: que las plantas se comuniquen y sientan; que animales sean sensibles al sufrimiento, desarrollen empatía, muestren preferencias y reaccionen ante injusticias; el que compartamos cerca de un 98 % de nuestro material genético con otras

americana de Derechos Humanos, del Tribunal Superior de Uttarakhand –India– y de la Corte Constitucional de Colombia, para concluir con la incipiente jurisprudencia al respecto en Argentina”. MARTÍNEZ y PORCELLI (2017), pp. 395-440.

⁸ Un resumen de las objeciones las encontramos en ÁVILA (2010), *passim*.

⁹ *Idem*.

¹⁰ O'DONNELL y TALBOT-JONES (2018), p. 2.

especies y la interdependencia con la naturaleza¹¹ son algunos datos que hacen repensar si en verdad la especie humana tiene una superioridad y preferencia perpetua sobre todo lo que decidimos denominar como cosas.

A esto, se suman las objeciones propias del multiculturalismo.

“El diálogo intercultural es necesario para comprender los derechos de la naturaleza. Para anular el abismo insalvable entre los dos enfoques en discusión, ese diálogo se requiere, en primer lugar, reconocer que la naturaleza también es una construcción social: los materiales de que está hecha adoptan distintos significados y usos, son valorados de diversa forma por distintos grupos humanos [...]. [El] diálogo intercultural permitiría una labor de traducción de los distintos entramados de significado con que los diferentes grupos culturales revisitan la naturaleza y se relacionan con ella. Ello no solo haría posible salir de la contraposición entre antropocentrismo y biocentrismo que domina el debate sobre los derechos de la naturaleza, sino también contribuiría a hacer más igualitarias las relaciones entre tales grupos, en tanto ninguna de sus concepciones jurídicas sobre la naturaleza sería impuesta sobre la otra antes del diálogo”¹².

Este parece ser el panorama actual. Aun cuando la incorporación es resistida, cada vez aparecen más objeciones e instrumentos que avanzan en esa dirección, pero –a la inversa– también se suman preguntas sobre la real efectividad de la medida, de modo que no terminen en meras declaraciones¹³.

16.3. Reconocimiento particular a ríos y cursos de agua. Algunos casos del derecho comparado

Los ríos han sido uno de los elementos de la naturaleza sobre los cuales se ha reconocido personalidad, en general, luego de graves afectaciones a sus cauces.

“En 2017, cuatro ríos obtuvieron reconocimiento de derechos legales. Primero, un acuerdo en Nueva Zelanda reconoció a Whangunui como una persona jurídica con derechos fundamentales, incluido el derecho a demandar [...]. Solo cinco días después, el Tribunal Superior de Uttarakhand en India reconoció dos ríos (el Ganges y el Yamuna) como ‘entidades vivientes’ con derechos fundamentales, permitiendo a las personas ejercer acciones en su representación.

11 En este sentido, ver MOSTERÍN (2014), *passim*.

12 CRUZ (2014), pp. 95-116.

13 BALDIN (2017). En un mismo sentido, DALY (2012), *passim*.

Más recientemente, en mayo de 2017, la Corte Constitucional Colombiana reconoció derechos al Río Atrato y ordenó al gobierno limpiar sus aguas”¹⁴ [traducción libre].

En la región, ya en 2011, la Corte Provincial de Loja, Ecuador, en sintonía con su reforma constitucional de 2008 que reconoció derechos a la Naturaleza, “si bien no reconoció al río Vilcabamba como un sujeto de derecho individualizado, determinó que el gobierno provincial había violentado ‘el derecho que la Naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos’ [...], y en consecuencia, ordenó la elaboración de acciones de remediación y prevención y el cumplimiento inmediato de los requerimientos ambientales omitidos”¹⁵.

Un hito mundial ha sido el comentado fallo colombiano dictado a favor del río Atrato:

“[...] la Corte Constitucional declaró que el río, su cuenca y sus afluentes deben ser reconocidos como una ‘entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas’”¹⁶.

No solo se reconoció la personalidad:

“En su parte resolutive ordenó al Estado ejercer la representación legal de los derechos del río junto con las comunidades demandantes, conformando lo que denominó una comisión de guardianes del río que podría valerse de un equipo asesor integrado por todo el que quiera vincularse a su protección”¹⁷.

Esta sentencia ha servido de sustento para posteriores pronunciamientos sobre la personalidad de la naturaleza. Así, el 2018 se reconoce la protección de la Amazonía (que incluye en su análisis el curso de agua):

“La Corte Suprema hace expresa referencia a la sentencia de la Corte constitucional en el caso del Río Atrato. Utiliza la misma fórmula para reconocer la Amazonia como sujeto de derecho y ordena a las instituciones, junto con los accionantes y con el conjunto de las comunidades interesadas, aprobar un

14 EARTH LAW CENTER: Fighting for nature's rights: question & answer: Universal Declaration of River Rights.

15 MOLANO y MURCIA (2018), p. 87.

16 Ídem.

17 Ídem.

plan para reducirla deforestación y un pacto intergeneracional por la vida del Amazonas colombiano”¹⁸.

En particular se ha propuesto que los derechos de ríos comprendan:

“(1) El derecho al flujo; (2) El derecho a ejercer sus funciones esenciales con el ecosistema; (3) El derecho a estar libre de toda contaminación; (4) El derecho a alimentar y ser alimentado por sus afluentes; (5) El derecho a la biodiversidad nativa; y (6) El derecho a la regeneración y restauración”¹⁹.

En este reconocimiento de personalidad, la gestión y administración del cauce ha sido central:

“Los casos evaluados aquí arrojan luz sobre cómo los derechos legales de los ríos pueden usarse para abordar una variedad de problemas comúnmente observados en la gestión de los recursos hídricos. A medida que las presiones sobre los sistemas de agua dulce continúan aumentando, la comprensión de las oportunidades y limitaciones proporcionadas por este nuevo enfoque legal permitirá a los tomadores de decisiones adoptar decisiones más informadas al considerar formas de abordar sus presiones socioambientales y económicas específicas del contexto”²⁰ [traducción libre].

La fórmula de reconocimiento no es única: consagración constitucional o legal, reconocimiento directo o creación de una corporación/persona jurídica para dar protección y creación de grupos de expertos han sido algunas de las fórmulas exploradas. La protección en Nueva Zelanda, India y Australia mostraron que existirían al menos “tres formas distintas de crear personalidad jurídica y derechos legales para la naturaleza en el contexto de la gestión de los recursos hídricos [...]”. Se demuestra que el nuevo enfoque es adaptable y flexible, y cada caso utiliza una combinación diferente de forma legal, modo de creación, derechos legales específicos, objetivos y arreglos institucionales para lograr el mismo resultado amplio de otorgar el derecho legal a los ríos”²¹ [traducción libre].

Tal como con los derechos de la naturaleza, cualquiera sea la fórmula, se ha manifestado preocupación en torno a la ejecutabilidad de las medidas:

18 BAGNI (2018), pp. 33-53.

19 EARTH LAW CENTER. Fighting for nature's rights: question & answer: Universal Declaration of River Rights.

20 O'DONNELL y TALBOT-JONES (2018), p. 7.

21 O'DONNELL y TALBOT-JONES (2018), p. 6.

"[...] los derechos legales solo valen la pena si se pueden hacer cumplir. Para hacer cumplir los derechos legales de un río, se deben tener en cuenta varios factores prácticos. Primero, se debe designar a un individuo u organización para que actúe en su nombre, para defender los derechos de la naturaleza y hablar por ella (Croley 1998, Stone 2010). En segundo lugar, la capacidad de actuación en forma de tiempo, dinero y experiencia puede necesitar estar disponible para que los derechos del río puedan mantenerse en los tribunales. Y tercero, es probable que los representantes de los ríos y las fuentes de financiamiento necesiten algún tipo de independencia de los gobiernos estatales y nacionales, así como suficiente poder práctico para tomar medidas, particularmente si dicha acción es políticamente controvertida"²² [traducción libre].

16.4. Revisión de cuatro nuevos precedentes colombianos del año 2019, que reconocen personalidad y derechos a ríos y sus afluentes

En esta sección revisaremos cuatro sentencias de distinta instancia, pronunciadas sobre: (a) ríos Coello, Cocora y Combeina de Tolima; (b) río Cauca; (c) río Magdalena, y (d) río Quindío, todas las que reconocieron a los cursos de agua como sujetos de derecho.

A) *Ríos Coello, Cocora y Combeina de Tolima*

Los ríos Coello, Cocora y Combeina abastecen cerca del 80 % del agua que consume el municipio de Ibagué, y a la época de la acción se encontraban en niveles hídricos críticos, erosión de suelos y pérdida de regularidad del caudal. Junto con la contaminación que afectó su cauce, se reclamó la concesión de títulos de exploración y explotación minera, en zonas ambientalmente sensibles, motivo por el que se demanda a los titulares de estas autorizaciones, al Ministerio del Medio Ambiente, la autoridad minera y al órgano estatal que otorga permisos, por no adoptar las medidas que eviten un agravamiento del escenario²³.

²² O'DONNELL y TALBOT-JONES (2018), p. 1.

²³ En la causa, el tribunal definió como problema jurídico si "los contratos de concesión para la exploración y explotación de oro, plata, zinc, platino, molibdeno y sus concentrados, celebrados entre el instituto Colombiano de Geología y Minería Ingeominas y la Sociedad AngloGold Ashanti Colombia S.A. hoy Kedahda S.A Continental Gold Ltda. -Fernando Montoya Alberto Murillo- Eugenio Gómez y Nancy Moreno Guerrero

A diferencia del río Atrato, en este caso no sería la actividad minera ilegal sino que legal y con permisos la que se cuestiona por poner en peligro la vida de estos ríos, con las consecuencias para la población y ecosistema. Por su parte, la imputación de omisiones a las autoridades son uno de los puntos comunes con el precedente del río Atrato.

El 30 de mayo de 2019, el Tribunal Administrativo de Tolima dicta sentencia que reconoce personalidad a los ríos Coello, Cocora y Combeina, siendo particularmente llamativo el extenso grupo de medidas que ordena en relación con la protección y restauración de los ríos, los pueblos originarios y comunidades ribereñas²⁴.

El razonamiento parte reconociendo que, a nivel constitucional, legal e internacional, Colombia consagró una serie de derechos colectivos, tales como un medio ambiente sano, la moralidad administrativa, la existencia de un equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento racional de recursos naturales, desarrollo sostenible, racionalidad en el goce, defensa y utilización de bienes y patrimonio público, y acceso a infraestructura que garantice salubridad pública.

La argumentación remarca la importancia de la Constitución Ecológica, que llevaría a segundo plano otros puntos de enfoque:

“El asunto de marras tiene una indudable trascendencia medio ambiental que, si se quiere, torna subalterno de la problemática los temas de patrimonio público, de seguridad y salubridad públicas, o policía administrativa. La defensa del patrimonio público, cuando de proteger el medio ambiente, difuminan las fronteras entre sí”²⁵.

(Oro Barracuda) respectivamente, materializados en los títulos mineros [...], se presenta un riesgo, amenaza y peligro para el recurso hídrico en el municipio de Ibagué, más exactamente en los ríos Coello, Cocora y Combeima; y junto con ello la lesión a los derechos colectivos a gozar de espacio público libre de contaminación, goce de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, prevención de desastres técnicamente previsibles, seguridad y salubridad públicas, deprecados por el actor popular”. Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 44.

- 24 Debemos prevenir que este fallo fue impugnado ante el Consejo de Estado en Colombia, sin que a la fecha de presentación de este trabajo se emita pronunciamiento.
- 25 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 46.

Sobre esta comprensión, interpreta las competencias de las autoridades involucradas concluyendo que la actuación aislada no logra garantizar los derechos comprometidos en el caso:

“[...] las entidades accionadas no realizaron las gestiones administrativas de su competencia, para garantizar los derechos colectivos que aquí, no solamente están comprometidos y amenazados sino, francamente, vulnerados; por lo tanto resulta claramente inadmisibles para esta Corporación, el doloroso hecho de desidia, molicie e inacción que refleja la solución estatal del conflicto traído a estrados”²⁶.

Detalla como vulnerados “los derechos colectivos a gozar de espacio público libre de contaminación, del goce a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la prevención de desastres técnicamente previsibles, la seguridad y salubridad públicas. Excepcionalmente y sin que se realice un actualizado y mejorado estudio técnico serio sobre el impacto ambiental de la exploración minera en la cuenca de los ríos Combeima, Cocora y Coello, jurisdicción del municipio de Ibagué, no se han construido las urgentes, necesarias y modernas barreras técnicas, higiénicas y medioambientales para impedir que se produzca la contaminación de sus vertimientos sobre el río”²⁷.

Es interesante, para el caso chileno, que el fallo colombiano recalca que, sin perjuicio de los deberes de preservar el ecosistema, exigible a particulares²⁸, el Estado no se libera del deber de conservación ambiental

26 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 59.

27 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 60.

28 “El Estado y los particulares deben participar en la preservación y manejo del ambiente, y ello se desarrolla en el Artículo 2° del Código de Recursos Naturales cuando precisa que son objetivos del código no sólo preservar, restaurar, conservar, mejorar y utilizar racionalmente los recursos naturales renovables sino también ‘prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos’; por el contrario, tan claros mandatos han sido no solo desoídos, sino contravenidos expresamente por la explotación denunciada por el actor”. Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 64.

al otorgar autorizaciones, cuestión que se construye desde el desarrollo sustentable:

“Sobre el uso de los cuerpos de aguas en condiciones de desarrollo sostenible y racional, se tiene que el contrato de concesión para la explotación de los recursos naturales renovables y para la explotación minera es legítimo ya que esa figura no elimina ‘el deber de conservación’ del Estado sobre el recurso, puesto que no sólo en la resolución o contrato respectivo se deben contemplar las obligaciones a cargo del beneficiario para evitar el deterioro de los recursos y del ambiente, así como las garantías que éste constituiría para asegurar su cumplimiento sino que, además, la entidad concedente tiene que hacer el seguimiento de los permisos y concesiones que otorga y cuenta con prerrogativas como son la imposición de sanciones en caso de incumplimiento y la declaratoria de caducidad”²⁹.

Un punto central en la sentencia es el derecho fundamental al agua³⁰, que construye desde el derecho interno, comparado e internacional, sobre el que nacen las obligaciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad al recurso hídrico. Ante la necesidad de su preservación aplica el principio precautorio:

“[...] esta clase de situaciones conflictivas con los derechos colectivos, el ‘principio de precaución’ es un tema de obligado análisis cada vez que el daño ambiental se perciba y que la dificultad probatoria no impide ver el daño”³¹.

Así, indica que “parece plausible afirmar que de concretarse estos riesgos los daños serían de tal magnitud que supondrían un detrimento serio

29 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 62.

30 “El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 65.

31 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 109.

del entorno y de los recursos naturales. Resultado crítico si se tiene en cuenta que además se están afectando ecosistemas estratégicos, que si bien no han sido favorecidos por las autoridades ambientales con declaraciones que los conviertan en áreas protegidas excluidas de la actividad minera (artículo 34 del CM), desempeñan un papel crucial para la subsistencia de los ecosistemas, cultivos y comunidades de la región”³².

Por lo anterior, el tribunal declara en un considerando resolutorio que “adoptará las medidas necesarias para proteger el recurso hídrico que resulta indispensable para los habitantes del Municipio de Ibagué, y gran parte del Departamento del Tolima, pues no existe otra manera para men-
guar los daños inminentes que se causarían en el evento de proseguirse con las labores de exploración minera”³³.

Luego de sostener esto, citan largos considerandos de la sentencia que reconoció personalidad al río Atrato, en la que desarrollan: el principio precautorio y el derecho a la salud, los derechos de las comunidades en particular étnicas, la constitución ecológica, los derechos bioculturales³⁴, la especial protección que se ha dado a ciertos ecosistemas, la seguridad alimentaria, el derecho al agua.

“Dichas garantías también implican preservar al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las

32 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 120.

33 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 126.

34 “Los denominados derechos bioculturales, en su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios —de acuerdo con sus propias leyes, costumbres— y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente”. Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 127.

actividades humanas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua”³⁵.

Rescata que los instrumentos de protección deben asumir una nueva interpretación:

“[...] para la Sala resulta necesario avanzar en la interpretación del derecho aplicable y en las formas de protección de los derechos fundamentales y sus sujetos, debido al gran grado de degradación y amenaza en que encontró a la cuenca del Río Atrato. Por fortuna, a nivel internacional (como se vio a partir del fundamento 5.11) se ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos”.

Así, termina declarando que “acogerá los argumentos desarrollados por la Honorable Corte Constitucional, para reconocer a los ríos Coello, Combeima y Cocora, su cuenca y afluentes como entidades individuales, sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades”³⁶.

Como se destacó, son llamativas las 26 medidas que ordena, similares a las dictadas a favor del río Atrato, pero intentado profundizar su efectividad. Entre ellas destacamos:

- 1) El cese inmediato y definitivo de la exploración y explotación minera en las cuencas;
- 2) “[U]n estudio integral por parte de la Universidad del Tolima, sobre el impacto ambiental y en la salud de los residentes en las cuencas [...]. Dicho estudio se delimitará el área necesaria para la protección del recurso hídrico, las medidas de mitigación para su protección, y las acciones que se deberán realizar para recuperar el equilibrio de todo el ecosistema”;

35 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 130.

36 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 139.

- 3) Que la Universidad del Tolima determine los daños pasados, presentes y futuros;
- 4) Que la autoridad minera se abstenga de tramitar concesiones;
- 5) Declara la suspensión y solicita que se requiera la renuncia a los títulos mineros otorgados;
- 6) “[L]a publicación de la presente sentencia por todos sus medios electrónicos, redes sociales, página web de las entidades, un periódico de circulación nacional y otro departamental, por un período de doce (12) meses, contados desde la ejecutoria”;
- 7) “[Q]ue realicen todas las gestiones administrativas de su competencia, encaminados a materializar la creación de Fondos de agua en cada una de las cuencas de los ríos”;
- 8) “[E]stablecer un manual, guía, protocolo o circular, que compile las disposiciones trascendentales que permitan controlar e identificar acciones en contra en contra de la minería que afecta las cuencas de los ríos Combeima, Cocora y Coello, defina procedimientos, competencias, canales de comunicación y colaboración entre las entidades relacionadas con el sector, para hacer frente”³⁷.

Estas medidas, salvo las relativas a competencias públicas, también van dirigidas a quienes habían obtenido los títulos de exploración y explotación, en lo que el Tribunal indica que deberán asumir también el costo de los estudios y medidas³⁸. Es más, hace presente a las autoridades que deben repetir en contra de quienes corresponda y activar las pólizas de seguro.

37 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, pp. 140 y ss.

38 “Se DISPONE que con cargo costos y sostenimiento de la parte demandada, el Ministerio de Minas y Energía; el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Desarrollo Sostenible, la Agencia Nacional de Minería y la Autoridad de Licencias Ambientales –ANLA–, AngloGold Ashanti Colombia S.A. hoy Sociedad Kedahcla S.A. - Continental Gold Ltda. - Fernando Montoya - Alberto Murillo - Eugenio Gómez y Nancy Moreno Guerrero (Oro Barracuda Ltda.), con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y la Personería Municipal de Ibagué, se integre el Comité Auditor Externo, vigilante y controlador de los planes, proyectos, estudios y obras que se requieran para hacer efectivas todas y cada una de las ordenes aquí impartida”. Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): sentencia dictada en causa N° de radicación

En cuanto a la representación, expande como intervinientes a todos los habitantes de las cuencas, asociaciones ambientales y equipos investigativos, determinando que: (1) “al Gobierno Nacional ejercerá la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente designe, pudiendo ser el Ministerio del Medio Ambiente) en conjunto con las comunidades que habitan en las cuencas; (2) “los representantes legales señalados diseñarán y conformarán dentro de los tres meses siguientes a la notificación de esta providencia una comisión de guardianes, integrada por los dos guardianes designados y un equipo asesor al que deberá invitarse al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt y WWF Colombia, quienes han desarrollado el proyecto de protección del río Bitá en Vichada y por tanto, cuentan con la experiencia necesaria para orientar las acciones a tomar. Dicho equipo asesor podrá estar conformado y recibir acompañamiento de todas las entidades públicas y privadas, universidades (regionales y nacionales), centros de investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales (nacionales e internacionales)”³⁹.

El fallo concluye con un voto de minoría, que no se refiere a la necesidad de reconocer personalidad a los ríos, pero que hace alusión a lo excesivo de las medidas y la falta de acreditación de daños inminentes que afecten las cuencas, más aun considerando que los privados solo habían ejecutado actividades de exploración.

B) Río Cauca

El río Cauca (en adelante Cauca), uno de los más importantes en Colombia, habría sido gravemente afectado a raíz de la construcción de un megaproyecto hidroeléctrico ejecutado principalmente por una empresa estatal. Sin perjuicio de un manto de denuncias que rodean al proyecto⁴⁰, la acción surge con ocasión del taponamiento de un túnel de desvío del río

73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa, p. 144.

39 Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa.

40 Sobre alguna de las denuncias al proyecto, ver: Contraloría General de la República de Colombia (2018): Gestión de las autoridades ambientales en el proceso de licenciamiento Proyecto Hidroeléctrico Ituango MADS-ANLA-Corantioquia- Corpouraba, con corte a mayo de 2018.

que comenzó a inundar la represa que aún no se finalizaba, lo que exigió inundar la sala de máquinas para disminuir la presión del agua, cuestión que terminó con una gran inundación aguas abajo, personas trasladadas, graves alteraciones al volumen de agua del cauce y la afectación de todo el ecosistema vinculado al río (fauna, flora y todos los usuarios de sus aguas).

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín rechazó la demanda considerando que ya se estaban adoptando medidas, lo que fue revocado por la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia de 17 de junio de 2019 que se analiza.

El razonamiento revocatorio parte indicando que la acción de tutela resguarda derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, los que trascienden a las comunidades ribereñas:

“[...] el asunto trasciende [a los] derechos fundamentales de las comunidades Riverenas (sic) frente a las cuales resulta notorio la existencia de medidas de protección, tales como las cautelares que habían sido solicitadas por la Fiscalía General de la Nación y que culminaron con la orden de instale una mesa técnica”⁴¹.

Siendo un caso que va más allá de los ribereños, luego sostiene que “todo lo que ha sucedido alrededor de un proyecto hidroeléctrico de dicha magnitud se relaciona indiscutiblemente con el desarrollo sostenible y las generaciones futuras”⁴²:

“[Las generaciones futuras] constituye en esencia, uno de los elementos distintivos de los sujetos de derecho en las legislaciones modernas, lo que impone análisis en torno a ese concepto y la determinación no solo de sujeto de derecho de las futuras generaciones, sino de la posibilidad de que las obligaciones que las generaciones actuales tengan para con aquéllas pueda protegerse a través de acciones de tutela”⁴³.

41 Corte Constitucional de Colombia (2019): Sentencia dictada en acción de tutela, N° de radicación 05001 31 03 004 2019 00071 01, mediante sentencia N° 38, de 17 de junio de 2019, ponente Juan Carlos Sosa Londoño, p. 23.

42 Corte Constitucional de Colombia (2019): Sentencia dictada en acción de tutela, N° de radicación 05001 31 03 004 2019 00071 01, mediante sentencia N° 38, de 17 de junio de 2019, ponente Juan Carlos Sosa Londoño, p. 24.

43 Corte Constitucional de Colombia (2019): Sentencia dictada en acción de tutela, N° de radicación 05001 31 03 004 2019 00071 01, mediante sentencia N° 38, de 17 de junio de 2019, ponente Juan Carlos Sosa Londoño, p. 25.

Tras ello, realiza una larga reflexión sobre futuras generaciones, su reconocimiento internacional e interno complementado con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre su derecho a un ambiente sano, el que es vinculado, como forma de protección actual, con una interpretación favorable al reconocimiento de personalidad a Cauca:

“Pero nada se haría con simplemente reconocer la categoría de sujeto de derecho a la generaciones venideras y el agenciamiento de sus derechos por cualquiera de los obligados a respetarlos, miembros de la generación presente, en este caso Juan Luis Castro Córdoba y Diego Hernán David Ochoa, si no existiera al mismo tiempo la manera de ejercer esos derechos, dicho de otro modo, deben otorgarse desde ya acciones para la defensa de sus intereses, y si bien podría pensarse que en este caso la acción popular es el mecanismo idóneo para ello, lo que sucede es que dada la naturaleza de las peticiones formuladas en el escrito de amparo, principalmente la tercera, relativa a la declaración del río Cauca como un sujeto de derechos, teniendo como precedente la sentencia T-622-206, es que se impone una interpretación diferente”⁴⁴.

En esto insiste la Corte:

“[...] como se afirmó en el escrito de tutela, no existe duda en torno a la existencia de una crisis sin precedente que afectó el ecosistema de fauna y flora que depende directamente del buen estado del río, ecosistema de fauna y flora que depende directamente del buen estado del río, ecosistema natural que como lo pregonó la conferencia de la ONU, Estocolmo 1972, debe preservarse en beneficio de las generaciones futuras, de tal manera que frente a ese sujeto de derecho, titular del derecho fundamental al medio ambiente, emerge otro sujeto de no menos importancia: El río mismo frente al cual las Empresas Públicas de Medellín han adquirido una serie de compromisos para la recuperación de los daños que la contingencia produjo en su ecosistema”⁴⁵.

Agrega que, la cuestión no es solo sobre la riqueza natural, el resguardo ecológico o la protección de la biodiversidad involucrada. La protección del río se vincula con el derecho al agua y la necesidad de mantener una fuente con valor futuro:

44 Corte Constitucional de Colombia (2019): Sentencia dictada en acción de tutela, N° de radicación 05001 31 03 004 2019 00071 01, mediante sentencia N° 38, de 17 de junio de 2019, ponente Juan Carlos Sosa Londoño, p. 37.

45 Corte Constitucional de Colombia (2019): Sentencia dictada en acción de tutela, N° de radicación 05001 31 03 004 2019 00071 01, mediante sentencia N° 38, de 17 de junio de 2019, ponente Juan Carlos Sosa Londoño, p. 39.

“No se trata ahora, pues ya lo hizo la Corte Constitucional en la sentencia T-622 de 2016, en profundizar los argumentos para la protección de la riqueza natural, el concepto de constitución ecológica o verde, del medio ambiente sano o la biodiversidad, sino de la protección especial que el río Cauca merece como fuente de alimento, medio ambiente y diversidad, pero especialmente del derecho al agua como fuente hídrica, de conservar su valor futuro, pues recuérdese que no pocas veces se ha afirmado que los conflictos humanos que amenazarán la paz de la humanidad, internos y externos lo serán las riquezas hídricas”⁴⁶.

Sobre este razonamiento, concluye y falla con efectos *inter comunis* que (1) las generaciones futuras son un sujeto de derecho; (2) que tienen derechos al agua, seguridad alimentaria, medio ambiente sano y dignidad; (3) el río Cauca y sus afluentes son un sujeto de derecho, lo que se traduce en su protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado.

Como medidas ordena principalmente: (1) “al Gobierno Nacional ejercer la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente designe, pudiendo ser el Ministerio del Medio Ambiente) en conjunto con las comunidades de personas que estuvieron presentes en la audiencia de vigilancia preventiva”; (2) “los representantes legales señalados diseñarán y conformarán dentro de los tres meses siguientes a la notificación de esta providencia una comisión de guardianes del río Cauca integrada por los dos guardianes designados y equipo asesor en el que estará el Instituto Humboldt, la Autoridad Nacional de Acuicultura y Corantioquia, sin perjuicio de que formen parte de dicho equipo y/o reciban acompañamiento de cualquier entidad pública o privada, universidades, Centros Académicos en investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales, nacionales e internacionales”; (3) la entrega de reportes semestrales de la gestión, con indicadores de cumplimiento.

C) Río Magdalena

El 24 de octubre de 2019, el Juzgado Primero Penal del Circuito, con funciones de conocimiento Neiva-Huila, se pronunció sobre una acción de tutela contra el Ministerio del Medio Ambiente, la autoridad de licenciamiento ambiental, la gobernación, una serie de municipios y empresas públicas, a raíz del proyecto hidroeléctrico El Quimbo, que no habría cumplido las medidas ambientales comprometidas, a lo que se sumó el verti-

⁴⁶ Ídem.

miento de aguas servidas en un afluente del río Magdalena, por la falta de una planta de tratamiento municipal.

La sentencia parte haciendo presente la importancia de los derechos constitucionales ambientales, el interés superior en la protección ambiental y la biodiversidad, el desarrollo sostenible y la protección de generaciones futuras, como deberes esenciales del Estado y todas las personas, lo que da una triple dimensión al derecho a un medio ambiente sano:

“Entonces, dentro del Estado Social de Derecho colombiano se tiene que el derecho del medio ambiente sano reviste una triple dimensión, pues se convierte en un principio que irradia el ordenamiento jurídico enmarcado en la protección que brinda al Estado a las riquezas naturales; como derecho constitucional, fundamental y colectivo el cual puede hacerse exigible por todas las personas a través de acciones judiciales y finalmente es una obligación, en cabeza tanto de las autoridades, sociedad y particulares”⁴⁷.

Trata el derecho al agua como presupuesto de todo otro derecho, sobre el que se debe garantizar disponibilidad, accesibilidad y calidad, y, si bien no está reconocido constitucionalmente, lo construye desde la normativa internacional (Declaración de Estocolmo, Declaración de Mar del Plata, Declaración de Río, entre otros) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸.

Una parte relevante del razonamiento gira sobre las generaciones futuras y la necesidad de preservar ciertas condiciones ambientales que vincula de forma casi insoluble con los derechos de la naturaleza⁴⁹:

47 Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019): Sentencia de primera instancia dictada en causa N° 41001310900120190006600 de radicación, el 24 de octubre de 2019, p. 22.

48 “En ese orden de ideas, el derecho fundamental al agua se materializa a través del cumplimiento obligacional que compete al Estado al momento de garantizar su protección a través de la disponibilidad, accesibilidad y calidad del recurso; que aunque no se encuentre previsto en el ordenamiento jurídico constitucional como un derecho fundamental, se le considera en razón de su naturaleza y además porque hace parte del núcleo esencial de otros derechos fundamentales [...] como también y de igual forma como parte esencial del medio ambiente, siendo necesaria para la vida de los organismos y especies que habitan los ecosistemas”. Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019), pp. 23-24.

49 “El enfoque pluralista que promueve la Carta Política de 1991, permiten identificar una teoría que explica el interés superior de la naturaleza en nuestro ordenamiento, esto es, una postura ecocéntrica que concibe la naturaleza como sujeto de derechos,

“Por consiguiente, la naturaleza y el medio ambiente se convierten en elementos transversales al ordenamiento constitucional y su importan recae en los seres humanos que la habitan, existiendo la responsabilidad del Estado de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar a las comunidades, pero también en relación con los demás organismos vivos con quienes se comparten en los ecosistemas y no solamente a las generaciones actuales sino que también dicha concepción se extiende a las generaciones futuras. Lo anterior ha sido ampliamente acogido por el derecho internacional”⁵⁰.

Considerando las exigencias del desarrollo sustentable y el principio precautorio, en atención al riesgo inminente de mantenerse en derrame de aguas sin tratamiento a los cauces, concluye “necesario la ejecución de medidas preventivas y correctivas con el objetivo de conservar, proteger y propender por los recursos naturales de conformidad con los presupuestos constitucionales y legales”⁵¹.

Para ello señala que el manejo integrado de la cuenca del río Magdalena es primordial para el Estado desde una nueva relación entre naturaleza y las personas, por lo que, “en aplicación del principio de precaución en el presente caso se tendrá como objetivo primordial, la de declarar al Río Magdalena como sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento, y en el caso en concreto, la priorización de medidas preventiva, correctivas y de protección”⁵².

Preocupado de la efectividad, hace presente que “declarar al Río Magdalena como sujeto de derechos no se convierte solo en una garantía de especial protección sino que requiere de políticas e instrumentos frente

que de acuerdo a dicha interpretación, debe ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo tutela de sus representantes legales, por las comunidades que la habitan o que tiene una especial relación con ella”. Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019): Sentencia de primera instancia dictada en causa N° 41001310900120190006600 de radicación, el 24 de octubre de 2019, p. 24.

⁵⁰ Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019): Sentencia de primera instancia dictada en causa N° 41001310900120190006600 de radicación, el 24 de octubre de 2019, p. 25.

⁵¹ Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019): Sentencia de primera instancia dictada en causa N° 41001310900120190006600 de radicación, el 24 de octubre de 2019, p. 30.

⁵² Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019): Sentencia de primera instancia dictada en causa N° 41001310900120190006600 de radicación, el 24 de octubre de 2019, p. 31.

al cual el Estado a través del Ministerio del Medio Ambiente [...] como también la dueña del proyecto hidroeléctrico [...] y finalmente la comunidad, han adquirido una serie de compromisos con la recuperación de los daños”⁵³.

Termina concluyendo que en protección de las generaciones futuras “dará pleno reconocimiento al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeta de derechos, cuya protección, conservación, mantenimiento y restauración estará a cargo del Estado, Enel-Emegesa y la comunidad”⁵⁴.

Como en otros casos, ordena, con efecto *inter comunis* principalmente, (1) al gobierno nacional ejercer la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través del Ministerio del Medio Ambiente y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de Magdalena) en conjunto con la mesa técnica; (2) diseñar y conformar dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la providencia una comisión de guardianes del río Magdalena, sin perjuicio de que formen parte de dicho equipo y/o reciban acompañamiento de cualquier entidad pública o privada, universidades, centros académicos, organizaciones ambientales, nacionales e internacionales y de la sociedad civil; (3) la entrega de reportes semestrales de la gestión, con indicadores de cumplimiento⁵⁵.

D) Río Quindío

Finalizando el año 2019, el Tribunal Administrativo del Quindío dictó sentencia que también reconoció como sujeto de derechos al río Quindío y sus afluentes⁵⁶, con ocasión del desarrollo urbano de un municipio aguas arriba, el cual no implementó un sistema de tratamiento de aguas conta-

53 Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019): Sentencia de primera instancia dictada en causa N° 41001310900120190006600 de radicación, el 24 de octubre de 2019, p. 32.

54 Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019): Sentencia de primera instancia dictada en causa N° 41001310900120190006600 de radicación, el 24 de octubre de 2019, p. 34.

55 Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019): Sentencia de primera instancia dictada en causa N° 41001310900120190006600 de radicación, el 24 de octubre de 2019, pp. 35-36.

56 Tribunal Administrativo del Quindío (2019): Sentencia de primera instancia, dictada en causa N° de radicación 63001-2333-000-2019-00024-00, el 5 de diciembre de

minando aguas para consumo humano, y pese a que se habían adoptado diversas medidas, los informes de contaminación se mantenían negativos.

El Tribunal entiende que el caso trata sobre un bloque de derechos constitucionales ambientales:

“El derecho colectivo al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible y conservación y al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas”⁵⁷.

Afirmado la existencia de una Constitución Ecológica que viene nutrida desde el derecho internacional⁵⁸, “en donde se impone al Estado y a las personas la obligación general de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, se reconoce el saneamiento ambiental como un servicio a cargo del Estado, y se ordena la planificación en el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, y se asigna la obligación de prevenir y controlar el deterioro ambiental, entre otras”⁵⁹.

Hace patente la relación entre el derecho al equilibrio ecológico y el derecho al acceso a una infraestructura de servicios públicos:

“[...] derecho colectivo al equilibrio ecológico, debe enfatizarse en que la connotación que dicha expresión equilibrio ecológico ostenta, deriva del resultado de la interacción de los diferentes factores del ambiente que hacen que el

2019. Impugnada ante el Consejo de Estado en Colombia, sin que a la fecha (21 de junio de 2020) se dicte sentencia.

57 Tribunal Administrativo del Quindío (2019): Sentencia de primera instancia, dictada en causa N° de radicación 63001-2333-000-2019-00024-00, el 5 de diciembre de 2019.

58 Esta comprensión viene nuestra desde el derecho internacional: “[...] entre los cuales se destaca la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas realizada en Estocolmo en 1972, la cual consagró una serie de principios en relación con el medio ambiente, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas celebrada en París en 1972, y la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992”. Tribunal Administrativo del Quindío (2019): Sentencia de primera instancia, dictada en causa N° de radicación 63001-2333-000-2019-00024-00, el 5 de diciembre de 2019, p. 30.

59 Tribunal Administrativo del Quindío (2019): Sentencia de primera instancia, dictada en causa N° de radicación 63001-2333-000-2019-00024-00, el 5 de diciembre de 2019, p. 30.

ecosistema se mantenga con cierto grado de estabilidad, siendo determinante la relación entre los individuos y su medio ambiente, en el impacto de dicho equilibrio, indispensable para la vida de todas las especies, teniendo todos estos derechos colectivos estrecha relación en materia de la protección de recursos naturales indispensables para la existencia, lo cual encuentra a su vez el escenario propicio de materialización en el derecho al acceso a una infraestructura de servicios que garanticen la seguridad pública al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna⁶⁰.

Cita largos considerandos de la sentencia del río Atrato, que relaciona con el interés superior del medio ambiente, los derechos bioculturales⁶¹, el desarrollo sostenible y la situación de contaminación que afecta los ríos, lo llevan a considerar “declarar un río como sujeto de derechos, por su importancia y por la utilidad vital que el mismo encarna para todas las especies”⁶². Por ello declara “el Río Quindío, desde su nacimiento, su cuenca, afluentes y hasta su desembocadura, merece el trato de sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado”⁶³.

A diferencia de los otros casos, no incorpora a las comunidades, las universidades u organizaciones, y entrega la tutoría “al Gobernador del Departamento del Quindío de turno, que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del Río Quindío a través de la Secretaría de Aguas e Infraestructura de la entidad o quien haga sus veces, y garantice la protección, recuperación y debida conservación del afluente hídrico”⁶⁴.

60 Ídem.

61 “[...] se ha venido desarrollando un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos”. Tribunal Administrativo del Quindío (2019): Sentencia de primera instancia, dictada en causa N° de radicación 63001-2333-000-2019-00024-00, el 5 de diciembre de 2019, p. 58.

62 Tribunal Administrativo del Quindío (2019): Sentencia de primera instancia, dictada en causa N° de radicación 63001-2333-000-2019-00024-00, el 5 de diciembre de 2019, p. 49.

63 Tribunal Administrativo del Quindío (2019): Sentencia de primera instancia, dictada en causa N° de radicación 63001-2333-000-2019-00024-00, el 5 de diciembre de 2019, p. 58.

64 Tribunal Administrativo del Quindío (2019): Sentencia de primera instancia, dictada en causa N° de radicación 63001-2333-000-2019-00024-00, el 5 de diciembre de 2019, p. 62.

A su vez, ordena a la administración “en un plazo máximo de 12 meses para estudios e implementación, 18 meses para construcción y 6 meses para su puesta en funcionamiento, adelanten según tales etapas las gestiones de índole administrativo, técnico, presupuestal, operativo y contractual para implementar, construir y poner en funcionamiento en la vereda Boquilla Jurisdicción del Municipio de Salento, una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales”⁶⁵.

Considera en las medidas la recuperación forestal de la ribera y ordena la constitución de un comité de verificación que rinda cuenta mensualmente sobre los avances, hasta la finalización de la planta de tratamiento.

16.5. Conclusiones

El reconocimiento de derechos y personalidad a la naturaleza y ríos parece no ser una cuestión de países desarrollados o subdesarrollados. Es una herramienta a la que han recurrido distintos ordenamientos, sea desde el multiculturalismo y/o la presión de un desarrollo sustentable, intentando que se ponderen en los conflictos, las necesidades de los ecosistemas y sus usuarios, de forma que no cedan permanentemente a los intereses humanos actuales, enrostrando que no solo nosotros necesitamos el recurso hídrico, sino que también otras especies.

Esta fórmula, mirada desde distintas perspectivas, no parece ser totalmente ajena a nuestro ordenamiento, copado de abstracciones y ficciones que también resguardan otros bienes difíciles de radicar en una persona humana individualizada, tales como la libre competencia, la estabilidad cambiaria, el orden público, entre otros.

Las crisis ambientales, factor común en los casos analizados, exigen nuevas herramientas de actuación. Los fallos muestran que, en el reconocimiento de protección a ríos, se está desarrollando un tránsito desde los derechos (conservación, mantenimiento y restauración) a los instrumentos que los hacen efectivos (reconocimiento de personalidad, designación de guardianes). Y de los instrumentos a la aplicación (designación de representantes, determinación de obligaciones, comisiones, responsables, periodicidad de reuniones, plazos, avances, entre otros). Este avance concluye

⁶⁵ Ídem.

con la fase de control (por ejemplo, con informes periódicos a presentar ante la Corte, una amplia legitimación, la publicidad de la información, entre otros).

Estas sentencias rescatan una visión particular del Estado y sus deberes, construyendo una Constitución ecológica que, en buena medida se inspira en instrumentos internacionales que también ha reconocido Chile, pero que parece que nosotros aún no pensamos en esa dirección. A su vez, los fallos muestran un avance en el multiculturalismo, el respeto de otras formas de relación con la naturaleza, una preocupación por el derecho al agua como derecho constitucional (también construido desde pactos internacionales) y la necesidad de considerar a las generaciones futuras. De hecho, la protección de ríos y el reconocimiento de su personalidad se tratan como una herramienta para asegurar el agua y alimento para las generaciones venideras.

En particular, estas sentencias muestran que el derecho al agua ha sido una de las preocupaciones que lleva a adoptar la medida. Se trata el derecho al agua como presupuesto de todo otro derecho, sobre el que se debe garantizar disponibilidad, accesibilidad y calidad y que, aun cuando no está en términos expresos en el catálogo de derechos, su fuente la recogen desde diversos pactos internacionales. En otros términos, la adopción de esta figura lleva envuelta la pregunta por el derecho al agua.

Los fallos analizados también nos muestran que distintos tribunales de distintas jerarquías han recurrido a la concesión de personalidad a ríos para intentar obtener su recuperación como consecuencia de omisiones estatales, oportunidad en la que ordenan su conservación, mantenimiento y restauración, lo que comprende la integridad del río: cuerpo hídrico, cuenca y sus afluentes. Si bien todos utilizan una justificación similar al alero de la sentencia sobre el río Atrato, se advierten diferencias en torno a los sujetos que participarán como sus "guardianes". Es llamativo que algunos fallos involucren a la comunidad de forma amplia y otros de forma restringida. Con todo, salvo un caso, se aprecia un acercamiento con universidades, organizaciones ambientales, centros de investigación y también a los infractores para que se plieguen y cooperen a las medidas.

También, los fallos muestran una necesidad de administrar el agua de forma sustentable, pensada más allá de las necesidades particulares de cada humano y que comprenda a todos sus usuarios como parte de un ecosiste-

ma complejo. Así, se recoge la personalidad de ríos bajo una visión ecosistémica, que se advierte cuando las sentencias indican que las medidas adoptadas y por adoptar son compromisos para ante el río mismo y no ante intereses de ciertas personas en particular. Por ello intentan una participación activa y holística del Estado, que no se asile en las competencias sectoriales de cada organismo. Es tremendamente relevante que señalen que los deberes del Estado para con la mantención de la naturaleza y las generaciones presentes y futuras no se agota luego de entregar permisos o derechos, debiendo adoptar medidas para la mantención del ecosistema.

Junto con lo anterior, existen otros elementos que estos fallos podrían aportar a la discusión nacional. El reconocimiento de derechos a ríos y personalidad como forma de hacer efectiva tales prerrogativas amplía la consideración de las funciones de los ríos, más allá de una relación jurídica basada meramente en derechos de aprovechamiento de agua, como nos solemos relacionar con nuestros cauces. Esta figura irrumpiría esa aproximación y nos permitiría advertir desde otro punto la gestión de los cursos de agua para su mantención, conservación y recuperación, considerando la existencia del río mismo, con independencia de los derechos de propiedad que se tengan para disponer del recurso hídrico.

Seguidamente, estas sentencias muestran un avance en el multiculturalismo y el reconocimiento jurídico de más de una cosmovisión, respetando a aquellos que ven en la naturaleza algo distinto de una mera materia prima. Así, la figura es también un punto de conexión entre estas distintas idiosincrasias y su reconocimiento constitucional, cuestión que en los fallos se reiteró particularmente en función de los pueblos originarios y sus conocimientos ancestrales sobre la naturaleza.

Es interesante también que la construcción se realiza desde una lectura constitucional particular. Se cita en los casos una "constitución ecológica" que impone al Estado y a cada persona una serie de compromisos con la naturaleza y las generaciones futuras, típicamente por medio de la tríada de protección del curso de agua, mantención y recuperación ante afectaciones. Esta aproximación, que parece ausente de construcción en nuestro sistema, tiene el mérito suficiente para proteger directamente a los distintos elementos ecosistémicos, y que se construye en sintonía con pactos internacionales que dan cabida a figuras como el derecho a una alimentación, estabilidad ambiental, acceso al agua, desde el respeto a los tiempos de recuperación de la naturaleza que nos proveen de estos servicios.

El reconocimiento de personalidad también se aprecia como una garantía, en cuanto amplía la legitimación para actuar en su resguardo, ya que, al ser sujeto de derechos, se permite la interposición de acciones de amparo de forma amplia, desformalizadas y de rápida resolución. Así, parafraseando nuestro sistema, aun cuando no se tenga “derechos de aprovechamiento” sobre el agua, el solo hecho de que el río tenga una personalidad me permite recurrir en su favor. Con esto, este paradigma, que asume a los ríos como sujetos con intereses y necesidades propias e independientes a las de los humanos, estaría permitiendo recurrir a las herramientas del derecho constitucional para su resguardo.

Con todo, en los fallos se advierte la preocupación por la efectividad de las sentencias, de modo que se logren ejecutar. La tarea no termina al reconocer personalidad; esa es solo una de las herramientas, quedando la pregunta por los instrumentos que permitan la recuperación de los cauces. Así, existen desafíos de coordinación que comprenden a los diversos órganos del Estado, a la comunidad, a la ciencia (cuestión por la que típicamente se reconoce la participación de universidades y centros de investigación) y a los infractores que ocasionaron daño. En los fallos se aprecia que aún no existe una claridad sobre el rol preciso de cada uno de estos actores, y más bien se ha avanzado por reconocerlos como involucrados que tienen una particular carga en la propuesta y adopción de medidas.

Lo difícil en estos escenarios sigue siendo la compatibilización de los distintos intereses, ya que es probable que cada uno de estos involucrados tenga una pretensión particular, y que incluso ninguna de ellas se logre alinear con la estabilidad y permanencia de los ríos. La diferencia del lenguaje, la discusión de temas técnicos, las formas de participación, el financiamiento de las medidas, el carácter local o nacional que deben considerar los tomadores de decisiones, son factores que no logra esquivar este paradigma.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ÁVILA, Ramiro (2010): “El derecho de la naturaleza: fundamentos”. Disponible en línea: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5565346>>.
- BAGNI, Silvia (2018): “Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia colombiana e indiana”, en *Revista Jurídica Derecho*, vol. 7, N° 9. Dis-

ponible en línea: <http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S241328102018000200003&lng=es&nrm=iso>.

BALDIN, Serena (2017): "Los derechos de la naturaleza: de las construcciones doctrinales al reconocimiento jurídico". Disponible en línea: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6315335>>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN) (2013): Labor parlamentaria. Diario de Sesión: Sesión Especial N° 13. Disponible en línea: <<http://laborparlamentaria.bcn.cl/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=881080&idPersona=1925&idDocumento=636037&idAkn=entity2IKMCMPP>>.

CORTINA, Adela (2009): *Las fronteras de la persona* (Madrid: Taurus).

CRESPO, Ricardo (2009): La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica? Disponible en línea: <<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiclio/issue/view/48>>.

CRUZ, Edwin (2014): "Del derecho ambiental a los derechos de la naturaleza: sobre la necesidad del diálogo intercultural", en *Juridicas* N° 1, vol. 11.

DALY, Erin (2012): "The ecuadorian exemplar: the first ever vindications of constitutional rights of nature", en *Review of European, Comparative & International Environmental Law*. Disponible en línea: <<http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9388.2012.00744.x>>.

EARTH LAW CENTER. FIGHTING FOR NATURE'S RIGHTS (s.f.): Question & answer: Universal Declaration of River Rights. Disponible en línea: <<https://www.earthlawcenter.org/river-rights>>.

FIGUEROA, María (2018): "Derechos fundamentales y derecho a vivir en un medio ambiente sano. Antecedentes históricos", en GALDÁMEZ, Liliana (coord.), *Una perspectiva constitucional del medio ambiente* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

INTERNATIONAL WATER RESOURCES ASSOCIATION (IWRA) (2019): Webinar. Rights of river. Disponible en línea: <<https://www.youtube.com/watch?v=5kAlKxVj0Ww>>.

KANG, Kenneth (2019): "On the problem of the justification of river rights", en *Water International*, vol. 44. Disponible en línea: <<https://doi.org/10.1080/02508060.2019.1643523>>.

- KAUFFMAN, Craig y MARTIN, Pamela (2018): When rivers have rights: case comparisons of New Zealand, Colombia and India. Disponible en línea: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload585.pdf>>.
- LOVELLE, Madeleine (2018): Entering unchartered waters: awarding legal rights to rivers. Disponible en línea: <<http://www.futuredirections.org.au/wp-content/uploads/2018/09/Entering-Unchartered-Waters.pdf>>.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018): "Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho", en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 31, N° 2. Disponible en línea: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502018000200321&lng=es&nrm=iso>.
- MARTÍNEZ, Adriana y PORCELLI, Adriana (2017): "Una nueva visión del mundo. La ecología profunda y su incipiente recepción en el derecho nacional e internacional (primera parte)", en *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 15, N° 20.
- MOLANO, Alejandra y MURCIA, Diana (2018): "Animales y naturaleza como nuevos sujetos de derecho: un estudio de las decisiones judiciales más relevantes en Colombia", en *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 13, N° 1. Disponible en línea: <<https://revistas.unbosque.edu.co/>>.
- MOSTERÍN, Jesús (2014): *El triunfo de la compasión. Nuestra relación con los otros animales* (Madrid: Alianza Editorial).
- MURCIA, Diana (2012): *La naturaleza con derechos: un recorrido por el derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y del desarrollo* (Quito: Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo-Universidad El Bosque).
- O'DONNELL, Erin y TALBOT-JONES, Julia (2018): "Creating legal rights for rivers: lessons from Australia, New Zealand, and India", en *Ecology and Society*, vol. 23, N° 1. Disponible en línea: <<https://doi.org/10.5751/ES-09854-230107>>.
- UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (México) (2018): Estudio sobre la protección de ríos, lagos y acuíferos desde la perspectiva de los derechos humano. Disponible en línea: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/ESTUDIO_RIOS_LAGOS_ACUIFEROS.pdf>.

WESTERMAN, Ashley (2019): Should rivers have same legal rights as humans? A growing number of voices say yes. Disponible en línea: <<https://www.npr.org/2019/08/03/740604142/should-rivers-have-same-legal-rights-as-humans-a-growing-number-of-voices-say-ye>>.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Administrativo de Tolima, Colombia (2019): Sentencia dictada en causa N° de radicación 73001230000020110061100, con fecha 30 de mayo de 2019, magistrado ponente José Andrés Rojas Villa.
- Tribunal Administrativo del Quindío (2019): Sentencia de primera instancia, dictada en causa N° de radicación 63001-2333-000-2019-00024-00, el 5 de diciembre de 2019.
- Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Neiva-Huila (2019): Sentencia de primera instancia dictada en causa N° 41001310900120190006600 de radicación, el 24 de octubre de 2019.
- Corte Constitucional de Colombia (2016): Sentencia de término dictada en expediente T-5.016.242, de 10 de noviembre de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia (2019): Sentencia dictada en acción de tutela, N° de radicación 05001 31 03 004 2019 00071 01, mediante sentencia N° 38, de 17 de junio de 2019, ponente Juan Carlos Sosa Londoño.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



REGCOM
UNIVERSIDAD DE CHILE



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL

Directores

Sergio Montenegro Arriagada

Ezio Costa Cordella

Tatiana Celume Byrne

Coordinadora

Victoria Belemmi Baeza

Repensando la regulación de
las aguas: crisis socioambiental
y proceso constituyente
Actas de las III Jornadas del
régimen jurídico de las aguas

ediciones
DER

CoEdiciones