

EMERGENCIA CLIMÁTICA: Prospectiva 2030

Natalia Castro Niño
Wilfredo Robayo Galvis
Editores

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
BOGOTÁ
Colombia

Universidad
Externado
de Colombia

EMERGENCIA CLIMÁTICA
PROSPECTIVA 2030

NATALIA
CASTRO NIÑO

WILFREDO
ROBAYO GALVIS
Editores

EMERGENCIA CLIMÁTICA PROSPECTIVA 2030

XXI JORNADAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL
CONSTITUCIONALISMO EN TRANSFORMACIÓN.
PROSPECTIVA 2030

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Emergencia climática : Prospectiva 2030 : XXI Jornadas de Derecho Constitucional. Constitucionalismo en transformación. Prospectiva 2030 / Henry Jiménez Guanipa [y otros] ; Natalia Castro Niño, Wilfredo Robayo Galvis (editores). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

832 páginas : gráficas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 9789587905397

1. Cambios climáticos – 2. Cambios climáticos - Acuerdos internacionales – 3. Covid-19 (Enfermedad) - Aspectos ambientales – 4. Mitigación del cambio climático – 5. Derechos humanos – 6. Derecho ambiental I. Castro Niño, Natalia, editora, Robayo Galvis, Wilfredo, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie

363-73874 SCDD 21

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia MLVT

diciembre de 2020

ISBN 978-958-790-539-7

© 2020, NATALIA CASTRO NIÑO Y WILFREDO ROBAYO GALVIS (EDS.)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2020

Imagen de cubierta: *Árbol seco que a la vez es la tierra reseca y agrietada*, por José Luis Coté

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

Capítulo preliminar. Emergencia climática. De la crisis a la transformación: prospectiva 2030 <i>Natalia Castro Niño</i>	11
--	----

PRIMERA PARTE SECTORES DE LA TRANSFORMACIÓN

Capítulo 1. Covid-19 y crisis climática como catalizadores de la Gran Transición Global <i>Henry Jiménez Guanipa</i>	49
Capítulo 2. ¿Y para cuándo el debate nacional sobre la transición energética en Colombia? <i>Xiomara Lorena Romero-Pérez</i>	117
Capítulo 3. Los retos del derecho internacional de inversión frente a la transición energética y el cambio climático <i>Tomás Restrepo Rodríguez</i>	173
Capítulo 4. Agroecología, cambio climático y derecho a la alimentación <i>Juliana Zapata Galvis</i> <i>Marta Andrich</i>	219

SEGUNDA PARTE ACTORES DE LA TRANSFORMACIÓN

Capítulo 1. Cambio climático, litigio y gobernanza: hacia la responsabilidad empresarial en derechos humanos <i>Javier Tous Chimá</i>	249
Capítulo 2. La protección del territorio indígena: imprescindible en la emergencia climática <i>Alejandro Santamaría Ortiz</i>	291

Capítulo 3. Tribunales especializados y acceso a la justicia ambiental	323
<i>Uday Shankar</i>	
<i>Juan Sebastián Villamil Rodríguez</i>	

Capítulo 4. Protección de los defensores ambientales en Colombia. Aproximaciones normativas al caso del municipio de San Juan de Pasto	363
<i>Felipe Calderón Valencia</i>	
<i>Manuela Escobar Sierra</i>	
<i>Valter Moura do Carmo</i>	

TERCERA PARTE

ESTRATEGIAS Y MEDIOS PARA LA TRANSFORMACIÓN

Capítulo 1. Nuevos horizontes para la protección del medio ambiente en conflictos armados no internacionales	409
<i>María Camila Medina García</i>	

Capítulo 2. Las compras públicas como herramienta para la mitigación del cambio climático	435
<i>Germán Lozano Villegas</i>	

Capítulo 3. Los criterios en materia de adaptación al cambio climático para la evaluación de las licencias ambientales. Una necesidad para garantizar la sostenibilidad fiscal	485
<i>Jairo Andrés Castaño Peña</i>	

Capítulo 4. Disposiciones ambientales en los acuerdos comerciales. Entre la cooperación comercial y la gobernanza ambiental. El caso colombiano	513
<i>María Camila Camargo Moncayo</i>	

Capítulo 5. Hacia una gobernanza climática global: un análisis desde la soberanía y los bienes públicos internacionales	567
<i>Wilfredo Robayo Galvis</i>	

CUARTA PARTE
JUSTICIA CLIMÁTICA Y DERECHOS DE LA NATURALEZA

<p>Capítulo 1. Litigio estratégico y justicia climática.</p> <p style="padding-left: 20px;">Una mirada a la realidad de los estrados y las decisiones judiciales en el mundo</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>Luis Felipe Guzmán Jiménez</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>Mauricio Madrigal Pérez</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>Diana Quevedo Niño</i></p>	609
<p>Capítulo 2. Una revolución llamada derechos de la naturaleza</p> <p style="padding-left: 20px;"><i>Felipe Clavijo Ospina</i></p>	649
<p>Capítulo 3. El caso del río Atrato en el contexto del sistema ambiental policéntrico colombiano</p> <p style="padding-left: 20px;"><i>Alvaro Gómez Rosas</i></p> <p style="padding-left: 20px;"><i>Everaldo Lamprea Montealegre</i></p>	701
<p>Capítulo 4. Fuentes hídricas como entes sujetos de derechos colectivos en el municipio de Mocoa (Colombia)</p> <p style="padding-left: 20px;"><i>Daniel Alejandro Paz Zambrano</i></p>	731
<p>Capítulo 5. La lucha contra la deforestación del Amazonas colombiano: una aproximación desde la interacción entre las políticas públicas y la intervención judicial</p> <p style="padding-left: 20px;"><i>Marcelo Lozada Gómez</i></p>	783

NATALIA CASTRO NIÑO*

CAPÍTULO PRELIMINAR

*Emergencia climática. De la crisis
a la transformación: prospectiva 2030*

Climate Emergency. From Crisis to Transformation: Horizon 2030

*Pour ce qui est de l'avenir, il ne s'agit pas de le prévoir,
mais de le rendre possible.*

Antoine de Saint-Exupéry, *Citadelle*, 1948

RESUMEN

La emergencia climática es, sin lugar a dudas, el mayor desafío de nuestra era. Tras décadas de avances científicos, hoy se reconoce con claridad la necesidad de emprender una transformación global que permita evitar las consecuencias más nefastas del aumento desmedido de la temperatura del planeta. Teniendo en cuenta que los próximos diez años serán seguramente la última ventana de oportunidad para impulsar ese proceso, este capítulo –como puerta de entrada a la presente obra– pretende contribuir a la definición del camino hacia ella. Con tal propósito, el capítulo construye el eje en torno al cual se articulan los aportes puntuales efectuados por los capítulos subsiguientes. Para ello, resalta la conexión que debe existir entre los actores, los sectores y las estrategias necesarias para alcanzar esa transformación. Este panorama permite presentar, posteriormente, una reflexión transversal sobre los rasgos centrales que deberían definir este proceso desde la prospectiva 2030.

Palabras clave: cambio climático, democracia ambiental, derechos humanos, derechos ambientales, emergencia climática, justicia climática, litigio climático, transición energética.

ABSTRACT

Climate emergency is with any doubt the greatest challenge of our time. With support of decades of scientific evidence, the need to undertake a global transformation in order to avoid the dramatic consequences of global warming is widely recognized. Noting that the next ten years are likely to represent the

* Docente-investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho Internacional Público por la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne, magister en Derecho Internacional y de las Organizaciones Internacionales por esta misma universidad, abogada de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: natalia.castro@uexternado.edu.co. ORCID: 0000-0001-8514-9012.

last window of opportunity for this transformation to be undertaken, this chapter –as a gateway for the book– aims at contributing to the definition of the path guiding global transformation. To this end, this chapter develops an axis around which subsequent chapters revolve. It also highlights the link among actors, sectors and strategies involved to achieve a successful transformation process. This framework allows presenting a further discussion on central features that must define the transformation process from the Horizon 2030 perspective.

Keywords: climate change, climate emergency, climate justice, climate litigation, energy transition, environmental democracy, environmental rights, human rights.

INTRODUCCIÓN

El incremento exponencial de la temperatura del planeta desde la era industrial se ha convertido en la principal preocupación de nuestra era. El cambio climático generado por este fenómeno, o más precisamente sus efectos adversos, son considerados un verdadero desafío civilizatorio. La encrucijada se ha hecho aún más evidente desde que la crisis sanitaria desencadenada por el Covid-19 se convirtió en planetaria, mostrando, entre otras cosas, las graves consecuencias que pueden derivarse de la forma inadecuada en la que los seres humanos nos relacionamos con la naturaleza. En esta coyuntura, más que nunca, es urgente pasar a la acción y emprender un camino de transformación que asegure una subsistencia (y una coexistencia) digna para nuestra especie y para el planeta que habitamos. El objetivo de esta obra es aportar a la definición de ese camino.

Con ese objetivo en la mira, este capítulo se estructura alrededor de dos propósitos específicos. En primer término, al tratarse de la puerta de entrada a una obra colectiva, este escrito pretende introducir al lector y brindarle un contexto suficiente y provocador que lo prepare e incite a emprender la lectura de los demás capítulos que la componen. Este contexto es de un lado conceptual y, de otro, editorial. En tal sentido, en estas páginas se expondrán algunos elementos necesarios para comprender el fenómeno de la emergencia climática al cual se dedica la obra y se precisará la forma en que las diferentes contribuciones se relacionan con ella. De este modo, se tejerá el inicio del hilo discursivo que será desarrollado a lo largo del libro, resaltando el lugar que en él ocupa cada contribución. Este capítulo expondrá, así, la lógica subyacente

a la construcción colectiva que, tras un esfuerzo enteramente desarrollado en circunstancias de confinamiento e incertidumbre¹, ponemos a disposición de los y las lectoras.

En segundo lugar, este capítulo se propone resaltar la contribución general que realiza la obra frente a la emergencia climática. En un ejercicio inédito de prospectiva hacia el año 2030, se pondrán en evidencia algunas líneas transversales subyacentes a las propuestas desarrolladas en los diferentes capítulos. Este trabajo pretende sumarse a las cada vez más necesarias iniciativas que consideran que la transformación de la realidad, tanto nacional como global, es la única alternativa posible frente a la emergencia climática. Esta transformación, como lo muestra la obra, debe afrontar inmensas dificultades teóricas y prácticas y fundarse en un enfoque integral e integrador de diferentes áreas, saberes y perspectivas. Esta es, pues, la principal apuesta del libro y del presente capítulo.

De acuerdo con los objetivos descritos, la primera parte de este capítulo se concentrará en describir cómo la evolución de la cuestión climática nos ha conducido a un fuerte llamado a la transformación. Posteriormente, en una segunda parte, se presentará la forma en que se estructuran las reflexiones de los autores en torno a los sectores, actores y estrategias que deben hacer parte de ese proceso. Finalmente, en la tercera parte, se abordará una reflexión transversal, construida desde un enfoque integrador y propositivo sobre algunos aspectos centrales de la transformación. La prospectiva hacia el año 2030 allí expuesta busca responder al desafío de influir eficazmente en los que, sin lugar a dudas, serán los diez años más decisivos de nuestra historia frente a la amenaza generada por la crisis climática.

I. DEL EFECTO INVERNADERO A LA EMERGENCIA CLIMÁTICA

En poco más de un siglo la ciencia ha descubierto y demostrado la estrecha relación que existe entre el efecto invernadero, el calentamiento global y el modo de vida de los humanos². Gracias al trabajo constante de los científicos, desde

1 Todos los capítulos de la obra fueron escritos entre marzo y mayo de 2020. Los autores hicieron uso de un foro en línea para compartir sus avances e intercambiar ideas y se reunieron virtualmente para presentar sus aportes de cara a la prospectiva 2030.

2 En 1824 el físico francés Joseph Fourier describió por primera vez el efecto invernadero y en 1861 su colega irlandés John Tyndall estableció la relación entre este fenómeno y ciertos gases. Entre 1896 y 1900 los suecos Svante Arrhenius y Knut Ansgstrom descubrieron que

hace por lo menos treinta años³ sabemos con certeza que el efecto invernadero es causado por la emisión de gases que retienen el calor del sol e impiden que salga de la atmósfera. Este fenómeno es la causa principal del calentamiento global. Los gases que lo desencadenan, conocidos como gases de efecto invernadero (GEI)⁴, son producidos en su inmensa mayoría por actividades humanas como la combustión de carbón, petróleo y gas, la deforestación, la ganadería y la utilización de fertilizantes con nitrógeno⁵.

El calentamiento global, es decir, el aumento de la temperatura promedio de la superficie del planeta, es la causa de una serie de alteraciones en el clima (lluvias, humedad, temperatura, vientos, etc.) que designamos, desde la década de 1980, con la expresión “cambio climático”⁶. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) define este fenómeno como “un cambio atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural

las concentraciones de CO₂ generadas por la combustión industrial de carbón aumentan el efecto invernadero. En 1938, el ingeniero británico Guy Callendar sugirió por primera vez que existía una relación entre el incremento de las temperaturas y las emisiones de CO₂. Esta idea fue demostrada por el estadounidense Gilbert Plass en 1955. En 1975, su compatriota Wallace Broecker propondría por primera vez el término “calentamiento global”. Véase BBC. “A brief history of climate change”, *Science & Environment*, 20 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.bbc.com/news/science-environment-15874560>, consultado el 17 de mayo de 2020.

- 3 El primer informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático señala: “Estamos seguros de lo siguiente: que existe un efecto invernadero natural que hace que la Tierra sea más cálida de lo que sería en caso de no existir ese efecto. Que las emisiones producidas por las actividades humanas aumentan sustancialmente las concentraciones atmosféricas de los gases que producen el efecto invernadero”. Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. *Primer Informe. Resumen General*, 1990, p. 52, disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/ipcc_90_92_assessments_far_full_report_sp.pdf
- 4 Los principales GEI son el CO₂, el metano, el óxido nitroso y los gases fluorados. El primero de estos gases es responsable del 63% del calentamiento global producido por el hombre, mientras que los otros gases son producidos en menor cantidad, pero tienen un efecto mucho mayor en términos de retención del calor. Así, por ejemplo, el metano es responsable del 19% del calentamiento global. Comisión Europea, Causas del cambio climático, https://ec.europa.eu/clima/change/causes_es, consultado el 30 de mayo de 2020.
- 5 *Ibid.*
- 6 CONWAY, ERIK. *What's in a Name? Global Warming vs. Climate Change*, NASA, 12 de mayo de 2008, disponible en: https://www.nasa.gov/topics/earth/features/climate_by_any_other_name.html

del clima observada durante periodos de tiempo comparables”⁷. Aunque este cambio en sí mismo es preocupante, la gravedad de sus efectos es sin duda alguna la principal causa de alarma. Este fenómeno está, en efecto, asociado a riesgos mayores como el deshielo y el consecuente aumento en el nivel de los océanos, las inundaciones y la erosión en las zonas costeras y de bajas altitud; el deterioro de la calidad del agua y la disminución de los recursos hídricos, y el aumento de la probabilidad de extinción de especies terrestres, marítimas y de agua dulce, animales y vegetales⁸.

Con base en las predicciones y llamados de alerta científicos, los Estados afirmaron desde 1992 su determinación de prevenir “los efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos”⁹ generados por el cambio climático. Con tal fin, se propusieron lograr la estabilización de las concentraciones de GEI en un nivel que impidiera interferencias peligrosas en el sistema climático en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adaptaran naturalmente al cambio climático¹⁰. Múltiples conferencias de Estados realizadas en diferentes ciudades del mundo han conducido a la adopción de instrumentos de diversa índole y eficacia¹¹. Entre ellos, el Acuerdo de París es el último en haber sido celebrado como un gran avance. No obstante, este instrumento traduce compromisos poco ambiciosos sin mecanismos de seguimiento vinculantes respecto de las medidas que se requieren para luchar eficazmente contra el calentamiento global¹².

7 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, en vigor desde el 21 de marzo de 1994, artículo 1.2.

8 Comisión Europea. Consecuencias del cambio climático, disponible en: https://ec.europa.eu/clima/change/consequences_es (consultado el 30 de mayo de 2020).

9 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, artículo 1.1.

10 *Ibid.*, artículo 2.

11 Para una lista de las principales etapas y acuerdos alcanzados en materia de acción climática, véase: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/cronologia-de-negociaciones-sobre-el-clima/>

12 Como lo constata Spash, el Acuerdo de París “*is a fantasy which lacks any actual plan of how to achieve the targets for emissions reductions. There are no mentions of GHG sources, not a single comment on fossil fuel use, nothing about how to stop the expansion of fracking, shale oil or explorations for oil and gas in the Arctic and Antarctic. Similarly, there are no means for enforcement*”. SPASH, CLIVE. “This changes nothing: The Paris Agreement to ignore reality”, en CONCA, KEN y DABELKO, GEOFFREY. *Green Planet Blues. Critical perspectives on global environmental*

Hoy no cabe duda de que la acción internacional no ha estado a la altura de este desafío¹³. Veinticinco años después de su primer llamado a la acción, la comunidad científica internacional señaló en diciembre de 2017 que, con excepción de la estabilización de la capa de ozono, la humanidad ha fallado en su respuesta a todos los retos ambientales previstos en los años noventa. Respecto de la mayoría de ellos, la situación ha empeorado, y es más preocupante aún si se tiene en cuenta la trayectoria potencialmente catastrófica del cambio climático¹⁴. En efecto, las proyecciones realizadas con base en las “contribuciones determinadas nacionales” establecidas a partir del Acuerdo de París muestran que avanzamos hacia un calentamiento del planeta de alrededor de 3 °C de aquí a 2100, un calentamiento que además tendría continuidad¹⁵. Las conclusiones al respecto son “desalentadoras” pues muestran que, “en conjunto, los países no consiguieron poner freno al aumento de emisiones mundiales de GEI, lo que lleva a que ahora se necesiten reducciones más drásticas y en menos tiempo”¹⁶.

Más que nunca, el cambio climático constituye una amenaza urgente y potencialmente irreversible para las sociedades humanas y para el planeta¹⁷. De acuerdo con las estimaciones, “[a]ún en el mejor de los escenarios posibles, cientos de millones de personas enfrentarán inseguridad alimentaria, migración forzada, enfermedades y muerte”¹⁸. El cambio climático “amenaza el futuro de

politics, 6.ª ed., Nueva York y Londres, Routledge, 2020, p. 198; publicado originalmente en *Globalization*, vol. 13, n.º 6, 2016, pp. 928-993.

- 13 Como lo señala Alston: “*Thirty years of conventions appear to have done very little. From Toronto to Noordwijk to Rio to Kyoto to Paris, the language has been remarkably similar as States continue to kick the can down the road. The essential elements of climate change were understood in the 1970s, and scientists and advocates have been ringing alarm bells for decades*”. ONU, Comité de Derechos Humanos, ALSTON, PHILIPPE. *Informe del Relator Especial sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos. Cambio climático y pobreza*, 25 de junio de 2019, documento A/HRC/41/39, par. 29.
- 14 RIPPLE, WILLIAM J. *et al.* “World scientist’ warning to humanity: a second notice”, *BioScience*, vol. 67, n.º 2, 2017, p. 1027; artículo científico firmado por 15.364 científicos de 184 países, disponible en: <https://academic.oup.com/bioscience/article/67/12/1026/4605229>
- 15 ONU, Programa para el Medio Ambiente. *Informe sobre la disparidad en las emisiones de 2018. Resumen*, p. 1.
- 16 ONU, Programa para el Medio Ambiente. *Informe sobre la disparidad en las emisiones de 2019. Resumen*, p. 1.
- 17 Panel Interdisciplinario sobre el Cambio Climático. *Informe especial. Calentamiento global de 1.5 °C*, 2018, p. 79.
- 18 ONU, Comité de Derechos Humanos, ALSTON, PHILIPPE. *Informe del Relator Especial sobre*

los derechos humanos y pone en riesgo de destrucción el progreso conseguido en los últimos cincuenta años en materia de desarrollo, salud global y reducción de la pobreza”¹⁹. El tiempo se agota, y en consecuencia los llamados a la acción se han convertido en recurrentes y han adoptado nuevas formas.

Es así como, en los (dos) últimos años, un giro en la forma de referirnos a este fenómeno se ha impuesto para generar conciencia e impulsar las acciones necesarias para enfrentarlo. La expresión “cambio climático” ha dado paso a la de “crisis climática” y esta, a su vez, a la de “emergencia climática”. La referencia a la crisis resalta el estado crítico de la cuestión climática, la complejidad de la situación y la necesidad de actuar. El uso de la expresión “emergencia” enfatiza la urgencia de la acción. Este cambio deliberado en la forma de expresarse pretende evitar la connotación “pasiva o incluso amable” atribuida a la expresión “cambio climático” al referirse a lo que, en realidad, representa “una catástrofe para la humanidad”²⁰. La variación en el uso del lenguaje, que justifica además el título de esta obra, no solo ha sido adoptada por los medios de comunicación²¹ y por los responsables políticos alrededor del mundo²², sino que, además, empieza a ser seguida por los ciudadanos²³.

Pobreza Extrema y Derechos Humanos. Cambio climático y pobreza, cit. [la traducción es nuestra].

19 *Ibíd.*

20 Así lo consideró Katharine Viner, editora en jefe del diario *The Guardian*. Véase CARRINGTON, DAMIAN. “Why The Guardian is changing the language it uses about environment”, *The Guardian*, 17 de mayo de 2019, disponible en: <https://www.theguardian.com/environment/2019/may/17/why-the-guardian-is-changing-the-language-it-uses-about-the-environment>

21 Desde mayo de 2019 el manual de estilo de *The Guardian* señala: “*Climate change is no longer considered accurately reflect the seriousness of the overall situation; use climate emergency or climate crisis instead to describe the broader impact of climate change*”. The Guardian, “Guardian and Observer style guide: C”, disponible en: <https://www.theguardian.com/guardian-observer-style-guide-c> (consultado el 18 de mayo de 2020) (resaltado original).

22 La rápida expansión de las expresiones “crisis climática” y “emergencia climática” puede constatar en los numerosos discursos pronunciados en la última Conferencia de Partes (COP 25) realizada en Madrid en noviembre de 2019. Véase: <https://unfccc.int/process-and-meetings/conferences/un-climate-change-conference-december-2019/speeches-and-statements-at-cop-25> (consultado el 18 de mayo de 2020).

23 La expresión “emergencia climática” fue declarada el término del año 2019 por el Diccionario Oxford, después de constatar que “[i]n 2019, ‘climate’ became the most common word associated with ‘emergency’, three times more than ‘health emergency’ in second”. Véase ZHOU, NAAMAN. “Oxford Dictionaries declares ‘climate emergency’ the word of 2019”, en *The Guardian*, 21 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.theguardian.com/environment/2019/nov/21/oxford-dictionaries-declares-climate-emergency-the-word-of-2019>

Son justamente estos quienes parecen cada vez más comprometidos con la causa climática. Así, la acción de numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG) se ha intensificado y diversificado para acompañar, vigilar y criticar la acción de actores públicos y privados en todo el planeta. Algunas de ellas apoyan estrategias coordinadas de litigio en asuntos climáticos que han dado lugar a miles de acciones judiciales ante tribunales nacionales y algunas instancias internacionales²⁴. Pese a diversos inconvenientes, estas acciones han logrado promover cambios sustanciales²⁵. De igual forma, desde 2018, el movimiento *Fridays For Future*, liderado por Greta Thunberg, ha logrado convocar a millones de jóvenes que, como ella, hacen parte de la generación futura que sufrirá los efectos más devastadores del cambio climático. Diversas manifestaciones y acciones han sido emprendidas por este movimiento y otros similares para reclamar respuestas eficaces por parte de los responsables políticos.

De igual forma, con el propósito de responder a estos llamados, una tendencia innovadora ha hecho irrupción recientemente en el panorama político local e internacional. De acuerdo con organizaciones de la sociedad civil, desde 2019, cerca de 1.500 ciudades, condados, Estados y regiones en todo el mundo se han declarado en estado de emergencia climática²⁶. Las primeras declaratorias fueron realizadas por los parlamentos de Gales, el Reino Unido²⁷,

24 BURGER, M. *et al.* *El estado del litigio en materia de cambio climático – Una revisión global*, Sabin Center for Climate Change Law – Universidad de Columbia y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2017. Para la lista actualizada de litigios climáticos, véase: <http://climatecasechart.com/>

25 Así, por ejemplo, el fallo del caso *Urgenda* que ordenó reducciones más ambiciosas de emisiones de GEI en los Países Bajos, confirmado por la Corte Suprema de ese país en diciembre de 2019, ha comenzado a ser implementado recientemente. Véase BURANYI, STEPHEN. “Climate action under duress: how Dutch were forced into emissions cuts”, en *The Guardian*, 4 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.theguardian.com/environment/2020/may/04/climate-action-under-duress-how-dutch-were-forced-into-emissions-cuts>; Países Bajos. Supreme Court of the Netherlands, Civil Division. *The State of Netherlands (claimant in cassation) v. Urgenda (respondent in cassation)*, 20 December 2019, case n.º 19/00135.

26 Mapas y conteos de las declaratorias de estado de emergencia alrededor del mundo pueden encontrarse en las páginas de *Climate Emergency Declaration* [<https://climateemergencydeclaration.org/climate-emergency-declarations-cover-15-million-citizens/>] y *The Climate Mobilization* [<https://www.theclimatemobilization.org/climate-emergency/>].

27 En el Reino Unido, el movimiento ciudadano “Extinction Rebellion” promovió y obtuvo la declaratoria del estado de emergencia en gran parte del país. Véase FARAND, CHLOE. “‘Climate emergency’: how extinction rebellion’s language of urgency is shaping the political agenda”, 1.º

Gibraltar, la Isla de Man, Portugal, Canadá, Francia y Argentina entre mayo y junio de 2019^[28]. Lo propio hicieron cientos de ciudades, localidades e incluso universidades en Australia, Nueva Zelanda, España, Suiza, Estados Unidos y Colombia²⁹, entre otros países. Aunque el contenido y el valor normativo de las declaratorias varía, estas tienen en común el propósito de comprometerse, como lo hizo el Parlamento europeo en noviembre de 2019, a “adoptar de forma urgente las medidas concretas necesarias” para luchar contra la amenaza que representa el cambio climático antes de que sea demasiado tarde³⁰.

Estas iniciativas, así como muchas otras³¹, tienen un potencial transformador importante. Sin embargo, podrían resultar insuficientes ante la magnitud y la urgencia de las acciones necesarias para enfrentar la crisis climática. Es difícil, en efecto, no sucumbir ante el pesimismo, sobre todo cuando la sombra de una profunda recesión económica amenaza con retrasar, o incluso con paralizar, los buenos, aunque modestos, propósitos de cambio en curso.

Al igual que sucedió respecto de las causas, características y efectos del cambio climático, el consenso científico hoy es cada vez mayor en cuanto a las medidas que se requieren para responder a la emergencia climática. No cabe duda de que la disminución del ritmo acelerado del calentamiento global

de mayo de 2019, UK Desmog Series, disponible en: <https://www.desmog.co.uk/2019/05/01/climate-emergency-extinction-rebellion-language-urgency-parliament-labour-motion-ccc-net-zero>

28 *Climate Emergency Declaration*, cit.

29 El Departamento de Antioquia declaró la emergencia climática en febrero de 2020 [<https://telemedellin.tv/declaran-estado-de-emergencia-climatica-en-antioquia/379100/>], un proyecto similar es estudiado por el Concejo de Bogotá [<http://concejodebogota.gov.co/este-sabado-25-de-enero-construyamos-juntos-el-acuerdo-para-declarar/cbogota/2020-01-24/162055.php>], y una propuesta para que la emergencia sea declarada a nivel nacional fue presentada en una de las mesas de la Conversación Nacional organizada en respuesta al paro cívico de 2019. Véase: <https://www.rcnradio.com/estilo-de-vida/medio-ambiente/gobierno-analiza-si-decreta-emergencia-climatica-en-colombia>

30 Parlamento Europeo. Resolución del 28 de noviembre de 2019 (2019/2930(RSP)), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0078_FR.html

31 Un sinnúmero de normas y estrategias internacionales han sido diseñadas o están siendo actualmente promovidas desde diversos sectores para luchar contra el cambio climático. Al respecto, cabe destacar, por ejemplo, el pacto europeo por el clima y los proyectos diseñados para ponerlo en marcha. Véase Unión Europea, Comisión Europea. “El Pacto Verde Europeo. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones”, Bruselas, 11 de diciembre de 2019, COM (2019) 640 final, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>

depende ineluctablemente de la transformación de un modelo económico mundial fundado en el crecimiento a costa de la explotación de la naturaleza y en especial de las energías fósiles. Sin embargo, el modo en el que debe realizarse esa transformación es objeto de un álgido debate.

Para muchos “la prosperidad económica, el trabajo decente y la sostenibilidad ambiental son totalmente compatibles”³², pues “no hay razón para que un camino de reducción de carbono deba ralentizar el crecimiento económico”³³. Esta perspectiva constituye uno de los pilares de la hoja de ruta trazada por la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible³⁴ y traduce la aspiración de que “cada país disfrute de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y de trabajo decente para todos; un mundo donde sean sostenibles las modalidades de consumo y producción”³⁵.

Otros consideran, no obstante, que el desarrollo sostenible es en sí mismo un oxímoron o, por lo menos, que la compatibilidad entre sus dimensiones económica, social y ambiental reviste tal complejidad que lo convierte en un objetivo inalcanzable en la práctica. Por lo cual la transformación que se requiere para hacer frente a la emergencia climática supone dejar de concebir el crecimiento económico como un fin en sí mismo y, en su lugar, optar por modelos sustentables, más que sostenibles³⁶.

32 ONU, Comité de Derechos Humanos, ALSTON, PHILIPPE. *Informe del Relator Especial sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos. Cambio climático y pobreza*, cit., par. 43 [la traducción es nuestra].

33 Banco Mundial. “World Development Report 2010: Development and Climate Change”, p. 7, disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/4387>

34 ONU, Asamblea General. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, aprobada el 25 de septiembre de 2015, Documento A/RES/70/1.

35 *Ibid.*, par. 9. Este propósito es formulado en el objetivo n.º 7 de desarrollo sostenible: “Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos”.

36 Sobre este enfoque véase ADELMAN, SAM. “The sustainable development goals. Anthropocentrism and Neoliberalism”, en FRENCH, DUNCAN y KOTZÉ, LOUIS (eds.), *Global goals: law, theory and implementation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017; SPASH, CLIVE. “This changes nothing: the Paris Agreement to ignore reality”, cit.; BERMEJO GÓMEZ, ROBERTO. *Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomimesis*, Bilbao, Hegoa, 2014; AKNIN, AUDREY *et al.* “Annexe C. Remarques critiques sur l’intégration de l’environnement dans l’analyse économique”, en MARTIN, JEAN-YVES (dir.), *Développement durable ? Doctrines, pratiques, évaluations*, Marsella, IRD Ediciones, 2002, disponible en: <https://books.openedition.org/irdditions/6801?lang=fr>; RODHAIN, FLORENCE. “Changer les mots à défaut de soigner les maux ? Critique du Développement Durable”, *Revue Française de Gestion*, Lavoisier, 2007, pp. 203-209.

Con independencia de la postura que se adopte, esta es una cuestión urgente, es decir, que no puede posponerse bajo ningún pretexto; ni siquiera el de la emergencia sanitaria y la crisis económica por la que atraviesa la humanidad entera en la actualidad. Es, además, una cuestión que está íntimamente ligada a la forma en que se concibe la relación entre los seres humanos y la naturaleza. Hoy más que nunca, parece necesario replantear esa relación para enfrentar el desafío civilizatorio que representa la emergencia climática.

Este es el contexto en el que se sitúa la presente obra colectiva. Los capítulos que la componen abordan distintas dimensiones del camino de transformación que debe emprenderse para hacer frente a la emergencia climática.

2. EL CAMINO DE LA TRANSFORMACIÓN Y LA ESTRUCTURA DE LA OBRA

Como lo señala el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), en su más reciente informe sobre la disparidad en las emisiones,

... los procesos de descarbonización [...] requerirán cambios estructurales básicos en los sectores económicos, las empresas, los mercados laborales y las pautas del comercio. Esto hará que, por fuerza, se produzca un cambio radical de la forma en que los gobiernos, las empresas y los mercados suministran y demandan energía, alimentos y otros servicios que requieren una gran cantidad de materiales. Estos sistemas de provisión se entrelazan con las preferencias, los actos y las exigencias de las personas como consumidores, ciudadanos y miembros de una comunidad³⁷.

La emergencia climática es, en efecto, un fenómeno pluridimensional. La respuesta a esta problemática debe en consecuencia atender a un sinnúmero de factores que conjugados adecuadamente pueden contribuir en forma efectiva a la transformación que se requiere para enfrentarla. Las reflexiones que al respecto presenta esta obra se centran en aspectos específicos, locales o globales, fundamentales para avanzar en el camino de la transformación³⁸. Como se verá, las contribuciones que abordan problemáticas relativas a Colombia no solo resultan aplicables frente a países o regiones de América Latina o del Sur

37 ONU, Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). *Informe sobre la disparidad en las emisiones 2019. Resumen*, Nairobi, 2019, p. XII.

38 Sobre la idea de transformación y la de “metamorfosis”, véase BECK, ULRICH. *The Metamorphosis of the World*, Cambridge, Polity Press, 2016.

Global que enfrentan circunstancias similares, sino que, además, tienen un impacto innegable a nivel internacional. De igual forma, aquellas reflexiones efectuadas desde una perspectiva global pueden tener repercusiones evidentes a escala nacional, no solo en Colombia, sino en todos los Estados del mundo.

Teniendo en cuenta la interrelación entre los múltiples factores que se requieren para enfrentar la emergencia climática y las diferentes escalas en las que la transformación está llamada a operar, la obra se divide en cuatro partes que representan aristas desde las cuales puede ser leída o emprendida esa transformación, tanto a nivel global como nacional. Presentamos a continuación cada una de las partes y los capítulos que las integran.

2.1. PRIMERA PARTE. SECTORES DE LA TRANSFORMACIÓN

La primera parte se concentra en el análisis de áreas en las cuales las reformas son imprescindibles para hacer frente a la emergencia climática: la energía y la agricultura. Estos sectores producen una gran proporción de emisiones de GEI y, por ende, su transformación es fundamental para afrontar la crisis climática.

En lo que respecta a la energía, el *primer capítulo* sugiere que la crisis climática y aquella generada recientemente por el Covid-19 están llamadas a convertirse en los catalizadores de una “Gran Transición Global” que debe manifestarse prioritariamente como una *transición energética*. En efecto, de acuerdo con esta contribución, la gravedad de los dos fenómenos antes mencionados debe servir para impulsar una transición energética estructural que permita dejar atrás las fuentes de energías fósiles y que, con apoyo en la tecnología y en las energías renovables, dé paso a una nueva era de progreso y bienestar para la humanidad y para nuestro planeta.

Este llamado a la movilización global es seguido por uno similar en el ámbito nacional. El *segundo capítulo* indaga sobre el alcance del concepto de *transición energética* en Colombia. Teniendo en cuenta que de dicha transición se espera que sea ambientalmente justa, ecológica, equitativa, incluyente y democrática, este capítulo plantea la necesidad de que el contenido y la hoja de ruta de la transición energética sean ampliamente debatidos. Como lo demuestran las normas en la materia, en Colombia la discusión al respecto aún está pendiente. A pesar de la inclusión de este asunto en la agenda de las más recientes protestas ciudadanas, no está claro que el rumbo energético del país incluya el abandono de las energías fósiles, en particular del gas, y,

menos aún, la inversión necesaria para dar paso al uso generalizado de energías renovables. Por esta razón, uno de los mayores desafíos para afrontar la emergencia climática consiste en diseñar e implementar un debate nacional amplio y participativo que permita traducir en políticas públicas las preocupaciones de la ciudadanía.

El *tercer capítulo* aborda el problema de la transición energética desde una perspectiva distinta, dotada de un potencial transformador incommensurable, aunque generalmente ignorado. Esta contribución plantea que el *arbitraje de inversión internacional* –y, a través de él, el derecho relativo a la protección internacional de la inversión– puede convertirse en un instrumento de gobernanza en favor de las industrias verdes y de las medidas regulatorias contra el cambio climático. Subrayando los retos de este sistema jurídico y el “desbalance genético que favorece a los inversionistas extranjeros” en las disputas internacionales en materia de inversión, el capítulo defiende la idea de que existen mecanismos propios del mismo sistema que permitirían reconocer el “interés del clima” como un interés público global. Teniendo en cuenta el gran impacto de las decisiones proferidas por los tribunales de arbitraje de inversión en la política energética, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, esta propuesta abre una vía fundamental para afrontar la emergencia climática.

El *cuarto capítulo* nutre las reflexiones de esta parte con un análisis respecto de la relación circular existente entre la crisis climática, *la agricultura y el derecho a la alimentación*. De acuerdo con este análisis, el modelo agrícola actual, fundado en la rentabilidad y en el mercado, es insostenible no solo por sus efectos adversos respecto del clima del planeta sino, además, porque conduce al desconocimiento de los derechos fundamentales a la alimentación y a la salud. El capítulo presenta el concepto de agroecología como una alternativa ambiental y socialmente sostenible que debe ser integrada dentro de la transformación necesaria para responder a la emergencia climática. Esta alternativa se fundamenta en la necesidad de abrir un espacio democrático e incluyente de diálogo entre saberes que revalorice, en particular, la visión de las comunidades indígenas y campesinas tradicionalmente marginadas y que redunde en la construcción, desde abajo, de un constitucionalismo internacional.

A las reflexiones de la primera parte sobre ciertos sectores que deben ser transformados para responder a la emergencia climática siguen, en la segunda parte, algunas propuestas en relación con los actores cardinales de la transformación.

2.2. SEGUNDA PARTE. ACTORES DE LA TRANSFORMACIÓN

El *primer capítulo* está dedicado a analizar las posibilidades jurídicas de reclamar a las *empresas*, responsables de la mayor parte de las emisiones de GEI, la adopción de medidas que permitan proteger efectivamente los derechos humanos en riesgo como consecuencia de la emergencia climática. Superando dificultades teóricas y prácticas considerables, este capítulo hace un esfuerzo por precisar el contenido y alcance de las obligaciones que incumben a las empresas en este contexto, con apoyo, entre otros, en el concepto de debida diligencia. De igual forma, esta contribución señala que, aunque los litigios climáticos se han convertido en un mecanismo frecuentemente utilizado para exigir el respeto de algunas de estas obligaciones, las transformaciones estructurales necesarias para afrontar la crisis climática solo pueden producirse si la regulación las promueve y si se impulsa “una transición definitiva del sistema de consumo y de vida” que “privilegie la dignidad humana por encima de otros valores”.

El *segundo capítulo* trata sobre el rol de los *pueblos indígenas* frente a la crisis climática. Estos actores son víctimas directas del cambio climático puesto que su forma de vida y su territorio—integrados en un todo cuya significación precisa varía según la cosmovisión de cada pueblo—están gravemente amenazadas por la alteración de las condiciones climáticas. De otro lado, los pueblos indígenas son guardianes de ecosistemas que cumplen funciones esenciales en materia de mitigación y adaptación climática; su conocimiento al respecto constituye una invaluable fuente de aprendizaje. Esta dicotomía es el punto de partida del análisis, efectuado en este capítulo, respecto de las diferentes figuras e instituciones mediante las cuales el Estado colombiano protege el territorio indígena. El análisis resalta cómo el frecuente desconocimiento de la “continuidad entre naturaleza y cultura” propia de los pueblos indígenas puede incidir en el potencial de estas figuras para proteger el medio ambiente y luchar contra el cambio climático.

El *tercer capítulo* estudia la experiencia comparada de varios Estados asiáticos en relación con la instauración y funcionamiento de *jurisdicciones ambientales especializadas*. En sus respectivos Estados, estas jurisdicciones se han convertido en actores clave para garantizar la protección del medio ambiente y el acceso a la justicia de los ciudadanos que buscan defenderlo. Estos avances son contrastados con la situación de Colombia, en donde ciertas jurisdicciones, en particular la constitucional y la ordinaria, han asumido

con gran seriedad la protección del medio ambiente por medio de sentencias estructurales. Este escrito señala la necesidad de nutrir la experiencia colombiana a partir del estudio del derecho comparado y resalta las ventajas que pueden derivarse de la creación de tribunales ambientales especializados en sistemas como el colombiano.

El *cuarto capítulo* se dedica al análisis de un grupo de actores cuyo rol se ha convertido en crucial en el contexto de la emergencia climática. Los *defensores ambientales* o defensores de derechos humanos en asuntos ambientales son piezas fundamentales del engranaje de la movilización social necesaria para responder a la crisis climática. Como lo constata este capítulo, “la emergencia climática requiere agentes con capacidad social transformadora”. En Colombia, no obstante, la persecución sistemática de estos actores no parece despertar el interés que merecería por parte de las autoridades. Aunque existen mecanismos y normas dispuestas con tal propósito, la respuesta institucional sigue siendo insuficiente tanto en el ámbito nacional como en el local. Esta contribución es, en ese sentido, un llamado urgente a superar algunas dificultades de origen normativo y a asumir la responsabilidad de proteger a los líderes ambientales como parte esencial del compromiso para enfrentar la emergencia climática.

El análisis de la emergencia climática desde la perspectiva de los actores que desempeñan, o podrían desempeñar, un rol central en la transformación se complementa con la reflexión sobre las estrategias que pueden desplegarse con tal propósito.

2.3. TERCERA PARTE. ESTRATEGIAS Y MEDIOS PARA LA TRANSFORMACIÓN

Esta parte presenta algunas propuestas de medios o estrategias esencialmente jurídicos que, desde diferentes áreas del derecho interno e internacional, buscan promover una transformación que permita responder eficazmente a la emergencia climática.

El *primer capítulo* de la tercera parte constata las dificultades que supone la *aplicación del derecho internacional humanitario (DIH)* frente a los daños ambientales generados en el marco de los conflictos armados. Ante la necesidad de asegurar una respuesta acorde a la emergencia climática, el capítulo propone una interesante alternativa basada en la interpretación de la Cláusula Martens, que permitiría extender la protección del DIH a ecosistemas afectados por el conflicto armado interno. Además de ofrecer una respuesta frente a la

fragmentación del derecho internacional, esta lectura conduce a extender, con fundamento en el DIH, la calidad de víctimas a territorios y grupos étnicos como lo ha hecho la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia³⁹.

El *segundo capítulo* trata sobre una estrategia central para emprender la transformación de los hábitos de consumo y producción: la adopción de un sistema de *compras públicas sostenibles*. La implementación de esta herramienta constituye una obligación del Estado colombiano a la luz de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Su potencial transformador está dado tanto por la importancia porcentual de la participación del Estado como consumidor de bienes y servicios, como por su capacidad “para incentivar el consumo y producción sostenibles a través del ejemplo gubernamental”. Múltiples iniciativas de este tipo desarrolladas desde instancias internacionales y acogidas por numerosos Estados pueden tener un impacto considerable en materia de mitigación del cambio climático. En Colombia, desafortunadamente, los resultados de la implementación del Plan Nacional de Compras Públicas Sostenibles (2016–2020)⁴⁰ son aún insuficientes. La adopción de una norma que convierta esta herramienta en obligatoria y la implementación de un sistema de información que garantice la transparencia y la verificabilidad de este proceso son necesarias para que el Estado cumpla debidamente con sus compromisos frente a la emergencia climática.

El *tercer capítulo* estudia un elemento crucial para garantizar la sostenibilidad del desarrollo dentro del Estado y, en consecuencia, su capacidad de respuesta frente a la emergencia climática: la *licencia ambiental*. A partir de un análisis detallado de los elementos técnicos evaluados en el proceso de licenciamiento en Colombia, esta contribución señala un déficit en la apreciación de criterios que permitan medir el impacto de los proyectos de cara a las necesidades de adaptación al cambio climático. Este capítulo señala que tales criterios deberían incluirse en las fórmulas de análisis costo-beneficio que determinan la viabilidad de cualquier proyecto. De esta forma se garantizaría la

39 Véase Colombia. Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Caso n.º 002, Auto n.º 004 de 2018, 10 de julio de 2018.

40 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Plan Nacional de Compras Públicas Sostenibles (2016–2020)*, 2017, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosAmbientalesySectorialyUrbana/pdf/compras_p%C3%BAblicas/Plan_de_Accion_Nacional_de_Compras_Publicas_Sostenibles_2016-2020.pdf

articulación entre la Política Nacional de Cambio Climático⁴¹ y todos aquellos proyectos que generen un impacto ambiental significativo. Más importante aún, esta transformación permitiría dar cumplimiento a los mandatos constitucionales relativos a la sostenibilidad fiscal. En desarrollo de los mismos, el Estado debe evitar un aumento excesivo del gasto público futuro, como aquel que se generaría si los impresionantes riesgos asociados al cambio climático se realizaran. La adaptación al cambio climático es una necesidad presente cuya inatención tendrá consecuencias nefastas en el futuro. Las medidas propuestas en este capítulo respecto de la licencia ambiental constituyen un aporte fundamental para morigerar las consecuencias, desafortunadamente inevitables, de la emergencia climática a nivel nacional.

El *cuarto capítulo* aborda uno de los mecanismos con mayor potencial transformador de la gobernanza climática internacional y de sus efectos en los diferentes Estados: la inclusión de *cláusulas ambientales en los acuerdos comerciales internacionales*. Esta respuesta frente a la fragmentación del derecho internacional resulta particularmente prometedora en la medida en que, cada vez con mayor frecuencia, instrumentos como los tratados de libre comercio suscritos por Colombia con la Unión Europea, Canadá y Corea del Sur generan obligaciones en materia de protección ambiental “que no están estrictamente relacionadas con el comercio”. Como lo sugiere esta contribución, dicha vía puede convertirse en un mecanismo eficaz para reforzar la vinculatoriedad de los mandatos relativos a la mitigación y la adaptación frente al cambio climático, forzando además la interpretación armónica respecto de ellos de las obligaciones internacionales en materia comercial.

El *quinto capítulo* está dedicado mostrar la reciente evolución de dos estrategias que pueden revelarse altamente eficaces respecto de la acción climática: la cristalización de *normas consuetudinarias e imperativas* en la materia y la consideración del *medio ambiente como un bien público internacional*. Estas dos tendencias son analizadas a partir del estudio de decisiones recientes de órganos internacionales de solución de controversias y de los avances logrados en escenarios intergubernamentales como, por ejemplo, las últimas reuniones de Estados parte de los convenios de Basilea (desechos peligrosos)⁴², Róter-

41 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Política Nacional de Cambio Climático*, 2017, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/Politica_Nacional_de_Cambio_Climatico_-_PNCC_/PNCC_Politicas_Publicas_LI-BRO_Final_Web_01.pdf

42 Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos

dam (productos químicos peligrosos)⁴³, Estocolmo (contaminantes orgánicos peligrosos)⁴⁴, Escazú (derechos de acceso)⁴⁵ y de la Cumbre sobre la Acción Climática. La evolución advertida por este capítulo podría conducir a limitar efectivamente la soberanía de los Estados y obligarlos a adoptar medidas eficaces para afrontar la emergencia climática.

A estas herramientas es necesario sumar dos estrategias adicionales directamente relacionadas entre sí y que, por su particularidad, serán abordadas en detalle en la última parte de la obra. La puesta en marcha de estas estrategias supone un giro de gran trascendencia en la forma de concebir y afrontar la crisis climática.

2.4. CUARTA PARTE. JUSTICIA CLIMÁTICA Y DERECHOS DE LA NATURALEZA

Uno de los aspectos centrales de la reciente evolución en materia de protección del medio ambiente es el relativo al acceso a la justicia y la posibilidad de que los órganos judiciales no solo ordenen medidas eficaces en materia de mitigación y adaptación frente al cambio climático⁴⁶ sino, además, reconozcan –como lo han hecho en Colombia– a la naturaleza como sujeto de derechos⁴⁷. Si bien este reconocimiento puede darse por vías distintas a la judicial, el rol de los jueces en relación con la protección de la naturaleza como sujeto o como objeto es hoy en día fundamental. Esta parte de la obra aborda en profundidad este

Peligrosos y su Eliminación, aprobado el 22 de marzo de 1989, en vigor desde el 5 de mayo de 1992.

43 Convenio de Róterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional, aprobado el 10 de septiembre de 1998, en vigor desde el 24 de febrero de 2004.

44 Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes, adoptado el 22 de mayo de 2001, en vigor desde el 17 de mayo de 2004.

45 Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, a la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, aprobado el 27 de septiembre de 2018, aún no entrado en vigor.

46 Véase PEEL, J. y OSOFSKY, H. M. “A Rights Turn in Climate Change Litigation?”, *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n.º 1, 2018, pp. 37-67.

47 Véase ESBORRAZ, FABIO. “El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, 2016, pp. 93-129.

rol y la evolución, el impacto y las críticas que ha suscitado la transformación jurídica que significa considerar a la naturaleza como sujeto de derechos⁴⁸.

El *primer capítulo* estudia una de las tendencias recientes de mayor auge en materia de acceso a la justicia y lucha contra el cambio climático: el *litigio o litigación climática*. La contribución demuestra la gran importancia de esta herramienta por tratarse de una forma novedosa de participación ciudadana y, además, por su increíble potencial transformador “frente a la inactividad de la Administración y la falta de control a las acciones de las empresas en materia de emisiones de GEI”. Si bien estos litigios presentan características propias según la instancia ante la cual se promueven, muchos de ellos tienen en común el hecho de desarrollarse a través de procesos dialógicos, incluyentes e interdisciplinarios que conducen a decisiones de alto impacto, fundamentales de cara a la emergencia climática. En efecto, en casos como los estudiados en esta contribución, las decisiones adoptadas han conducido a proteger los derechos humanos amenazados por la inacción de las autoridades respecto de la crisis climática. Además, en el caso colombiano, el litigio climático ha sido uno de los escenarios propicios para el reconocimiento de derechos en favor de la naturaleza.

De acuerdo con el *segundo capítulo*, el cambio climático es el motor de “la revolución llamada *derechos de la naturaleza*”. Desde el punto de vista teórico, esta “revolución” supone, de un lado, deconstruir una ficción conceptual cardinal en los sistemas jurídicos occidentales: la personalidad jurídica, y, de otro, “reinterpretar las nociones bajo las que entendemos la función y el valor de la naturaleza en relación con los seres humanos en el mundo contemporáneo”. Desde el punto de vista práctico, el reto consiste en dotar de contenido la declaratoria de la naturaleza como sujeto de derechos para, a través de ella, construir “nuevas relaciones entre actores basadas en el reconocimiento y el respeto del otro”. Según este capítulo, entre los precedentes de reconocimiento de derechos de los ríos, la sentencia adoptada por la Corte Constitucional con relación al río Atrato⁴⁹ constituye un experimento cuyo valor radica, entre otros aspectos, en haber previsto órdenes dinámicas y mecanismos de seguimiento que han permitido el “cumplimiento lento pero progresivo de las órdenes”.

48 ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, CARLOS y PÉREZ FERNÁNDEZ, CAMILO (eds.). *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.

49 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Tanto los desafíos como el potencial transformador de la realidad de esta construcción son esenciales de cara a la emergencia climática.

El *tercer capítulo* subraya justamente algunos de esos desafíos en relación con la implementación de la sentencia que declaró sujeto de derechos al río *Atrato* y, con ella, de la construcción relativa a los derechos de la naturaleza. Tomando como punto de partida la definición del *régimen ambiental colombiano* como un régimen policéntrico, es decir, un sistema en el cual “las capacidades regulatorias del Estado están diseminadas en diferentes actores estatales y no estatales, tanto del nivel nacional como subnacional”, esta contribución aborda los retos funcionales, sistémicos y democráticos planteados por la sentencia. Con base en un interesante trabajo de campo realizado con funcionarios de la Alcaldía de Quibdó, responsables de la implementación del fallo, este capítulo señala las dificultades que ha generado la creación por parte de la Corte Constitucional de nuevas entidades legales (el río *Atrato* y la Comisión de Guardianes) sin especificar sus funciones ni la relación que deben tener con “las instituciones que tienen jurisdicción en la cuenca del río *Atrato*”. De igual forma, se resalta el valor de los espacios de diálogo creados por el fallo, no obstante los desafíos que en términos de fragmentación y liderazgo puede enfrentar esta estrategia. Finalmente, el capítulo señala los importantes retos que, desde el punto de vista fiscal e institucional, supone dar cumplimiento a órdenes maximalistas como la relativa a la “erradicación de la minería ilegal” sin contar con las voces de las entidades territoriales y de los actores ilegales –no necesariamente ilegítimos– involucrados en las mismas.

Los retos y las perspectivas de las decisiones judiciales que reconocen derechos a la naturaleza también son abordados en el *capítulo cuarto*. Con base en el caso de la gravísima avenida torrencial –generada por el fenómeno de La Niña– en el municipio amazónico de Mocoa en 2017, esta contribución explora la posibilidad de que *el reconocimiento de derechos en favor de los ríos* pueda permitir proteger sus cauces permanentes y rondas hídricas para evitar nuevos desastres y, simultáneamente, servir de punto de partida para resolver conflictos socioambientales como el desplazamiento forzado ocasionado en este caso. El estudio se complementa con la experiencia que en esta región de Colombia se produjo luego de que la Corte Suprema de Justicia declarara sujeto de derechos a la Amazonía en 2018^[50]. De acuerdo con este capítulo,

50 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de tutela, 5 de abril de 2018, rad. 11001-22-03-000-2018-00319-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

aunque la experiencia fue positiva en términos de movilización de las autoridades, persisten dudas importantes respecto de los recursos económicos necesarios para cumplir con la decisión y la evidente inequidad que supone situar en esta región toda la responsabilidad respecto de la preservación del bioma amazónico, sin interrogarse sobre los “motores que aceleran el cambio climático” en el resto del país.

A propósito de las dificultades que genera la protección de los derechos de la naturaleza, el *quinto capítulo* presenta un estudio detallado de la *política pública de reducción de la deforestación de la Amazonía*, y en particular de su más reciente etapa impulsada tras la célebre sentencia que la reconoció como sujeto de derechos. A partir del análisis de la relación entre los litigios climáticos y las políticas públicas, este capítulo formula recomendaciones precisas para que el Estado colombiano haga de la preservación de la Amazonía un objetivo prioritario. Este escrito reconoce que, aun cuando el fallo “ha permitido redefinir este fenómeno como un problema constitucional de garantía de los derechos fundamentales, y no simplemente como un asunto dependiente de la voluntad gubernamental”, el principal desafío sigue siendo alcanzar un “consenso político” suficiente. Este consenso es esencial para lograr una adecuada “articulación intersectorial” en torno a una “estrategia amplia de desarrollo sostenible” en una región históricamente sometida al abandono del Estado y víctima del conflicto armado. En estos términos se resalta la necesidad de políticas públicas transversales con respaldo institucional y ciudadano. Estas políticas deben garantizar la protección de ecosistemas fundamentales para afrontar la crisis climática y, además, los derechos de la población llamada a preservarlos.

Responder al cambio climático requiere una transformación estructural de carácter global impulsada desde el ámbito local. En ese contexto, el rol de los actores y sectores, analizados en las dos primeras partes del libro, y el despliegue de las estrategias, estudiadas en las dos últimas partes, son fundamentales para definir el camino que debe emprenderse lo antes posible con el objetivo de afrontar adecuadamente la emergencia climática. El análisis transversal de las contribuciones de esta obra, a la luz del significativo acervo conceptual existente respecto al tema, conduce a sugerentes reflexiones respecto de la forma en que puede ser recorrido ese camino en los diez próximos años.

3. ALGUNOS PASOS NECESARIOS: PROSPECTIVA 2030

Un reciente artículo publicado en la célebre revista *Nature* demuestra matemáticamente por qué estamos en un estado de emergencia planetaria. Según esta

publicación, la emergencia (E) puede definirse como el producto del riesgo y la urgencia. El riesgo (R), a su vez, es definido por los aseguradores como la probabilidad (p) multiplicada por el daño (D). En situaciones de emergencia, la Urgencia (U) se define como el tiempo que requiere la reacción para evitar un resultado desfavorable (τ) dividido por el tiempo que queda. Así:

$$E = R \times U = p \times D \times \tau / T$$

Según esta fórmula, la situación es una emergencia cuando tanto el riesgo como la urgencia son altos. Si el tiempo que requiere la reacción es mayor que el tiempo del que disponemos para reaccionar ($\tau / T > 1$), habremos perdido el control. En lo que concierne al cambio climático, prácticamente hemos agotado el tiempo disponible para actuar y evitar el colapso, y seguramente ya hemos perdido el control respecto de su producción⁵¹.

Así las cosas, la década 2020-2030 es nuestra última oportunidad, no ya para frenar el cambio climático, sino para evitar los escenarios más catastróficos respecto de sus consecuencias. Por esta razón, de acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), desde 2020 es imperativo reforzar “de forma drástica” los objetivos de reducción de emisiones de GEI. Estas deben contraerse imperativamente en por los menos un 45% para 2030^[52]. La envergadura de las CDN debería, en consecuencia, triplicarse si se quiere mantener el calentamiento global por debajo de los 2 °C, mientras que el objetivo de 1,5 °C requeriría contribuciones “cinco veces más ambiciosas”⁵³.

Por supuesto, el llamado a multiplicar por cinco los esfuerzos no se dirige solo a los Estados, pues todos los habitantes del planeta debemos comprometernos y responder a este llamado. Como se ha venido advirtiendo, por lo menos desde 2018, “el mundo ha alcanzado un punto en el cual el cambio climático

51 Texto original que hemos parafraseado: “*We define emergency (E) as the product of risk and urgency. Risk (R) is defined by insurers as probability (p) multiplied by damage (D). Urgency (U) is defined in emergency situations as reaction time to an alert (τ) divided by the intervention time left to avoid a bad outcome (T). Thus: $E = R \times U = p \times D \times \tau / T$. The situation is an emergency if both risk and urgency are high. If reaction time is longer than the intervention time left ($\tau / T > 1$), we have lost control*”. LENTON, TIMOTHY *et al.* “Climate tipping points – too risky to bet against”, *Nature*, vol. 575, 28 de noviembre de 2019, p. 595.

52 ONU, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. *Climate Change Annual Report 2018*, p. 47.

53 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). *Informe sobre la disparidad en las emisiones de 2019. Resumen*, p. 10.

debe reflejarse en prácticamente todas las decisiones que los gobiernos, las organizaciones, las empresas, los inversionistas y los individuos tomen respecto de los años por venir”⁵⁴.

Las universidades, los centros de pensamiento y la academia en general deben asumir este compromiso y destinar todos los esfuerzos posibles (también multiplicados por cinco) para impulsar las acciones adecuadas. Con ese derrotero en mente, los siguientes apartados subrayan cuatro enseñanzas mayores y transversales, definidas desde una perspectiva integradora, que deben guiar la acción climática hacia 2030.

3.1. LA JUSTICIA CLIMÁTICA ES, ANTE TODO, JUSTICIA

La lucha contra el cambio climático es sin lugar a dudas una lucha por la justicia y, especialmente, por la justicia social. La emergencia climática no solo exacerba las aberrantes desigualdades en las condiciones de vida de la población mundial, sino que, además, sus consecuencias más adversas son y serán sufridas, particularmente, por aquellos que menos han contribuido a su producción⁵⁵.

Por esta razón, la respuesta a la crisis climática es necesariamente una respuesta a la crisis social profundamente enraizada en nuestras sociedades⁵⁶. Aunque la transición hacia las energías limpias es la medida de mitigación más urgente que debe emprenderse para frenar el calentamiento del planeta, ella no pondrá fin a los efectos de este fenómeno en el clima del planeta. Las medidas de adaptación permitirán paliar en alguna medida su impacto, pero nada impedirá que grupos vulnerables como los niños, las mujeres, los pueblos indígenas y, en general, todas las personas en situación de pobreza y miseria

54 ONU, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. *Climate Change Annual Report 2018*.

55 Véase UNESCO. *The Ethical Implications of Global Climate Change. Report by the World Commission on the Ethics of Scientific and Technology (COMEST)*, París, 2010, p. 14.

56 Como lo afirmó Carolina Schmidt, presidenta de la COP 25: “La crisis social que estamos viviendo en muchos países de nuestra región y la crisis ambiental que afecta al mundo entero, son las crisis del siglo XXI. Son dos caras de la misma moneda. No se puede enfrentar una sin hacernos cargo de la otra”. Palabras de apertura del segmento de Alto Nivel de Ministros, 10 de diciembre de 2019, disponible en: <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/1012%20Discurso%20opening%20ministros%20MMA%20VF.pdf>

vean (aún más) afectada la garantía de sus derechos como consecuencia del cambio climático⁵⁷.

En ese sentido, la transformación que se requiere para enfrentar la emergencia climática debe apuntar a hacer más equitativas nuestras sociedades desde todo punto de vista, además de erradicar la pobreza y la miseria. Este objetivo supone lograr una distribución más justa de las cargas y beneficios no solo entre los individuos, sino también entre los Estados –del Norte y del Sur Global–, las empresas, las regiones –rurales y urbanas–, las generaciones –presentes y futuras– y todos los seres vivos⁵⁸. Todas las estrategias que puedan promover un avance en esa dirección deben ser impulsadas sin reservas en los próximos diez años. Esto supone hacer de la preocupación (re)distributiva un objetivo explícito de la acción pública –nacional e internacional– y privada –empresarial y ciudadana. Esta meta tiene especial relevancia en un contexto como el colombiano en el que el conflicto armado es, a la vez, consecuencia y causa de la profunda inequidad en la distribución de los recursos.

Esta obra subraya el potencial de conceptos como la equidad intergeneracional y los derechos de la naturaleza. No obstante, muchas de las consecuencias prácticas de estas figuras aún están por construirse o afinarse. Esta es sin duda una tarea fundamental y urgente que puede ayudarnos a redefinir nuestra relación con la naturaleza y con nuestra propia especie. En la medida en que esa redefinición puede impulsar, como pocas otras, una transformación estructural y global de las sociedades “humanas”, nuestra prospectiva 2030 debe incluir un esfuerzo sostenido por darle solidez y coherencia, teórica y práctica, a este movimiento.

3.2. LA TRANSFORMACIÓN SERÁ DEMOCRÁTICA O NO SERÁ

Como lo señalan algunos de los capítulos anteriormente presentados, la transformación que se requiere para responder a la emergencia climática precisa de decisiones que solo podrán ser tomadas e implementadas si la ciudadanía impulsa activamente el proceso. Ante la magnitud del desafío que representa la crisis climática, la simple participación o apoyo de los ciudadanos no basta.

57 Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Cambio climático y derechos humanos. Contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2019.

58 GODARD, OLIVIER. *La justice climatique mondiale*, París, La Découverte, 2015.

Su implicación directa en los procesos de deliberación, en torno a las cuestiones ambientales, sociales y económicas que se han convertido en urgentes, es vital⁵⁹. El consenso ciudadano construido sobre la base de la deliberación es, además, el contrapeso más eficaz frente a los poderes económicos y a las fuerzas coyunturales en el escenario político.

Los ciudadanos ya han mostrado en múltiples escenarios su compromiso con la “causa climática” y su disposición para actuar. Sin embargo, se requiere que la información respecto de los riesgos y la importancia de los cambios sea conocida y controlada efectivamente por todos para que la acción ciudadana sea realmente democrática. Esto supone esfuerzos considerables en materia de educación y, en particular, de formación cívica a propósito de la responsabilidad que nos incumbe como seres humanos respecto de nuestros congéneres, presentes y futuros, y de los demás seres que habitan el planeta. El rol de la academia respecto de este desafío es indudable.

La democracia representativa ha demostrado tener límites importantes en relación con la acción climática. Hoy, en parte gracias a la tecnología, los ciudadanos podemos incidir directamente en la toma de muchas decisiones y controlar su implementación. Aunque tal vez sea excesivo aclamar un regreso irrestricto de la democracia directa, la necesidad de reducir el espacio que separa a los tomadores de decisiones de las comunidades es innegable.

Las decisiones adoptadas sin contar con los actores cuyos intereses están en juego o sin aquellos encargados de llevarlas a la práctica están condenadas a la ineficacia, a generar conflictos o a profundizar los existentes. Por ello, es fundamental que las decisiones con un impacto climático considerable, (es decir casi todas las decisiones) sean sometidas a la deliberación pública y que en ella sean efectivamente tenidos en cuenta todos los intereses involucrados, incluso los de las generaciones futuras y la naturaleza⁶⁰. La forma de representación de estos intereses es una cuestión objeto de arduos debates. Sin embargo, en el marco de la prospectiva 2030, parece crucial reflexionar sobre la forma en que estos intereses, así como otros generalmente marginados, pueden y deben ser valorados en el proceso de toma de decisiones con impacto climático.

59 Véase RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO y GÓMEZ, ANDRÉS. “La participación como mecanismo de consenso para la asignación de nuevos derechos”, *Pensamiento Jurídico*, n.º 37, 2013, pp. 71-104.

60 SKILLINGTON, TRACEY. *Climate Change an Intergenerational Justice*, Londres y Nueva York, Routledge, 2019.

La participación y la veeduría ciudadana son elementos esenciales de la gobernanza local y global en materia climática. Todos los esfuerzos tendientes a hacer explícita la relevancia climática de las políticas públicas y de las acciones privadas redundarán en el control ciudadano y, en consecuencia, en su armonización respecto de los objetivos en los cuales se concreta la lucha contra el cambio climático⁶¹. En un ámbito donde la transformación de los hábitos, de consumo especialmente, es tan importante, implicar a los ciudadanos en las decisiones trae evidentes beneficios. Los próximos diez años deberían, en ese sentido, estar marcados por profundos procesos de democracia ambiental tanto a nivel local como global. La responsabilidad del derecho para concebir mecanismos eficaces que logren incluir las preocupaciones ciudadanas, en particular las de las generaciones futuras, en los procesos de decisión política es fundamental de cara a la prospectiva 2030.

3.3. UNA OPORTUNIDAD DE (RE)CONSTRUIR NUESTRA IDENTIDAD

Varias contribuciones incluidas en esta obra resaltan el valor de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y del saber popular en la construcción de respuestas frente a la emergencia climática⁶². Dicho aporte es crucial desde dos puntos de vista. Primero, esta perspectiva lleva a reconocer que ningún saber es absoluto y que, por ende, pese a sus grandes avances, el conocimiento científico no es suficiente para trazar la ruta que debe seguir la humanidad respecto de la crisis climática. Segundo, debido a que esta crisis supone un desafío civilizatorio, la respuesta a ella requiere afrontar cuestiones filosóficas, morales y culturales en torno a la definición de nuestro rol como individuos, como especie y como parte de un todo que llamamos naturaleza. Si bien la obra no pretende abordar estas cuestiones, algunos de los capítulos reivindican el lugar que frente a ellas debe ocupar nuestra identidad como pueblo del Sur Global.

61 En este sentido, es crucial impulsar la pronta ratificación en Colombia y la entrada en vigor a nivel regional del Acuerdo de Escazú sobre el Acceso a la Información, a la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

62 ONU, Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, 19 de enero de 2017, documento A/HRC/34/49, para. 51 ss.

América Latina ha sido precursora del reconocimiento de los derechos de la naturaleza y constituye una región en la que la lucha de los pueblos indígenas ha influido, aunque tal vez no lo suficiente, en la concepción y alcance de múltiples instituciones jurídicas. En estos términos, la prospectiva 2030 incluye un llamado para que el proceso de (re)construcción de nuestra identidad como seres humanos, central dentro de la transformación que impone la emergencia climática, tenga en cuenta los siglos de tradición de los pueblos indígenas que han habitado esta región del mundo. Su relación con la naturaleza, su rol de guardianes frente a ella y su filosofía del *Buen Vivir* son, sin duda alguna, fuentes de sabiduría que, por su cercanía al menos geográfica, no deberíamos ignorar. Tener presente ese saber es una forma de preservar la biodiversidad que en él se manifiesta, entendiendo que la frontera entre la cultura y la naturaleza es una construcción occidental que, como muchas otras, nos conduce a una visión fragmentada de la realidad. Todo esfuerzo por avanzar en una comprensión holística de nuestro mundo redundará necesariamente en su protección.

3.4. EL CLIMA COMO ‘BIEN JURÍDICO’ PREVALENTE

Un rasgo predominante de la mayoría de los capítulos de esta obra es su confianza en el derecho como herramienta de transformación. Si bien algunos reconocen los obstáculos, a veces mayores, que respecto de la transformación de la sociedad generan algunas instituciones jurídicas, prácticamente todos confían en la posibilidad de reformarlas o de encontrar mecanismos jurídicos para responder adecuadamente a la emergencia climática.

Las alternativas o adaptaciones propuestas por los autores tienen un atractivo punto en común: todas buscan incluir, en distintas áreas de la práctica jurídica, al clima como un ‘bien jurídico’ o un ‘interés’ prevalente. Este punto en común se explica en la medida en que, aunque múltiples normas e instituciones internas e internacionales han sido concebidas para preservar el clima del planeta, la realidad demuestra que esta protección es insuficiente. Bien sea porque las normas no son suficientemente ambiciosas, porque son sistemáticamente desconocidas o porque en su aplicación otros intereses terminan primando, el resultado es que la acción climática no se compadece con la gravedad de la emergencia.

Por esta razón, esta obra reflexiona sobre estrategias que buscan convertir al clima en un bien jurídico central en áreas del derecho que en principio podrían parecer desconectadas de las preocupaciones climáticas, como, por

ejemplo, el derecho de la inversión extranjera, el derecho económico internacional, el derecho internacional humanitario o, incluso, las normas en materia de compras públicas.

Los esfuerzos en este sentido reflejan la intención de vincular a través de normas, instituciones y mecanismos jurídicos no solo a los Estados y a todos sus órganos sino también a los particulares, bajo la premisa de que la transformación debe ser pluridimensional.

La prospectiva 2030 nos invita a ahondar en una comprensión novedosa y sumamente valiosa del Derecho de la cual esta obra es una muestra. Ella da cuenta, en efecto, de una lectura crítica de lo jurídico, concebido como un todo o, mejor aún, como parte de un todo, con funciones transversales que van más allá de las ramas y sistemas que lo integran. Desde esta perspectiva, el Derecho es una herramienta más entre muchas otras, una herramienta importante, no cabe duda, pero que, al igual que todas las demás, debe ponerse al servicio de un objetivo fundamental: responder a la emergencia climática. Alcanzar este objetivo supone, de un lado, dejar atrás inútiles divisiones trazadas al interior del saber jurídico y, de otro, emprender un diálogo constructivo, abierto y humilde con otros saberes y disciplinas.

CONCLUSIÓN

Los efectos de nuestro modo de vida en la temperatura del planeta nos han conducido a una crisis sin precedentes, cuyas consecuencias parecen hoy imposibles de detener. Responder a la emergencia climática requiere transformar la forma en que las sociedades humanas se relacionan con la naturaleza de la cual hacen parte. Con este propósito deben ponerse en marcha cambios y ajustes estructurales de diversa índole.

Estos cambios deben producirse, de forma prioritaria, en los sectores responsables de la mayor parte de las emisiones de GEI. Desde hace algunas décadas existen movimientos globales que impulsan la transición hacia un modelo fundado en las energías limpias y en la agroecología. Sin embargo, hoy se requiere un mayor compromiso para que, como parte del conjunto de medidas que están siendo adoptadas para responder a la crisis sanitaria y económica generada por el Covid-19, también se promueva un cambio estructural y definitivo hacia formas de producción y de consumo respetuosas de la naturaleza.

Algunos actores nacionales e internacionales están llamados a desempeñar un papel determinante en la promoción y adopción de esos cambios. Las

empresas deben evitar y remediar las amenazas derivadas del uso irracional de recursos naturales y de las peligrosas emisiones de GEI. Los Estados y las organizaciones internacionales han de profundizar sus esfuerzos para fortalecer y hacer cumplir el marco jurídico internacional diseñado para responder a la emergencia climática. En este contexto, es su deber atender, proteger y responder adecuadamente a la invaluable contribución de otros actores cardinales como los pueblos indígenas, los defensores ambientales y todos los ciudadanos que defienden la causa climática. Con tal propósito, es vital poner a su alcance la información relevante y abrir espacios democráticos de deliberación en los que se tomen en cuenta todos los intereses afectados por la crisis climática, en particular, los de las generaciones futuras y la naturaleza.

Desde el punto de vista jurídico, numerosas iniciativas y estrategias pueden contribuir a impulsar los cambios que se requieren para afrontar la emergencia climática. Todas ellas conciben al clima como un ‘bien jurídico’ que debe ser privilegiado en la toma de decisiones. Algunas tendencias recientes abogan además por el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. En este contexto es importante reconocer las dificultades que pueden presentarse en la implementación de las decisiones adoptadas sin tener en cuenta a los actores afectados, los entornos culturales y los obstáculos económicos. La complejidad se incrementa en países como Colombia, donde la desigualdad extrema y el conflicto armado agudizan la crisis climática. Por esta razón, para enfrentar este fenómeno es esencial perseguir no solo la justicia climática, sino, ante todo, la justicia social.

Este propósito supone, además, avanzar en la (re)construcción de nuestra identidad como seres humanos y guardianes de nuestro entorno. Para ello, es fundamental reconocer el valor de los saberes ancestrales de quienes reivindican una comprensión de la naturaleza como un todo del cual hacemos parte.

Estos y muchos otros desafíos, que deben ser afrontados en el horizonte 2030 respecto de la emergencia climática, hacen parte del propósito de esta obra.

REFERENCIAS

DOCTRINA

ADELMAN, SAM. “The sustainable development goals. Anthropocentrism and Neoliberalism”, en FRENCH, DUNCAN y KOTZÉ, LOUIS (eds.), *Global goals: law, theory and implementation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.

- AKNIN, AUDREY *et al.* “Annexe C. Remarques critiques sur l’intégration de l’environnement dans l’analyse économique”, en MARTIN, JEAN-YVES (dir.), *Développement durable? Doctrines, pratiques, évaluations*, Marsella, IRD Ediciones, 2002, disponible en: <https://books.openedition.org/irdeditions/6801?lang=fr>
- BECK, ULRICH. *The Metamorphosis of the World*, Cambridge, Polity Press, 2016.
- BURGER, M. *et al.* *El estado del litigio en materia de cambio climático - Una revisión global*, Sabin Center for Climate Change Law - Universidad de Columbia y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2017.
- BERMEJO GÓMEZ, ROBERTO. *Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomimesis*, Bilbao, Hegoa, 2014.
- CONWAY, ERIK. *What’s in a Name? Global Warming v. Climate Change*, NASA, 12 de mayo de 2008, disponible en: https://www.nasa.gov/topics/earth/features/climate_by_any_other_name.html
- CULLET, PH. “Human rights and the climate change. Broadening the right to environment”, en CARLARNE, C. R., GRAY, K. R. y TARASOFKY, R. G. (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 495-515.
- DAVID, V. “La lente consécration de la nature, sujet de droit. Le monde est-il enfin Stone?” , *Revue juridique de l’environnement*, vol. 37, n.º 3, 2012, pp. 469-485.
- ESBORRAZ, FABIO. “El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 36, 2016, pp. 93-129.
- ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, CARLOS y PÉREZ FERNÁNDEZ, CAMILO (eds.). *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.
- GODARD, OLIVIER. *La justice climatique mondiale*, París, La Découverte, 2015.
- LENTON, TIMOTHY *et al.* “Climate tipping points – too risky to bet against”, *Nature*, vol. 575, 28 de noviembre de 2019, pp. 494-595.
- LEWIS, B. “The rights of future generations within the post-Paris climate regime”, *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n.º 1, 2018, pp. 69-87.

- LEWIS, B. “Human rights duties towards future generations and the potential for achieving climate justice”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 34, n.º 3, 2016, pp. 206-226.
- MALHOTRA, A. “A commentary on the status of future generations as subject of International Law”, en AGIUS, E.; BUSUTTL, S. *et al.*, *Future generations and International Law*, Nueva York y Londres, Routledge y Taylor & Francis Group, 1998.
- PEEL, J. y OSOFSKY, H. M. “A rights turn in climate change litigation?”, *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n.º 1, 2018, pp. 37-67.
- RIPPLE, WILLIAM *et al.* “World scientist’ warning to humanity: a second notice”, *BioScience*, vol. 67, n.º 2, 2017, pp. 1026-1028, disponible en: <https://academic.oup.com/bioscience/article/67/12/1026/4605229>
- RODHAIN, FLORENCE. “Changer les mots à défaut de soigner les maux? Critique du développement durable”, *Revue française de gestion*, Lavoisier, 2007, pp. 203-209.
- RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO y GÓMEZ, ANDRÉS. “La participación como mecanismo de consenso para la asignación de nuevos derechos”, *Pensamiento Jurídico*, n.º 37, 2013, pp. 71-104.
- SKILLINGTON, TRACEY. *Climate Change an Intergenerational Justice*, Londres y Nueva York, Routledge, 2019.
- SPASH, CLIVE. “This changes nothing: the Paris Agreement to ignore reality”, en CONCA, KEN y DABELKO, GEOFFREY, *Green Planet Blues. Critical perspectives on global environmental politics*, 6.ª ed., Nueva York y London, Routledge, 2020, pp. 196-211; publicado originalmente en *Globalizations*, vol. 13 n.º 6, 2016, pp. 928-993.
- Varvastian, S. “Climate change litigation, liability and global climate governance. Can judicial policy-making become a game-changer?”, en Berlin Conference “Transformative Global Climate Governance après Paris”, 2016.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, aprobado el 22 de marzo de 1989, en vigor desde el 5 de mayo de 1992.
- Convenio de Róterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto

de Comercio Internacional, aprobado el 10 de septiembre de 1998, en vigor desde el 24 de febrero de 2004.

Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes, adoptado el 22 de mayo de 2001, en vigor desde el 17 de mayo de 2004.

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, a la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, aprobado el 27 de septiembre de 2018, aún no entrado en vigor.

DOCUMENTOS OFICIALES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Banco Mundial. “World Development Report 2010: Development and Climate Change”, disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/4387>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Cambio climático y derechos humanos. Contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2019.

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. *Primer informe. Resumen general*, 1990, disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/ipcc_90_92_assessments_far_full_report_sp.pdf

ONU, Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, 19 de enero de 2017, documento A/HRC/34/49.

ONU, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. *Climate Change Annual Report 2018*.

ONU, Asamblea General. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, aprobada el 25 de septiembre de 2015, Documento A/RES/70.

ONU, Comité de Derechos Humanos, ALSTON, PHILIPPE. *Informe del Relator Especial sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos. Cambio climático y pobreza*, Documento A/HRC/41/39, 25 de junio de 2019.

ONU, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). *Informe sobre la disparidad en las emisiones de 2018. Resumen*.

ONU, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). *Informe sobre la disparidad en las emisiones 2019. Resumen*, Nairobi, 2019.

ONU, Panel Interdisciplinario sobre el Cambio Climático. *Informe especial. Calentamiento global de 1.5 °C*, 2018.

UNESCO. *The ethical implications of global climate change. Report by the World Commission on the Ethics of Scientific and Technology (COMEST)*, París, 2010, disponible en: https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000188198&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_b7cfaad5-89ec-443d-a11f-da13fc80b2d9%3F_%3D188198eng.pdf&locale=fr&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000188198/PDF/188198eng.pdf#%5B%07B%22num%22%3A92%02C%22gen%22%3A0%07D%02C%07B%22name%22%3A%22XYZ%22%07D%02Cnull%02Cnull%02C%05D

Unión Europea, Parlamento Europeo. Resolución del 28 de noviembre de 2019, (2019/2930(RSP)), disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0078_FR.html

Unión Europea, Comisión Europea. El Pacto Verde Europeo. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, Bruselas, 11 de diciembre de 2019, COM (2019) 640 final, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>

INSTRUMENTOS NACIONALES

Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Plan Nacional de Compras Públicas Sostenibles (2016-2020)*, 2017, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/compras_p%C3%BAblicas/Plan_de_Accion_Nacional_de_Compras_Publicas_Sostenibles_2016-2020.pdf

Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Política Nacional de Cambio Climático*, 2017, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/cambio-climatico/pdf/Política_Nacional_de_Cambio_Climatico_-_PNCC_-_PNCC_Políticas_Publicas_LIBRO_Final_Web_01.pdf

JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de tutela, 5 de abril de 2018, rad. 11001-22-03-000-2018-00319-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

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

Colombia. Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. Caso n.º 002, Auto n.º 004 de 2018, 10 de julio de 2018.

Países Bajos. Supreme Court of the Netherlands, Civil Division. *The State of Netherlands (claimant in cassation) v. Urgenda (respondent in cassation)*, 20 December 2019, case n.º 19/00135.

ANÁLISIS PERIODÍSTICOS Y NOTAS DE PRENSA

BBC. “A brief history of climate change”, en *Science & Environment*, 20 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.bbc.com/news/science-environment-15874560> (consultado el 17 de mayo de 2020).

CARRINGTON, DAMIAN. “Why The Guardian is changing the language it uses about environment”, en *The Guardian*, 17 de mayo de 2019, disponible en: <https://www.theguardian.com/environment/2019/may/17/why-the-guardian-is-changing-the-language-it-uses-about-the-environment> (consultado el 17 de mayo de 2020).

The Guardian. “Guardian and Observer style guide: C”, disponible en: <https://www.theguardian.com/guardian-observer-style-guide-c> (consultado el 18 de mayo de 2020).

ZHOU, NAAMAN. “Oxford Dictionaries declares ‘climate emergency’ the word of 2019”, en *The Guardian*, 21 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.theguardian.com/environment/2019/nov/21/oxford-dictionaries-declares-climate-emergency-the-word-of-2019> (consultado el 17 de mayo de 2020).

BURANYI, STEPHEN. “Climate action under duress: how Dutch were forced into emissions cuts”, en *The Guardian*, 4 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.theguardian.com/environment/2020/may/04/climate-action-under-duress-how-dutch-were-forced-into-emissions-cuts> (consultado el 17 de mayo de 2020).

FARAND, CHLOE. “‘Climate emergency’: how extinction rebellion’s language of urgency is shaping the political agenda”, en UK Desmog Series, 1.º de mayo de 2019, disponible en: <https://www.desmog.co.uk/2019/05/01/climate-emergency-extinction-rebellion-language-urgency-parliament-labour-motion-ccc-net-zero> (consultado el 17 de mayo de 2020).

PRIMERA PARTE
SECTORES DE LA TRANSFORMACIÓN

HENRY JIMÉNEZ GUANIPA*

CAPÍTULO I

*Covid-19 y crisis climática como catalizadores
de la Gran Transición Global*

Covid-19 and Climate Crisis as Catalysts of the Great Global Transition

RESUMEN

El presente artículo, contextualizado en los 4 procesos de transición energética y en las 4 revoluciones industriales acaecidas desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta la actualidad, examina cómo el Covid-19 y la crisis climática, convertidos en las dos peores amenazas contra la estabilidad del sistema climático y la sobrevivencia de todos los seres vivos en el planeta, tienen al mismo tiempo el potencial de actuar como agentes catalizadores de una “Gran Transición Global”, que pueda conducir a la actual sociedad a una más sostenible basada en fuentes de energías renovables y en las nuevas tecnologías que encarnan la industria 4.0.

Palabras clave: Covid-19, cambio climático, crisis climática, revolución industrial, transición energética, energía fósil, energías renovables, industria 4.0.

ABSTRACT

This article is embedded in the context of the 4 energy transition processes and the 4 industrial revolutions that have occurred from the second half of the 18th century to the present. It examines how Covid-19 and the climate crisis have become the two worst threats to both the stability of the climate system and the survival of all living beings on the planet. At the same time, they have the potential to act as catalysts for a Great Global Transition which can lead today's society to a more sustainable one based on renewable energy sources and on the new technologies related to industry 4.0.

Keywords: Covid-19, climate change, climate crisis, industrial revolution, energy transition, fossil energy, renewable energy, industry 4.0.

* Profesor y coordinador de diversos programas y seminarios internacionales sobre cambio climático, energía y derechos humanos. Doctor en Derecho por la Universidad Ruhr-Bochum y máster en Derecho (LL.M) por la Universidad de Heidelberg. Investigador visitante del IBE (Uni-Bochum) y del MPIL-Heidelberg. Consultor sénior en proyectos sobre eficiencia energética. Miembro de la firma de abogados WIRTH. Contacto: hjimenezj@gmail.com ORCID: 0000-0001-5974-1549.

INTRODUCCIÓN

El Covid-19, detectado por primera vez en China en diciembre de 2019^[1] y convertido en pandemia un par de meses después², ya es, junto a la crisis climática, una de las peores amenazas que ha enfrentado la humanidad en la historia moderna. A medida que se extienden sus efectos, más nos acercamos a la necesidad de un cambio trascendental como sociedad. La economía local, nacional, regional y global sufre su peor shock desde la Gran Depresión³. Millones de personas se sumarán a los cinturones de miseria y pobreza que la comunidad internacional se había planteado reducir a través de la Agenda 2030. En este escenario contamos con la resiliencia como el arma más potente de que lo seres humanos y la propia naturaleza disponen para reinventarse. ¿Estamos en una encrucijada o en el final del camino? Sin duda lo primero, solo que el giro que demos nos llevará por una travesía de cambios tan profundos que no fue posible imaginarlos al inicio de este nuevo siglo. Transformaciones, innovaciones, transiciones y revoluciones continuarán siendo los procesos más recurrentes de la navegación humana.

Las dos amenazas, el Covid-19 y la crisis climática, serán abordadas en este trabajo como agentes catalizadores de la Gran Transición Global y, dentro de ella, también se tratará de procesos como la Cuarta Transición Energética (4TE), la Tercera (3RI) y la Cuarta Revolución Industrial (4RI). La propuesta es la de auscultar el potencial de aceleramiento de esos procesos a través de los efectos que tendrán en la sociedad el Covid-19 y la crisis climática, y determinar cómo algunos podrían servir de instrumentos u oportunidades para el progreso de la humanidad, y en particular para el combate de la pobreza, más allá del dolor y la destrucción que están causando en todo el mundo. Para ello he dividido el texto en cuatro partes, utilizando como metodología

-
- 1 Véase Organización Mundial de la Salud, OMS. *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (Covid-19)*, disponible en: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
 - 2 Véase OMS. Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la Covid-19 celebrada el 11 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>
 - 3 Véase FMI. *Afrontar la crisis: prioridades para la economía mundial*, Washington, D.C., 9 de abril de 2020, disponible en: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2020/04/07/spo40920-SMs2020-Curtain-Raiser>

de investigación el análisis de fuentes bibliográficas, documentales, estudios científicos, y comparando dichas fuentes para obtener los mejores resultados posibles. En la primera parte, haré una revisión teórica sobre lo que diferentes autores han definido como transición global, gran transición, transiciones energéticas y revoluciones industriales. En la segunda parte, analizaré cómo se relacionan e interactúan la crisis climática y el Covid-19. En la tercera parte haré un análisis histórico para destacar cómo las pandemias han tenido un impacto importante en eventos que han conducido a importantes transiciones: sociales, económicas y de otro orden, y en ese sentido, qué podría esperarse en la era pos-Covid-19. En la cuarta parte destacaré cómo el Covid-19 y la crisis climática cuentan con el potencial de impulsar innovaciones fundamentales que servirán de catalizadores de la Gran Transición Global que se espera ocurra en los próximos años.

I. GRAN TRANSICIÓN GLOBAL

Como explica Popper, el curso de la historia no se encuentra claramente organizado en transiciones idealizadas. De hecho, este entiende la historia como un proceso complejo condicionado por factores locales específicos, el azar y la volición. Utiliza un factor de diez entre eras sucesivas, para ilustrar la rapidez y magnitud de los cambios leídos en clave de evolución. En este sentido y para darle espacio y tiempo, hace una partición retrotraída a la Edad de Piedra extendida a lo largo de 100.000 años, la civilización temprana con cerca de 10.000 años, la Edad Moderna con unos 1.000 años y la transición a la fase planetaria que deberá producirse en unos 100 años. En definitiva, se decanta por dos mega transiciones previas: de la Edad de Piedra hasta la civilización temprana, y desde la civilización temprana hasta la Edad Moderna durante el último milenio, y la actual, la tercera, hacia lo que denomina la fase planetaria de la civilización, con implicaciones no menos profundas, como la aparición de la agricultura sedentaria o el sistema industrial⁴.

El uso del término “Gran Transición Global”, enmarcado en la idea de una transformación de grandes dimensiones, podría atribuírsele a Kenneth E. Boulding en su libro *El significado del siglo XX, la gran transición*, donde

4 RASKIN, PAUL *et al.* *La Gran Transición: la promesa y la atracción del futuro*, trad. de *The Great Transition. The Promise and Lure of the Times Ahead*, CEPAL, traducido con autorización del Stockholm Environment Institute, 2006, pp. 9-14.

al autor destaca que el siglo XX marca el momento en que la Revolución Industrial impulsa lo que él denomina la segunda gran transición en el estilo de vida de los humanos, extendido más allá de los “países desarrollados” a casi todas las naciones del mundo. Para él, la Revolución Industrial cambió de modo extraordinario el tipo y la forma de producir bienes esenciales, que a su vez cambiaron radicalmente el estilo de vida en la sociedad. Señala de modo particular al transporte y los nuevos medios de comunicación que transformaron la cosmovisión respecto de las distancias y el tiempo con la introducción de bicicletas, trenes, aviones, automóviles, aviones a reacción, telegramas, teléfonos, radios, cine, televisión, entre otros⁵.

Gilberto Gallopin, Al Hammond, Paul Raskin y Rob Swart, en *Branch Points: Global Scenarios and Human Choice*, coinciden en que:

La Gran Transición explora soluciones visionarias para el desafío de la sostenibilidad, incluidos nuevos arreglos socioeconómicos y cambios fundamentales en los valores, escenarios que representan el paso a una sociedad que preserva los sistemas naturales, proporciona altos niveles de bienestar a través de la suficiencia material y la distribución equitativa, y disfruta de un fuerte sentido de solidaridad social⁶.

Los mismos autores, junto con Gallopin *et al.*, en *Bending the Curve: Toward Global Sustainability* examinan las posibilidades de desarrollo sostenible que ejercen presión para lograr cambios importantes dentro de un contexto de *mundos convencionales*, partiendo de que el cambio hacia formas de desarrollo más sostenibles debe al menos comenzar en ese nivel, sin descartar que se necesitan cambios sociales más fundamentales para completar la transición hacia una sociedad global sostenible. Los autores, en una publicación anterior, habían estructurado tres escenarios arquetípicos del futuro: mundos convencionales, barbarización y grandes transiciones, explicando que “mundos convencionales supone que las tendencias actuales se desarrollan sin grandes discontinuidades y sorpresas en la evolución de las instituciones, los sistemas ambientales y los valores humanos. En los escenarios de barbarización, se

5 BOULDING, K. E. *El significado del siglo XX: la Gran Transición*, 1966, pp. 12-35.

6 La Gran Transición, como término, es utilizado por *The Great Transition Initiative* (véase: <https://greattransition.org/>) y su predecesor, el *Global Scenario Group* (GSG) (véase: https://greattransition.org/documents/Great_Transition.pdf) para describir una visión de un futuro global justo y sostenible.

produce un cambio social fundamental, pero no es bienvenido, lo que genera una gran miseria humana y el colapso de las normas civilizadas y finalmente, las Grandes Transiciones que representan una transformación social fundamental, pero se plantea una nueva etapa posiblemente más elevada de la civilización humana”⁷.

Popper, en el libro *La Gran Transición: la promesa y la atracción del futuro*⁸, da un paso más y afirma que “la transición global ha comenzado: una sociedad planetaria se irá configurando durante las próximas décadas. Pero su desenlace es incierto. Las tendencias actuales determinan la dirección al comenzar el viaje, pero no su destino. Según cómo se resuelvan los conflictos sociales y del medio ambiente, el desarrollo global puede bifurcarse en caminos dramáticamente diferentes”⁹.

Por su parte, José Ramón Portillo, en su libro *La Gran Transición*, construye un potente discurso que relaciona la noción de desarrollo sostenible y el futuro de la humanidad con el creciente impacto de las tecnologías exponenciales que encarnan la cuarta Revolución Industrial. En esa línea, destaca lo positivo de ciertas soluciones encontradas para satisfacer necesidades y expectativas crecientes sin dañar la biosfera, y en particular menciona las formas de reciclar recursos naturales no renovables, las fuentes de energía renovables, el rescate de plantas y animales en peligro de extinción; pero sobre todo, conmina a aprovechar el potencial de las tecnologías exponenciales en beneficio de toda la humanidad, como esfuerzo colectivo para la gran transición¹⁰.

Barroso, a su turno, anuncia una nueva etapa como consecuencia de la fusión en curso entre tecnología de la información y biotecnología, en la cual se vislumbra la integración entre lo físico y lo virtual, entre lo humano y lo mecánico. La selección natural será sustituida por el diseño inteligente (*intelligent design*), de acuerdo con la definición de Harari: será un mundo de promesas, desafíos y nuevos riesgos¹¹.

7 RASKIN *et al.* *La Gran Transición*, cit., p. 20.

8 *Ibíd.*, p. 9.

9 *Ibíd.*

10 Para más detalles véase PORTILLO, JOSÉ RAMÓN. “1. El presente es muy distinto del pasado”, en *La Gran Transición: retos y oportunidades del cambio tecnológico exponencial*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 10-30.

11 Para más detalles, véase BARROSO, LUÍS ROBERTO. “La Revolución Tecnológica, crisis de la democracia y cambio climático: un mundo en transformación y los límites al derecho”, en

I. I. LAS DOS PRIMERAS TRANSICIONES ENERGÉTICAS Y REVOLUCIONES INDUSTRIALES

Vaclav Smil, en su libro sobre la transición energética, *Energy transitions: global and national perspectives*¹², ofrece un análisis exhaustivo dirigido a comprender los efectos de las transiciones energéticas en la evolución y el desarrollo de las sociedades, desde sus primeras formas hasta la actualidad, cuando la supremacía de los combustibles fósiles en la generación y consumo de energía parece imbatible.

Smil denomina “Gran Transición” el paso de la biomasa a los combustibles fósiles. En esta etapa señala el dominio del carbón en la generación de electricidad y del petróleo en el transporte. También se refiere a una transición energética que transcurre entre la introducción de un nuevo combustible o motor principal” y su aumento hasta el 25% de la cuota de mercado nacional o mundial¹³.

En este contexto es posible imaginar el extraordinario y trascendental impacto que tuvo el carbón cuando pudo probarse su poder energético, lo que condujo a superar la hegemonía de la biomasa. El nuevo recurso fósil asumió un papel fundamental como catalizador de una transformación sin precedentes que hizo emerger dos revoluciones industriales: la Primera (1RI), entre 1760-1780, y la Segunda (2RI), a partir de 1860. Ningún combustible antes que el carbón fue capaz de impulsar cambios tan sorprendentes.

Pero, como bien lo apunta Popper, mencionado *supra*, el curso de la historia no se encuentra claramente organizado en transiciones idealizadas, y ese curso ha podido haber girado en otra dirección, si Augustin Mouchot hubiera logrado imponer su cocina y motor solar, construidos en 1860 y 1866 respectivamente. Con este último invento obtuvo muchos reconocimientos, entre ellos el de la Exposición Universal de 1878^[14]. Irónicamente uno de los propósitos de Mouchot era encontrar una fuente de energía alternativa ante el agotamiento de las minas de carbón. Su sueño se vio frustrado ante la caída de los precios del carbón, que desincentivó las posibilidades de encontrar

JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY y LUNA, MARISOL. *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*, 2020, p. 64.

¹² Véase SMIL, VACLAV. *Energy and Civilization: a History*, MIT Press, 2017, caps. 5 y 6.

¹³ Véase *ibíd.*, pp. 136-141.

¹⁴ Véase GORDON, JEFFREY. *Energía solar*, International Solar Energy Society, p. 598.

inversionistas¹⁵. Por otro lado, el poco interés que despertaron estudios científicos como el de Svante Arrhenius de abril de 1896, en el que ya advertía sobre los efectos negativos del uso del carbón en la atmósfera, dejaron el camino libre a este gigante de los fósiles¹⁶.

De este modo el carbón se fue convirtiendo en el combustible indispensable para la máquina de vapor, a la postre la tecnología más avanzada de la época, que abrió las puertas a la construcción del ferrocarril e hizo posible el comercio internacional a través del funcionamiento de los motores para barcos, transformado la energía térmica en energía mecánica¹⁷.

Hasta ese momento, los movimientos mecánicos: girar, tirar y empujar, solo eran posibles mediante el uso directo de humanos y animales o mediante el uso de las limitadas tecnologías disponibles para aprovechar la fuerza del agua y el viento, de manera que el carbón y la energía producida por el vapor de agua marcaron el inicio de una sociedad que mejoró la vida de millones de personas en el mundo¹⁸.

El carbón acaparó la generación de electricidad, desplazando la quema de madera y el uso de carbón vegetal para la cocción de alimentos y la calefacción¹⁹. En la 1RI las personas se alejaron sistemáticamente de los animales en los procesos en que ambos eran fuentes de energía; y en la 2RI, las máquinas recién creadas alejaron a los trabajadores y trabajadoras de los procesos de producción que antes eran manuales. Si la 1RI marcó el comienzo de la producción mecánica, la 2RI hizo posible la producción en masa, fomentada por el advenimiento de la electricidad y la cadena de montaje.

Las nuevas tecnologías aprovecharon los avances de sus antecesoras para crecer y mejorar su eficacia. No obstante, todavía la 2RI no ha sido plenamente

15 Ibid.

16 SVANTE, ARRHENIUS. "On the influence of carbonic acid in the air upon the temperature of the ground", *The London, Edinburgh, and Dublin Philosophical Magazine and Journal of Science*, 1896, pp. 237-276.

17 SMIL. *Energy and civilization*, cit., caps. 5 y 6.

18 Ibid.

19 Véase SOVACOO, BENJAMIN K. "How long will it take? Conceptualizing the temporal dynamics of energy transitions", en *Energy Research & Social Science*, 2016, p. 210, disponible en: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2214629615300827?token=4B45570D1C757944191C422701749961C321D00974C2A5543EE965AFA3358309445339BE58B6087CFF8193290C6DC26B>

experimentada por al menos el 11% de la población mundial, pues casi 900 millones de personas carecen de acceso a la electricidad²⁰.

En la Segunda Transición Energética (2TE) el petróleo desplazó al carbón y se posicionó como el recurso energético fósil preferido de los nuevos motores para autos y aviones, dejando al carbón en segundo lugar²¹. Sin embargo, hay que destacar que el petróleo nunca llegó a suministrar tanta energía, en términos porcentuales, como el carbón, que hasta la mitad del siglo XX satisfizo cerca del 70% de las necesidades energéticas. Ello no impidió que el petróleo y sus derivados alcanzaran un poder energético mucho mayor que el carbón, hasta el punto de convertirse en imprescindibles. Prácticamente todo el desarrollo moderno gira a su alrededor. Sus usos incluyen la combustión para el transporte terrestre y aéreo (gasolinas, diésel) y la iluminación, el empleo en innumerables productos: como el amoníaco –para obtener fertilizantes para el sector agrícola–, lubricantes, plástico, llantas para vehículos, productos farmacéuticos, colorantes, detergentes, desodorantes, tintas, cuerdas de guitarra, almohadas, etc.

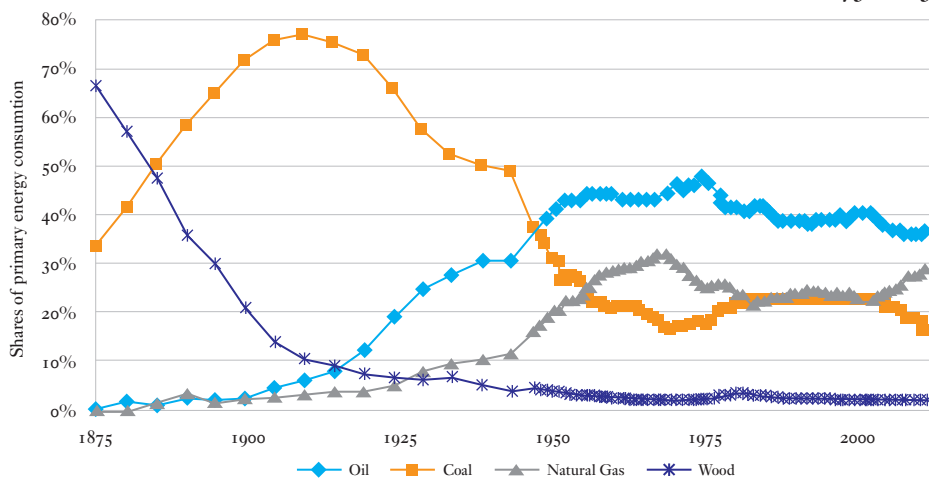
La Tercera Transición Energética (3TE), propulsada por la entrada en escena del gas natural, comienza a manifestarse poco tiempo después del inicio de la segunda. A lo largo del siglo XIX su utilización permaneció localizada debido a la dificultad de trasladarlo a grandes distancias. Esta fue la principal razón de su incorporación tardía al desarrollo industrial, a diferencia del carbón y del petróleo. Teniendo en cuenta la temprana utilización del gas natural en Estados Unidos, podríamos afirmar que allí la 3TE se solapa con la 2TE desplazando, junto al petróleo, al carbón, como puede apreciarse en la gráfica 1.

En todo caso, el gas natural encarna la 3TE, conquista espacios ganados por el carbón y el petróleo y permite cubrir nuevas necesidades energéticas. Cuando el gas natural venció la limitante para ser transportado, su presencia se incrementó exponencialmente en la matriz energética mundial. A partir de entonces, hablamos de las décadas de 1960 y 1970, comenzó a competir en la generación de electricidad donde el carbón se había posicionado, y luego en terrenos exclusivos de productos derivados del petróleo, como las gasolinas

20 Véase International Renewable Energy Agency. *More people have access to electricity, but world is falling short of sustainable energy goals*, 2019, disponible en: <https://www.irena.org/newsroom/pressreleases/2019/may/more-people-have-access-to-electricity-than-ever-before>

21 Véase ROBERTS, PAUL. *The end of oil: on the edge of a perilous new world*, Houghton Mifflin Company, 2005, p. 271.

GRÁFICA I. CONSUMO DE ENERGÍA PRIMARIA EN ESTADOS UNIDOS - 1875-2015



Fuente: US Energy Information Administration (EIA) (2012) y US EIA Open Data. Tomado de Reda Cherif, Fuad Hasanov y Aditya Pande Riding, *The energy transition: Oil beyond 2040*, 2017, disponible en: <https://voxeu.org/article/riding-energy-transition-oil-beyond-2040>

y el diésel, sirviendo de combustible para autos ligeros y buses de transporte público. Entró además al mundo residencial, para la calefacción y la cocción de alimentos, donde el gas licuado de petróleo y el querosén acaparaban el mercado. En el sector petroquímico e industrial se ha ganado un sitio indiscutible, como materia prima para la fabricación de plásticos, cosméticos, insecticidas, detergentes, tejidos acrílicos, fibras sintéticas, resinas, pinturas, fibras textiles, etc.²² Por otro lado, el gas natural es, de los tres energéticos fósiles, el que tiene menor impacto medioambiental, tanto en la etapa de extracción, elaboración y transporte como en la fase de utilización²³. Por esta razón logró un gran impulso, llegando a considerarse como el energético de la transición y extendiéndose por todo el mundo.

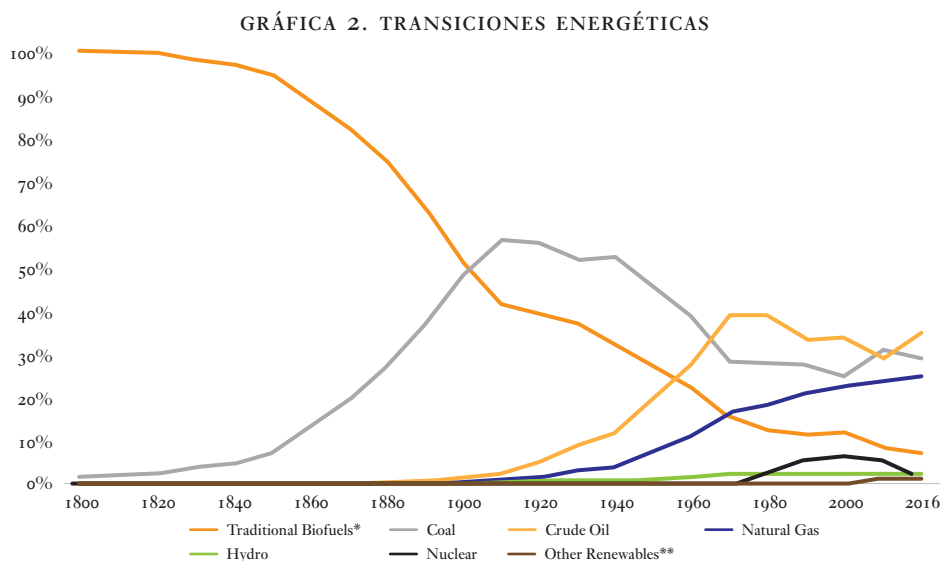
El gas natural se fue abriendo paso y es sin duda uno de los productos de mayor lujo que se alzó con fuerza a partir del shock petrolero de los años setenta y ochenta. De hecho, la Unión Europea, luego de evaluar las dramáticas consecuencias de esas crisis petroleras, sin pérdida de tiempo, promovió

22 Véase UFG, Unión Fenosa Gas. “La industria petroquímica y el gas natural”, *Newsletter UFG*, enero de 2020, disponible en: <https://www.unionfenosagas.com/es/Newsletter/NoticiaNewsletter/industria-petroquimica-gas-natural?p=ENERO2020>

23 Véase *El gas natural*, disponible en: <https://energia.gob.es/gas/Gas/Paginas/gasnatural.aspx>

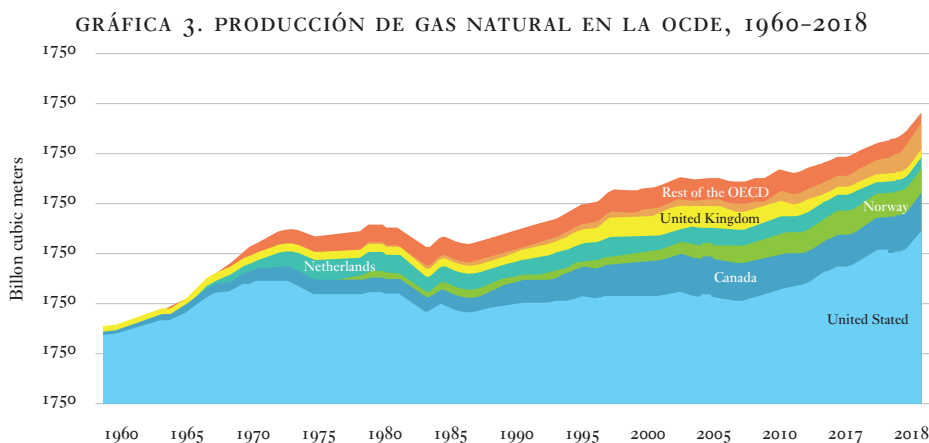
sensacionales cambios regulatorios que condujeron a una apertura sin precedentes para derribar los monopolios y construir un mercado único de la energía basado en el libre tránsito de la electricidad y el gas natural. En la gráfica 2 pueden apreciarse claramente las tres transiciones energéticas y el momento de crecimiento y desarrollo del carbón, el petróleo y el gas natural²⁴. En la gráfica 3 se observa el desarrollo del gas natural en los países de la OCDE y en Estados Unidos, entre 1960 y 2018.

El fin de la era del gas podría no estar tan cerca como lo desearían las fuerzas que abogan por la transición hacia las fuentes de energía renovables. Sus atributos como combustible menos contaminante que sus parientes cercanos, el carbón y el petróleo, además de los enormes yacimientos existentes, avalan muchos de los megaproyectos que se han desarrollado en los últimos 50 años y de otros en fase de planificación o en plena construcción. Para 2014 ya había un estimado de 3.5 millones de kilómetros de tuberías que se extendían



Fuente: VACLAV, SMIL. *Energy Transitions: Global and National Perspectives*, 2017, citado por NAKHLE, CAROLE, *The Power of Markets in Driving the Energy Transition*, 2018, [en línea], disponible en: <https://www.crystolenergy.com/the-power-of-markets-in-driving-the-energy-transition/>

24 Véase VACLAV, SMIL. *Energy Transitions: Global and National Perspectives*, 2017, citado por NAKHLE, CAROLE, *The Power of Markets in Driving the Energy Transition*, [en línea], 2018, Disponible en: <https://www.crystolenergy.com/the-power-of-markets-in-driving-the-energy-transition/>



Fuente: Agencia Internacional de la Energía, disponible en: <https://www.iea.org/data-and-statistics/charts/natural-gas-production-in-the-oecd-1960-2018>

abarcando continentes, cruzando fronteras internacionales e incluso viajando bajo los océanos²⁵. Un ejemplo es el *Nord Stream 1*, construido por un consorcio alemán-ruso e inaugurado en noviembre de 2011^[26], y el *Nord Stream 2*, aún en fase de construcción; ambos ramales tienen una longitud de cerca de 2.400 kilómetros y transportarán de ida y vuelta, desde Rusia hasta Alemania, cerca de 55.000 millones de metros cúbicos de gas por año, un volumen suficiente para abastecer a 26 millones de hogares²⁷. Según se lee en la página web oficial del proyecto *Nord Stream 2*, dado que se prevé que la producción nacional de gas en Europa se reduzca a la mitad en los próximos 20 años, el sistema de ductos ayudará al Viejo Continente a satisfacer sus necesidades energéticas, pero además, por ser menos contaminante, representa la opción elegida para el funcionamiento de las plantas térmicas de generación de electricidad que utilizan carbón, proporcionando respaldo para las fuentes de energía renovables intermitentes, como la energía eólica y la solar. Estos proyectos reafirman que el gas es el recurso energético de la 3TE²⁸.

25 Véase *Profiling the world's major oil and gas pipeline projects. Oil & gas mid stream pipeline*, NS Energy Staff Writer, 31 de octubre de 2019, disponible en: <https://www.nsenegybusiness.com/features/worlds-major-oil-and-gas-pipelines/>

26 Véase *Newsletter über die Erdgaspipeline durch die ostsee*, Ausgabe 20, noviembre de 2011.

27 Véase WINTERSHALL, *Einblicke 2011*, Basf, disponible en: <http://www.wintershall.com>

28 Véase *Environmental Monitoring of Nord Stream 2 Construction in Russia* (consultado el 8 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.nord-stream2.com/en/pdf/document/389/>

Sin embargo, como bien lo afirman Akos Losz y Jonathan Elkind, del Center on Global Energy Policy de Columbia University, las credenciales del gas como combustible de transición podrían verse socavadas si no se atienden las fugas de emisiones de metano que se producen a lo largo de la cadena de suministro. A largo plazo, el imperativo de eliminar la mayoría de las emisiones de GEI relacionadas con los combustibles fósiles podría representar un gran desafío para el negocio del gas. Una opción, según los autores, consiste en profundizar en la idea de “ecologizar” el gas natural para conciliar la visión de un sistema energético descarbonizado con proyecciones de consumo continuo del combustible, usando más biometano de fuentes orgánicas o mezclando hidrógeno, producido a partir del agua mediante el uso de electricidad renovable (hidrógeno verde) o de gas natural combinado con hidrógeno azul, en redes de gas natural existentes. Sin embargo, ninguna de estas vías es particularmente fácil desde el punto de vista de la economía energética, y de ninguna manera se garantiza que tengan éxito²⁹.

I. 2. TERCERA Y/O CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: ¿DÓNDE ESTAMOS?

Jeremy Rifkin, economista, sociólogo y escritor norteamericano, y Klaus Schwab, economista, empresario alemán y fundador del Foro Económico Mundial, han planteado un debate sobre el inicio de la 3RI y 4RI. Mientras Rifkin está convencido de que la tercera no ha terminado, Schwab piensa que ya estamos en la cuarta. No obstante, ambos coinciden en que la llegada de la tecnología digital a la sociedad, durante el último medio siglo, ha creado una dinámica a través de redes interconectadas que han modificado sustancialmente el modo tradicional en que se venían gestionando la economía, la industria, los vínculos sociales e incluso la política. Con lo cual no parece que exista discrepancia en cuanto a que la digitalización se ha posicionado como el sello distintivo que caracteriza los nuevos tiempos industriales.

Para Rifkin, una nueva etapa está evolucionando con la maduración de la digitalización y el Internet de las Cosas, sin que aun haya alcanzado todo su potencial. Por ello estima que es demasiado pronto para pensar que ha terminado, como lo sugiere Schwab.

29 Véase LOSZ, AKOS y ELKIND, JONATHAN. *The Role of Natural Gas in the Energy Transition*, [en línea], Center on Global Energy Policy, Columbia University, 24 de septiembre de 2019, disponible en: <https://energypolicy.columbia.edu/research/commentary/role-natural-gas-energy-transition>

I.2.1. APOYO DEL PARLAMENTO EUROPEO A LA TERCERA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Alineado con las ideas de Rifkin, el Parlamento Europeo, en 2007^[30], hizo una “Declaración por escrito sobre el establecimiento de una economía verde basada en el hidrógeno y una tercera revolución industrial en Europa, mediante una asociación con las regiones, las ciudades, las PYME y las organizaciones de la sociedad civil interesadas”³¹.

En dicha declaración el Parlamento solicitó a las instituciones de la Unión Europea: un incremento del 20% de la eficiencia energética para 2020; la reducción en un 30% para 2020 de los GEI; la producción para 2020 del 33% de la electricidad de fuentes renovables, y del 25% de la energía total a partir de fuentes de energía renovables; el establecimiento de tecnologías de almacenamiento mediante pilas de combustible de hidrógeno para usos portátiles, estáticos y de transporte; poner a punto para 2025 una infraestructura descentralizada ascendente para el hidrógeno en todos los Estados miembros de la Unión; hacer que, para 2025, las redes de energía sean inteligentes e independientes, de manera que las regiones, las ciudades, las PYME y los ciudadanos puedan producir y compartir la energía con el mismo acceso abierto que existe actualmente con Internet.

La propuesta del Parlamento Europeo recoge en gran parte el pensamiento de Rifkin³², que se fundamenta en cinco pilares³³: 1) transición hacia las energías renovables; 2) transformación del parque de edificios de cada continente en micro centrales eléctricas que recojan y aprovechen *in situ* las energías renovables; 3) despliegue de la tecnología del hidrógeno y de otros sistemas de almacenaje energético en todos los edificios y a lo largo y ancho de la red de infraestructuras para acumular energías renovables; 4) uso de la

30 Véase LASTRA, JOSÉ MANUEL y RIFKIN, JEREMY. “La Tercera Revolución Industrial”, *Bol. Mex. Der. Comp.*, vol. 50, n.º 150, México, 2017, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000301457

31 Parlamento Europeo. Declaración por escrito del 12.2.2007, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+WDECL+P6-DCL-20070016+0+DOC+PDF+Vo//ES&language=ES>

32 Véase RIFKIN, JEREMY. *La Tercera Revolución Industrial: cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*, Barcelona, Paidós, 2011, p. 397.

33 Véase *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, n.º 150, 2017, pp. 1457-1462.

tecnología de Internet, para transformar la red eléctrica de cada continente en una inter-red de energía compartida, que funcione exactamente igual que Internet, y 5) transición de la actual flota de transportes hacia vehículos de motor eléctrico, con alimentación de red. Además, cuestiona de modo determinante a los combustibles fósiles, admitiendo que moldearon el modo de vida industrial desde el siglo XIX, pero que ineludiblemente se encuentran en un proceso a la inversa. Según él, las tecnologías creadas y alimentadas con esas fuentes de energía son anticuadas, con una infraestructura obsoleta, resultando de ello el incremento del desempleo y el declive de los niveles de vida que descienden vertiginosamente³⁴.

El ideal de Rifkin, que compartimos, hace depender la Tercera Revolución Industrial del destino de las energías renovables. Mientras más rápido se cristalicen esos cambios, más rápido veremos los resultados en un entorno estable desde el punto de vista climático. Pero además, en la medida que las nuevas tecnologías y la digitalización avancen, la calidad de vida también lo hará.

En su libro *La Tercera Revolución Industrial*³⁵ y en las decenas de conferencias que ofrece alrededor del mundo, Rifkin insiste en que la “la tecnología de Internet y las energías renovables están a punto de fundirse para crear una potente nueva infraestructura para una Tercera Revolución Industrial que cambiará el mundo en el siglo XXI”. Defiende el autor la idea de que en los próximos años veremos a cientos de millones de personas produciendo su propia energía no contaminante en sus hogares, oficinas y fábricas, y que la compartirán unos con otros en un “Internet de la energía”³⁶, al igual que ahora generamos y compartimos información en línea, según una modalidad que ha comenzado en la Unión Europea bajo la figura de los *prosumidores*³⁷.

34 RIFKIN. *La Tercera Revolución Industrial*, cit., pp. 397.

35 RIFKIN, JEREMY. *The Third Industrial Revolution: How Lateral Power Is Transforming Energy, the Economy, and the World*, 2011.

36 Véase MERSÉ, SERGIO y TULA FERNANDO M. “La Tercera Revolución Industrial: la retórica actual del capitalismo lateral”, *Hipertextos*, vol. 1, n.º 1, Buenos Aires, 2013, p. 4, disponible en: http://revistahipertextos.org/wp-content/uploads/2014/01/Hipertextos_no.1.59-90.pdf

37 El Comité Económico y Social Europeo (CESE) considera que el desarrollo general de la energía de prosumidores descentralizada debería constituir un componente importante y permanente de la política energética de la Unión Europea. Esta solución es adecuada y podría resultar incluso indispensable con vistas a consolidar la seguridad energética y desde el punto de vista medioambiental y social. Véase Comité Económico y Social Europeo. Dictamen sobre cooperativas de productores consumidores (prosumidores) de energía: oportunidades y retos en los países de la UE, Dictamen de iniciativa, 2017/C 034/07, ponente: PIETKIEWICZ, JANUSZ,

La creación de un régimen de energía renovable, según apunta Rifkin, “cargada de construcciones con almacenamientos en forma de hidrógeno, distribuidas vía un Internet de la energía y conectadas a un transporte enchufado que no produce emisiones, generará miles de negocios y millones de trabajos sostenibles. *La democratización de la energía también traerá con ello una reorganización fundamental de las relaciones humanas*, que repercutirá en todas las maneras de gestionar las empresas, los gobiernos, la sociedad, la educación de nuestros hijos e hijas y los compromisos en la vida cívica”.

La decadencia del modelo de sociedad carbonizada que se instauró a partir de la IRI y la 2RI, a lo que reiteradamente se refiere Rifkin, encuentra su punto de quiebre en la primera gran crisis del petróleo de 1973. En efecto y como se recordará, el 6 de octubre de 1973, día del *Yom Kippur*, la festividad religiosa judía más importante, estalla la guerra árabe-israelí³⁸. En respuesta a la ayuda brindada por numerosos Estados occidentales a Israel, la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) –dominada por los países árabes– redujo notablemente la cantidad de extracción y exportación de petróleo, e impuso un boicot al suministro durante dos meses, impactando el precio del barril de crudo, que se incrementó en un 400%³⁹ en un año, con lo cual muchos países industrializados de Occidente entraron en una profunda crisis económica⁴⁰. Las consecuencias para el mundo occidental fueron catastróficas en el ámbito económico, lo que disparó la inflación y hundió el comercio en la recesión. Esa crisis implantó en el genoma del mercado petrolero el virus de la inestabilidad que se presentaría en repetidas olas, poniendo punto final al cómodo y estable crecimiento económico del que habían disfrutado los países europeos y Estados Unidos durante casi tres décadas, debido a la oferta de carbón y petróleo extremadamente baratos. A partir de ese momento, lo que se ha visto es una especie de arritmias cardíacas permanentes en el mercado petrolero (véase gráfica 4) que, como toda crisis de dimensiones globales, incubó las transformaciones energéticas de las que ahora con propiedad habla Rifkin.

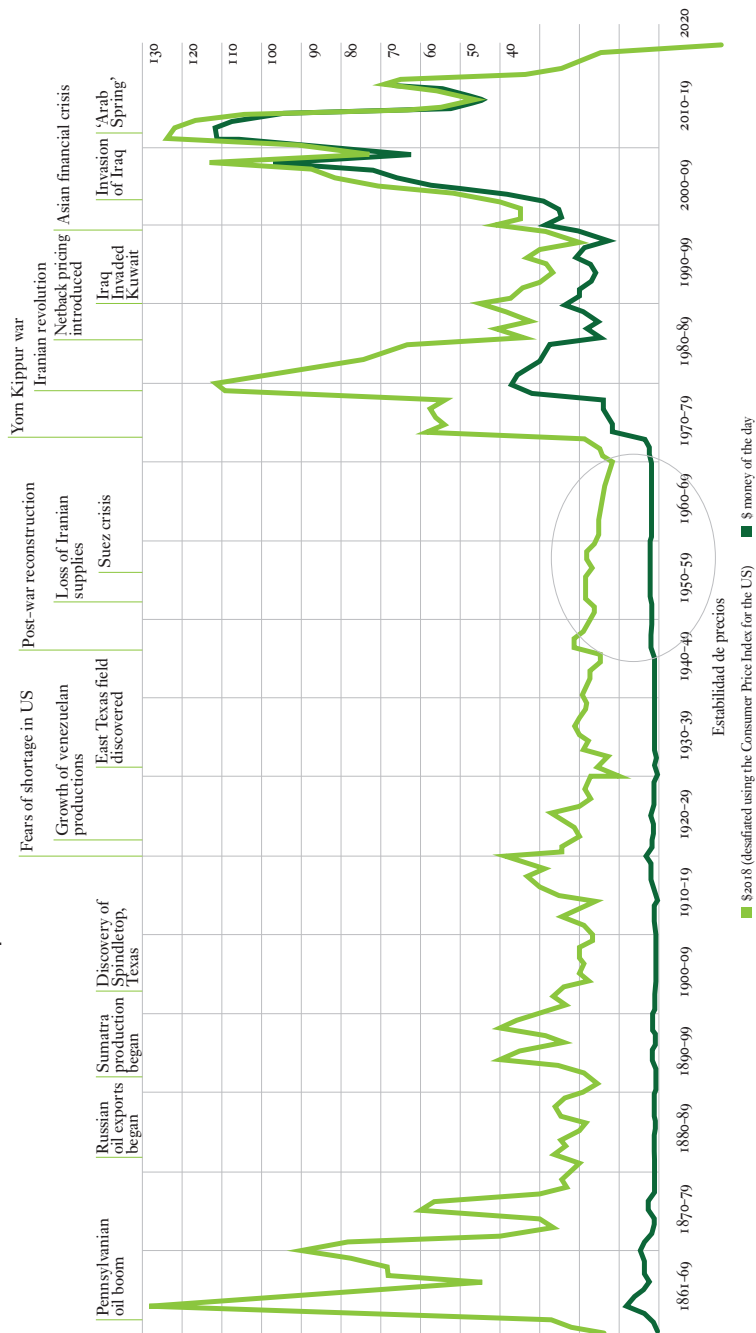
disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE1190&from=ES>

38 Véase *The First Oil Shock, Stylized Facts, Reflections and The Easterly Puzzle in a Forty-Year Retrospective*, Covi, Giovanni, 26 de agosto de 2014.

39 Véase, en detalle, *President Nixon and The Role of Intelligence in the 1973 Arab-Israeli War*, Center for the Study of Intelligence, 2013.

40 Véase, en detalle, KIRK, GEOFFREY. *The 1973 Oil Crisis and its Aftermath. Energy: Crisis or Opportunity?: An Introduction to Energy Studies*, 1985.

GRÁFICA 4. EVOLUCIÓN DE LOS PRECIOS DEL PETRÓLEO 1861-2020



Fuente: BP Statistical Review of World Energy 2019 y OPEC 2020.

La Unión Europea reaccionó de inmediato y en pocos meses se pronunció en favor de una nueva estrategia de política energética dirigida al ahorro de energía, al reforzamiento de la seguridad, promoviendo el desarrollo de la energía nuclear, los hidrocarburos y combustibles sólidos, para diversificar el abastecimiento exterior y, en particular, “*la investigación tecnológica para garantizar la disponibilidad futura de diferentes fuentes de energía y la protección del medio ambiente*” (resaltado nuestro)⁴¹. Como si esto fuera poco, en 1979 estalló la segunda crisis del petróleo, con la llamada Revolución Iraní y la guerra Irán-Irak como causas⁴². El efecto sobre los precios del crudo no tardó en expresarse, volviendo la inestabilidad a los mercados. Mientras más se deterioraba la seguridad energética global, Europa, y en particular Alemania, avanzaba en un plan para impulsar la investigación y el desarrollo de energías alternativas⁴³, todo lo cual coincide perfectamente con la narrativa de Rifkin.

Esos procesos desencadenaron en Alemania y en la Unión Europea una transformación sin precedentes en el ámbito de la energía, modificando la arquitectura jurídica y comercial, creando nuevas organizaciones y relaciones entre las empresas, los Estados, los consumidores, los usuarios y la sociedad misma. Esos cambios tocaron en lo más profundo la electricidad, el gas natural y, sobre todo, el fomento de las energías renovables.

1.2.2. APOYO DEL FORO ECONÓMICO MUNDIAL A LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

Klaus Schwab, fundador y presidente del Foro Económico Mundial, declaró oficialmente en 2011 la 4RI. En su libro del mismo nombre, que se puede entender también como *Industria 4.0*, Schwab describe, en el marco de la 4RI, la transformación radical del sistema productivo, de los negocios y la sociedad, como consecuencia del exponencial crecimiento de las tecnologías, de naturaleza digital y biológica, como la genética o la nanotecnología, entre otras. Para

41 Resolución del Consejo del 17 de septiembre de 1974, relativa a la nueva estrategia de política energética para la Comunidad, *Diario Oficial*, n.º C 153, ed. especial en español, t. 2, cap. 12, p. 45.

42 Véase MOHADDES, KAMIAR y PESARAN, M. HASHEM. *One Hundred Years of Oil Income and the Iranian Economy: a Curse or a Blessing?*, 2013, pp. 10-13.

43 SUSINO, CONSUELO NAVARRO. “El nuevo reto de las energías alternativas”, *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*, 2001, n.º 5, pp. 3-6. disponible en: https://huespedes.cica.es/gimadus/05/reto_energias_alternativas.htm

Schwab, la digitalización lo revolucionará todo y las innovaciones tecnológicas más importantes están a punto de generar un cambio trascendental en todo el mundo, algo inevitable⁴⁴.

Respecto al debate sobre la 3RI, Schwab plantea que se inicia en la década de 1960, conocida también como la revolución digital o del ordenador, catalizada por el desarrollo de los semiconductores, la computación mediante servidores tipo “*mainframe*”⁴⁵ (en los años sesenta), la informática personal (décadas de 1970 y 1980), el Internet (década de 1990) y en el surgimiento de las formas modernas de generación, transporte y consumo de energías renovables⁴⁶. De modo que la década de 1960 y 1970 del siglo pasado, más allá de la precisión sobre el momento de inicio de la 3RI, devela que una tercera transición energética estaba ocurriendo y sirviendo de soporte a los futuros desarrollos tecnológicos.

Un buen ejemplo de lo que estaba pasando en esas décadas es la experiencia alemana, inspirada en los movimientos anti-energía nuclear, en la que los ambientalistas, como reacción a los efectos de la primera y la segunda gran crisis del petróleo, dieron los primeros impulsos a la hoy globalmente conocida transición energética alemana, la “*Energiewende*”⁴⁷.

Schwab, en alusión a Rifkin y a otros críticos que consideran que parte de los elementos de la 4RI no son más que características de la 3RI, ofrece tres razones para explicar por qué la 4RI está en marcha: en primer lugar, se refiere a la velocidad, al ritmo en que evolucionan los procesos, que no es lineal sino exponencial, profundamente interconectado, donde las nuevas tecnologías engendran, a su vez, tecnologías más nuevas y poderosas. En segundo lugar, menciona la amplitud y profundidad de los procesos que se fundamentan en la revolución digital, que a su vez están modificando paradigmas en la economía, en la forma de hacer negocios, en el modo en que interactúan las personas y en general la sociedad. Por lo tanto, no solo está cambiando el “qué” y el “cómo” hacer las cosas, sino el “quiénes somos”. En tercer lugar, de lo que se trata es

44 Véase, en detalle, SCHWAB, KLAUS. *La Cuarta Revolución Industrial*, Debate, 2016, p. 14.

45 *Ibid.*, p. 13.

46 *Ibid.*, p. 12.

47 Véase, en detalle, JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY. “La cuarta transición energética y el camino hacia la descarbonización: el caso de Alemania”, en JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY y LUNA, MARISOL. *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*, Heidelberg Center para América Latina, Chile (Universidad de Heidelberg) y Fundación Heinrich Böll, Colombia, marzo de 2020, pp. 247-279, disponible en: <https://www.hjimenez.net/p/blog-page.html>

de la transformación de sistemas complejos entre (y dentro de) los países, las empresas, las industrias y la sociedad en su conjunto⁴⁸.

Min Hwa Lee, Jin Hyo, Joseph Yun y otros afirman que la 4RI se centra en el cambio de paradigma de la sociedad convencional basada en combustibles fósiles, a una sociedad basada en energías renovables o alternativas⁴⁹, punto sobre el cual no se marca una diferencia con la 3RI de Rifkin.

Por su propia naturaleza y por las apreciaciones de Rifkin y Schwab, podemos afirmar que existen suficientes evidencias que demuestran que una Gran Transición está en marcha, soportada por los avances y progresos tecnológicos que ambos refieren, con una característica común muy importante, y es que no es compatible con las de fuentes de energía convencionales. Sus necesidades energéticas claramente se orientan hacia una sociedad moderna, basada en la digitalización, la inteligencia artificial, la robótica, la movilidad eléctrica y muchas otras actividades económicas y financieras, que solo requieren electricidad. No se trata desde luego de que esas tecnologías no puedan funcionar con electricidad proveniente de fuentes térmicas, sino de que en el ADN de este proceso está el rechazo a fuentes contaminantes.

Por otro lado, la 4RI, centrada en la digitalización, la inteligencia artificial, la robótica y otras tecnologías, está separando y va a distanciar cada vez más a las personas de la operación y gestión directa de múltiples actividades. Esta es una característica que ya vimos en la 1RI, cuando las nuevas máquinas comenzaron a reemplazar la mano de obra de trabajadoras y trabajadores, con los consecuentes temores de pérdida de empleos. Este es, sin duda, uno de los debates más urgentes que hay que dar, teniendo en cuenta que una unidad de riqueza se crea hoy con muchos menos trabajadores y capital que hace diez o quince años, y esto es posible porque los negocios digitales tienen costos marginales que tienden a cero⁵⁰.

Para situarnos en ejemplos sencillos de lo que representa la 4RI, basta con observar cómo ha cambiado incluso la manera de pedir un taxi, encontrar un vuelo, comprar un producto, hacer una llamada utilizando WhatsApp,

48 SCHWAB. *La Cuarta Revolución Industrial*, cit., p. 9.

49 Véase LEE, M.; YUN, J. J.; PYKA, A.; WON, D.; KODAMA, F.; SCHIUMA, G. y YAN, M. R. "How to respond to the fourth industrial revolution, or the second information technology revolution? Dynamic new combinations between technology, market, and society through open innovation", *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*, 4(3), 2018, 21.

50 SCHWAB. *La Cuarta Revolución Industrial*, cit., p. 15.

Hangouts, Telegram, Skype u otras plataformas que funcionan prácticamente sin costo alguno. Esto era impensable hace dos décadas. Un dispositivo electrónico sencillo como una tablet posee el poder de procesamiento equivalente a cinco mil ordenadores de escritorio de hace treinta años, pero además el costo de almacenamiento de la información se aproxima a cero. Basta con comparar el precio de 1 GB, que en promedio ronda menos de 0,03 dólares al año, con los más de 10.000 dólares de hace veinte años⁵¹.

Modalidades de negocios basadas en las actuales tecnologías relativizan el valor de los activos frente a las plataformas digitales, tal como lo dijo y popularizó Tom Goodwin, estratega sénior en innovación, en un artículo de *Tech Crunch* en marzo de 2015: “Uber, la empresa de taxis más grande del mundo, no es propietaria de ningún vehículo. Facebook, dueño del medio de comunicación más popular del mundo, no crea contenido. Alibaba, el minorista más valioso, no tiene ningún inventario, y Airbnb, el proveedor de alojamiento más grande del mundo, no posee bienes raíces”⁵²; y así, muchos ejemplos similares son parte de la cotidianidad.

No obstante, Schwab observa dos aspectos fundamentales que podrían afectar la efectividad, el alcance y los beneficios de esta 4RI. En primer lugar, señala la debilidad en el liderazgo para la comprensión de los cambios en marcha, en particular frente a los desafíos que encarnan el rediseño de una institucionalidad que acople los sistemas económicos, sociales y políticos. En segundo lugar, se refiere a la carencia de una narrativa que describa las oportunidades y los beneficios de la 4RI, los cuales considera esenciales para empoderar a los individuos y comunidades, y evitar una reacción violenta contra los cambios fundamentales que van a producirse⁵³.

1.3. CUARTA TRANSICIÓN ENERGÉTICA: CARACTERÍSTICAS Y FACTORES DETONANTES

En términos de desarrollo del sector energético nos encontramos navegando por la 4TE, que se ha acelerado debido a los daños medioambientales, al cambio climático, por razones de seguridad energética y gracias al desarrollo de

51 *Ibid.*, p. 16.

52 Véase GOODWIN, TOM, jefe de Innovación y Estrategia de EVP, disponible en: <https://tomgoodwin.in/>

53 Véase, en detalle, SCHWAB. *La Cuarta Revolución Industrial*, cit., p. 14.

nuevas tecnologías que han hecho posible y viable la generación, transporte y consumo de energías renovables. Todo esto bajo el entendido de que este proceso de transformación se mueve a distintas velocidades dependiendo del país de referencia.

Otros factores detonantes o variables no previstas pueden tener incidencia y modificar de modo inesperado y espectacular la línea de transición energética. Entre esos factores se encuentran el Covid-19 y la crisis climática.

Las primeras tres transiciones fueron protagonizadas por los combustibles fósiles, la cuarta tendrá a las energías renovables como un competidor dispuesto a conquistar los espacios que cubren las fósiles. Estas intentarán defender lo ganado con tecnologías que minimicen las emisiones contaminantes en la vía hacia un modelo de carbono neutral, con lo cual podemos suponer que será un camino difícil que pasará por diferentes etapas, para finalmente vencer muchas resistencias.

Smil reconoce que esta nueva transición debe ser tan profunda que implicará nuevas estructuras de relaciones económicas, políticas e incluso culturales. Reclamará y presionará por un nuevo estilo de vida. Numerosos conceptos, enfoques, instituciones y modos de relacionarnos cambiarán⁵⁴. Esta transición en marcha representa además un clamor de la comunidad internacional y necesita la convergencia de actores y factores que desde la Cumbre de Estocolmo en 1972 se han venido describiendo. Ahora bien, ¿cuánto tiempo se necesita para que la 4TE sea una realidad predominante?

Enfrentar el desafío de aproximarnos a señalar un momento estimado sería una temeridad. Hay quienes, desde el pesimismo y no sin argumentos, consideran que será un camino largo el que deberán transitar las renovables para lograr una transformación global que les permita dominar la matriz energética. Otros, más optimistas, sujetan la transición y la hegemonía de las renovables a diferentes elementos, que tienen el potencial de acelerar los cambios a distintas velocidades.

Para Chris Goodall, la opinión generalizada de que la transferencia entre un combustible y otro lleva más de 50 años se deriva casi exclusivamente del trabajo de un solo hombre: Vaclav Smil. En su ensayo “The time needed for energy transitions”, Goodall dice que Smil es abiertamente escéptico sobre la tasa de crecimiento futuro de las energías renovables; “incluso un cambio muy acelerado hacia las energías renovables, según Smil, no sería capaz de relegar

54 Véase SMIL. *Energy and Civilization: a History*, cit., p. 410.

los combustibles fósiles a una participación minoritaria en el suministro de energía global en el corto plazo, y menos para 2050⁵⁵. Para Goodall, que se inscribe en el grupo de los optimistas, las cosas pueden ser diferentes, si un conjunto de factores y características logran combinarse y acoplarse bien. A continuación se presentan y complementan algunas de las características que según Goodall podrían favorecer ese proceso.

I.3.I. EFECTOS CATALIZADORES QUE SE DERIVAN DE LA NATURALEZA DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

I.3.I.1. ACCESO UNIVERSAL A LAS FUENTES RENOVABLES

De acuerdo con Smil, la participación del petróleo en el mix energético mundial de combustible aumentó del 5% en 1915 a alrededor del 23% en 1965. Hay que tener en cuenta, como variable, que los combustibles fósiles están distribuidos geográficamente de manera desigual, con lo cual las instalaciones para garantizar el suministro necesitaron mucho tiempo para esparcirse en todo el mundo. Por el contrario, las energías renovables por su naturaleza requieren menos infraestructuras, ya que están a disposición en cualquier lugar del planeta, en mayor o menor medida, dependiendo de la intensidad del sol o del viento. En todo caso, su distribución geográfica tiene mayor alcance que las fuentes fósiles⁵⁶.

I.3.I.2. INFRAESTRUCTURAS EXISTENTES

Antes de penetrar la matriz energética, las fuentes de energías convencionales debieron garantizarse una infraestructura y una tecnología mínimas. De hecho, sin la máquina de vapor el carbón no hubiera podido crecer del modo que lo hizo en la 1RI. Lo mismo le habría sucedido al petróleo sin el motor de combustión en la 2RI. Para el gas natural, de alguna manera, la transición se vio facilitada dado que asumió los roles que correspondían al carbón o al

55 Véase GOODALL, CHRIS. “The time needed for energy transitions”, *Carbon Commentary*, 2016, disponible en: <https://www.carboncommentary.com/blog/2016/11/17/the-time-needed-for-energy-transitions>

56 Véase IEA. *Global Energy Review 2020, The impacts of the Covid-19 crisis on global energy demand and CO2*, disponible en: <https://www.iea.org/reports/global-energy-review-2020/renewables#abstract>

petróleo. Sin embargo, necesitó de la tecnología para convertirse en gas natural licuado, y de los gasoductos, para poder ser transportado a grandes distancias entre ciudades e incluso entre continentes. Las fuentes de energías renovables ya tienen un camino recorrido. Los tendidos eléctricos para el transporte y la distribución están dispuestos, al igual que los motores eléctricos. Además, estas tecnologías han alcanzado un grado de madurez que las hace más competitivas a nivel de costos y eficiencia, y su generación y distribución puede ser descentralizada e independiente.

1.3.1.3. VARIABLES GEOPOLÍTICAS

Las fuentes fósiles y particularmente el petróleo se comportan en los mercados siguiendo variables no solo económicas, sino también políticas, que normalmente reflejan los intereses de élites nacionales e internacionales. Innumerables conflictos, incluso guerras, han tenido al petróleo como el centro de las disputas. Basta con mencionar algunos casos para convencernos de su importancia estratégica para las grandes potencias, así como para aquellos gobiernos que lo utilizan para construir alianzas y desestabilizar el tablero político regional e internacional.

Entre esos conflictos de carácter regional es importante mencionar, en el espacio americano, la situación de las industrias petroleras de México y Venezuela. En contextos y tiempos diferentes, los dos países son ejemplos de esa inestabilidad permanente que el crudo ha generado en el mundo y que en poco ha beneficiado a sus pueblos.

En 1938 aconteció en México un hecho sin precedentes que dejó a ese país temporalmente fuera del mercado petrolero que compartía con Estados Unidos y Venezuela. Como se recordará, las compañías petroleras (CP), especialmente las inglesas y norteamericanas controlaban toda la cadena (exploración, transporte, refinación, exportación y venta), con el poder de fijar los precios a su conveniencia. Y en el caso de México, como modelo único, esas corporaciones llegaron a ser propietarias absolutas de los yacimientos petroleros en sustitución del Estado. Como reacción, la clase trabajadora reclamó mejores condiciones laborales y logró que sus peticiones llegaran a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esta institución, que había decidido algunos casos en favor de las transnacionales, falló en favor de los trabajadores. Como era de esperarse, las CP no acataron la sentencia del más alto tribunal mexicano y forzaron al gobierno a decretar la expropiación de todos los bienes e infraestructuras que tenían en territorio mexicano. Esta acción del gobierno mexicano representó

un cataclismo que provocó un boicot a la comercialización del crudo mexicano. Las consecuencias de este conflicto se produjeron en un contexto de preguerra mundial, atizado por la invasión de Alemania a Polonia en 1939 y la necesidad de los Aliados de contar con socios confiables, avizorando lo que vendría en el futuro cercano. De hecho, dado el asilamiento al que fue sometido, México salió en busca de mercados de países neutrales o de otros ubicados en el frente contrario a la alianza internacional contra la Alemania nazi.

La actual crisis política en Venezuela, que ha conducido a su industria petrolera (IP) a una crisis inédita, en lo económico, en lo operacional y en lo administrativo, plagada de corrupción a todos los niveles, es fruto del deseo de controlar sus inmensas ganancias para impulsar un proyecto político e ideológico supuestamente alternativo al de Estados Unidos. Los inmensos recursos provenientes de la comercialización de crudo y sus derivados, desde 1999 hasta que los precios comenzaron a caer de modo sostenido a partir de 2015, fueron utilizados no para construir una economía fuerte y empleos sostenibles, sino para crear programas sociales que dieran la sensación de bienestar económico y apoyo popular al gobierno. Este último se esfumó una vez los recursos se agotaron, despilfarrados e incluso apropiados por la casta que gobierna el país. Mientras esos programas y estrategias avanzaban, la IP fue sometida a una constante presión política que buscaba controlar administrativamente las instancias de toma de decisiones. Como reacción, los trabajadores iniciaron una serie de acciones laborales que terminaron en el despido de más de 18 mil empleados, entre obreros y personal altamente calificado, técnico y profesional. Desde ese momento el conflicto político que le servía de contexto permitió que una “nueva” IP profundizara sus relaciones comerciales con Cuba, China, Rusia y, más recientemente, con Irán. De este modo, la geopolítica aparece en el ámbito de esta industria y determina en gran medida cuál será su destino.

Otros conflictos petroleros recurrentes en África y el Medio Oriente, cuyo análisis escapa al propósito de este trabajo, demuestran la misma hipótesis.

1.3.1.4. VARIABLE DE COSTOS

Francesco La Camera, director general de la Agencia Internacional de la Energía Renovable (IRENA), en la presentación del Informe⁵⁷ sobre los costos de la

57 IRENA. *Renewable Power Generation Costs in 2018*, International Renewable Energy Agency, Abu Dhabi, 2019, p. 3.

generación de energía renovable para el período 2018, fue categórico al afirmar que los mismos habían alcanzado nuevos mínimos, con lo cual las ER habían entrado en un ciclo virtuoso de caída de costos, aumento de la implementación y progreso tecnológico acelerado. De acuerdo con el estudio de más de 15.000 proyectos realizado por IRENA a nivel global, es posible afirmar que “los precios de los módulos solares fotovoltaicos se han desplomado alrededor de un 80% desde finales de 2009, mientras que los precios de las turbinas eólicas lo han hecho entre un 30 y un 40%”⁵⁸. En la gráfica 5^[59] se aprecia con claridad la evolución de los costos de la energía solar fotovoltaica, de 0.371 USD/kWh en 2010 a 0.085 en 2018, así como de la energía solar de concentración, de 0.341 a 0.185; la eólica en alta mar, de 0.159 a 0.127, y la eólica en tierra, de 0.085 a 0.056 USD/kWh, respectivamente.

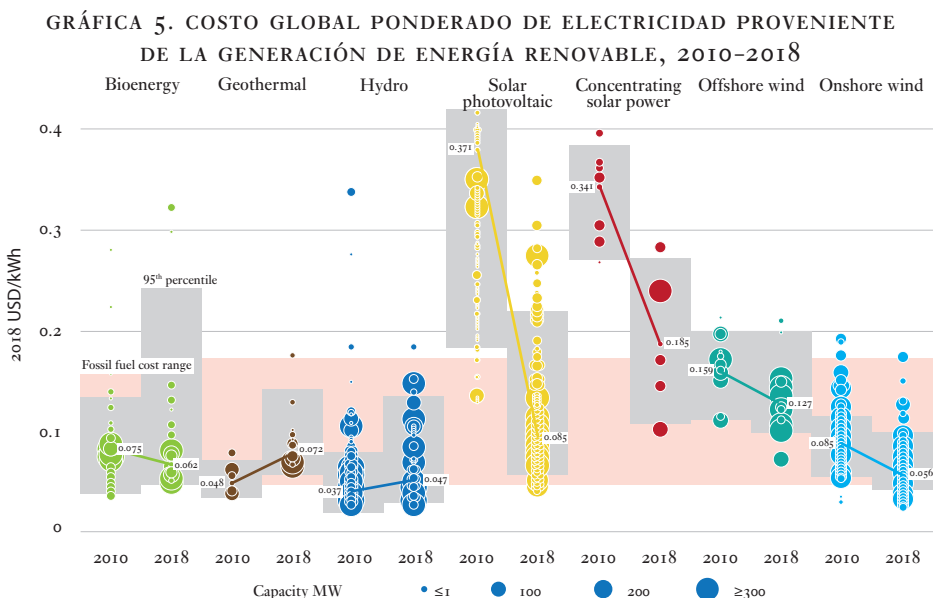
Los datos proporcionados por IRENA son demoledores respecto de los costos para generar energía a partir de fuentes fósiles. En la misma gráfica, la banda única del fondo representa el rango de costos de generación de energía alimentada con combustibles fósiles, la cual oscila entre USD 0.049 y USD 0.174/kWh, con lo cual se evidencia el nivel de competencia que ofrecen las energías renovables.

Un dato fundamental en relación con los costos del almacenamiento de energía tiene que ver con la fuerte caída en los precios de las baterías. Este hecho está permitiendo que el costo de los vehículos eléctricos sea comparable al de los motores de combustión interna, con lo cual la electrificación total del sector del transporte es una realidad y no una mera posibilidad⁶⁰.

58 La base de datos de costos de las energías renovables de IRENA contiene 15.000 proyectos de generación de energía renovable a escala de servicios públicos y 5.600 PPA y resultados de licitaciones que brindan nuevos conocimientos sobre las tendencias en costos y rendimiento de las energías renovables. Véase IRENA. *Cost*, disponible en: <https://www.irena.org/costs>

59 Para más detalles, véase IRENA, Figure S.1 Global LCOE of utility-scale renewable power generation technologies, 2010–2018, p. 12, disponible en: file:///C:/Users/Henry/Downloads/IRENA_Renewable%20Power%20Generations%20Costs%20in%202018.pdf

60 Véase MUKHERJEE, KAUSTAV; MUKHERJEE, ANIRBAN; VERMA, KAUSTUBH; TRIPATHY, SONAL y GOVIL, AKASH. *Energy Transitions: Adapting to the New Normal of the Changing World*, diciembre de 2019, p. 5, disponible en: https://image-src.bcg.com/Images/BCG-Energy-Transitions-Report_tcm21-235156.PDF



Fuente: IRENA, Renewable Power Generation Cost 2018, Figure S.1 Global LCOE of utility-scale renewable power generation technologies, 2010–2018, p. 12, disponible en: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2019/May/IRENA_Renewable-Power-Generations-Costs-in-2018.pdf

Otro aspecto importante es que se espera que, en los próximos años, los nuevos proyectos de energía solar fotovoltaica y de energía eólica terrestre cada vez cuesten menos que la alternativa de combustible fósil de menor costo, pero además sin asistencia financiera. Este dato es aún más relevante si se tiene en cuenta que los combustibles fósiles son beneficiados con mayores subsidios que las renovables, pese a que, a diferencia de ellos, las renovables no generan costos derivados de daños colaterales como los ocasionados por emisiones de gases contaminantes. Seguidamente haremos una breve referencia a estos dos aspectos.

1.3.1.5. SUBSIDIOS Y EXTERNALIDADES

Los subsidios a los combustibles fósiles han sido ampliamente debatidos en el seno del G20, sin que se haya adoptado una definición formal al respecto. Sin embargo, otras organizaciones internacionales, como la OCDE, el Banco Mundial y la Iniciativa Global de Subsidios, luego de importantes esfuerzos, ofrecen una caracterización común que se distingue por:

1. Apoyo presupuestal directo.
2. Disposiciones fiscales.

3. Disposiciones gubernamentales de bienes auxiliares o servicios sin costo o por debajo de precios de mercado para facilitar el uso de combustibles fósiles o su producción.

4. Requerimientos para que entidades no gubernamentales provean servicios particulares a productores de combustibles fósiles por debajo de precios del mercado, o que requieran a las entidades no gubernamentales comprar por encima de las cantidades de mercado o servicios relacionados⁶¹.

Siguiendo el estudio realizado por Assia Elgouacem, con base en los casos de México y Alemania, es posible identificar más detalladamente figuras que acompañan a los subsidios de los combustibles fósiles y que nos sitúan en el centro del debate actual, entre ellas:

1. Esquema fiscal para la exploración, desarrollo y extracción de combustibles fósiles.

2. Subsidios y ventajas fiscales para combustibles fósiles usados en transporte.

3. Beneficios fiscales para combustibles fósiles en los sectores de manufactura, agricultura y silvicultura.

4. Otros beneficios fiscales, incluyendo reducciones de impuesto al carbono y excepciones⁶².

Estas caracterizaciones nos permiten formular una definición propia que será de utilidad para nuestro estudio. Por subsidios a los combustibles fósiles debemos entender todos aquellos incentivos directos e indirectos que permiten, facilitan y garantizan la explotación y comercialización de materias primas de origen fósil, así como de sus derivados, tanto en el mercado nacional como en el internacional. Estos subsidios suelen justificarse como medios para garantizar el abastecimiento a los mercados energéticos y en cuanto ayudan a proveer materia prima para la fabricación de productos derivados, tanto para la industria de hidrocarburos como para la industria petroquímica y otras. No obstante, estos incentivos han venido siendo cuestionados, de un lado, porque no reflejan el valor real que resulta de sumar sus costos de producción, transporte, distribución y comercialización, etc. —con lo cual ocultan las pérdidas que generan—, y de otro, porque estos combustibles constituyen una fuente de

61 Para más detalles, véase ELGOUACEM, ASSIA; FRANZEN, KARIN; JENSEN DÍAZ, WILLIAM; MUTH, JOSCHE y PACIOREK, ALEKSANDRA. *Eliminando progresivamente subsidios ineficientes a los combustibles fósiles. México y Alemania en el proceso de revisión por pares de G20, 2017*, p. 3.

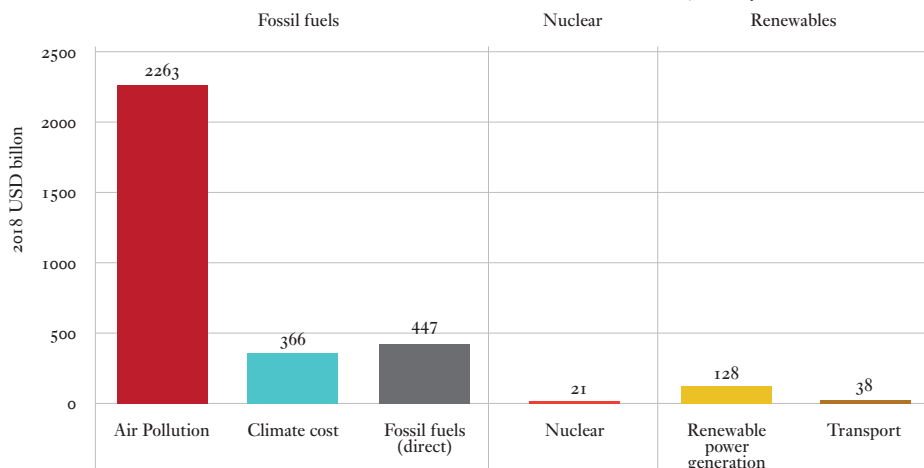
62 *Ibid.*, p. 4.

contaminación insostenible, en particular debido a la lucha contra el cambio climático de la cual son los principales responsables. Pero adicionalmente y frente al hecho incuestionable de que existen energías y tecnologías alternativas y renovables que pueden sustituir sus principales funciones, ya resulta injustificado mantener los altos subsidios que, leídos en clave de beneficios, se están traduciendo en gigantescas pérdidas económicas e intolerables daños ambientales y a la salud de las personas.

De acuerdo con un estudio publicado por IRENA⁶³, los subsidios al sector energético mundial alcanzaron en 2017 los 634 mil millones de dólares, de los cuales el 70% (USD 447 mil millones) correspondió a los combustibles fósiles, el 20% (USD 128 mil millones) a las energías renovables, el 6% (USD 38 mil millones) a los biocombustibles y el 3% (USD 21 mil millones) a la energía nuclear.

Un dato pavoroso que revela el Informe de IRENA es que en 2017 los costos de salud derivados de la contaminación generada por el uso de combustibles fósiles fueron de alrededor de 2.260 mil millones de dólares, con costos atribuidos al cambio climático de alrededor de 370 mil millones de dólares, estimados a razón de 11 USD/tonelada de CO₂; véase gráfica 6.

GRÁFICA 6. TOTAL SUBSIDIOS DEL SECTOR ENERGÉTICO POR COMBUSTIBLE / FUENTE Y COSTOS CLIMÁTICOS Y DE SALUD, 2017



Fuente: TAYLOR, MICHAEL. *Energy Subsidies: Evolution in the Global Energy Transformation to 2050*, 2020, pp. 8-9.

63 TAYLOR, MICHAEL. *Energy Subsidies: Evolution in the Global Energy Transformation to 2050*, 2020, pp. 8-9.

1.3.2. EFECTOS CATALIZADORES QUE SE DERIVAN DEL COVID-19 Y LA CRISIS CLIMÁTICA

1.3.2.1. EL COVID-19 Y SUS IMPACTOS EN LOS MERCADOS ENERGÉTICOS Y EN LA DESCARBONIZACIÓN

Tal como lo ha señalado la Agencia Internacional de la Energía (AIE), el sector energético se ha visto gravemente afectado por la actual crisis sanitaria. En el *Global Energy Review 2020*^[64], la AIE muestra que los países sometidos a un confinamiento total han experimentado una disminución promedio del 25% en la demanda de energía por semana y los países bajo un confinamiento parcial, una disminución promedio del 18%, debido a la poca movilidad y a la paralización de la economía. El resultado de este escenario es que la demanda de energía se contraerá en un 6%, la mayor reducción en 70 años en términos porcentuales y la mayor en términos absolutos⁶⁵.

Varias lecturas pueden hacerse para determinar o al menos aproximarnos a lo que podría esperarse en el corto, mediano y largo plazo. En este sentido, identificamos algunos interrogantes que bien podrían ser materia de análisis desde ahora.

1. ¿Como afectará el Covid-19 el consumo futuro de energías fósiles y el consumo de energías renovables, teniendo en cuenta un posible cambio de hábitos o de actitud de las personas y las empresas?

En algunas ciudades con alta densidad de población, sometidas a confinamiento y a la desmovilización, muchas personas han experimentado una mejoría muy significativa del aire que respiran y, en consecuencia, de sus estados de salud, mayor tranquilidad y menos ruido. Es posible imaginar que no desearían volver a las largas filas de autos para ir al trabajo, invirtiendo tiempo y dinero en combustibles, cuando perfectamente pueden seguir laborando desde sus viviendas o quizás en algún espacio aldaño, cuando ello sea posible.

Del lado de las empresas podría ocurrir algo similar. Luego de evaluar que el rendimiento de muchos trabajadores ha sido aceptable, positivo o incluso por encima de lo esperado, podría concluirse que no tiene mucho sentido continuar asumiendo costos asociados a largos traslados, al pago de inmuebles y

64 Véase IEA. *Global Energy Review 2020, The impacts of the Covid-19 crisis on global energy demand and CO2 emissions*, p. 13, disponible en: <https://webstore.iea.org/download/direct/2995>

65 *Ibid.*, p. 14.

a otros gastos administrativos. Incluso podrían presentarse despidos masivos y la contratación de personal en regiones con mejores ofertas laborales.

De igual modo sucederá con las aerolíneas. Es bastante probable que muchas personas o empresas no quieran volar, bien por miedo a infectarse o por nuevas políticas de ahorros, sobre todo luego de que una especie de adiestramiento intensivo se ha consumado a través de las aplicaciones de videoconferencias que han podido capear la falta de reuniones personales.

Muchos ejemplos se podrían mencionar, no obstante, lo importante es que situaciones como las narradas ya se están presentando.

Por otro lado, en relación con la situación de la industria del petróleo, el gas y el carbón, cuyas pérdidas son incalculables ante la espectacular caída de los precios, particularmente del petróleo, y ante nuevas oleadas del Covid-19 y la amenaza de nuevas pandemias, es bastante factible pensar que los grandes capitales, o al menos una parte de ellos, optarán por abrir nuevos espacios de negocios en las energías renovables, que por el contrario lucen más seguras para invertir.

Estos malos augurios han sido confirmados por la AIE, quien ha pronosticado que la demanda de energía caerá al menos un 11% en la Unión Europea y un 9% en Estados Unidos, aunque el impacto final dependerá en gran medida de la duración y la gravedad de las medidas para frenar la propagación del virus⁶⁶.

Por otro lado, la AIE también reporta que la generación mundial de electricidad fue un 2,6% más baja en el primer trimestre de 2020 en comparación con el primer trimestre de 2019, pero que la generación basada en energías renovables aumentó un 3%, principalmente debido a un aumento porcentual de dos dígitos para la energía eólica y un salto en la producción de energía solar fotovoltaica (PV) de nuevos proyectos durante 2019. En comparación con otras fuentes de generación, la nuclear cayó en un 3%, la generación a gas natural aumentó un 4% –impulsada por los bajos precios en los mercados de todo el mundo–, pero la generación a partir del carbón se redujo por todos lados, y la producción cayó un 8% en el primer trimestre de 2020 en relación con el primer trimestre de 2019. La imagen de la competencia que el Covid-19 está acelerando, muestra a las renovables con un impulso extraordinario, y al gas

66 Véase S&P Global Market Intelligence. *Energy Demand to Drop 6% in 2020 Amid Biggest Shock Since WWII – IEA*, disponible en: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/energy-demand-to-drop-6-in-2020-amid-biggest-shock-since-wwii-8211-iea-58373679>

natural bien posicionado, pero hunde al carbón con un claro mensaje de que su tiempo se está agotando.

2. ¿Se va a recuperar la industria del carbón, del gas y el petróleo?

A primera vista todo indica que habrá una recuperación cuando se levanten las restricciones, los estados de excepción y una vez la actividad económica vuelva a reactivarse. Sin embargo, es pronto para saber si la industria volverá al momento en el que se encontraba antes de iniciada la pandemia, o si será parcial, o si ocurrirá, pero con nuevas características.

De hecho, la cantidad de energía renovable disponible y más barata y el anuncio cada vez más frecuente de nuevos autos eléctricos podrían actuar como factores que impulsen una recuperación del consumo energético, pero teniendo a las energías renovables como las suministradoras.

Bill McKibben dice acertadamente que “es una locura predicar la recuperación de esta economía en tecnologías que claramente no son las que necesitaremos para seguir adelante”, “tenemos que restablecer las cosas por muchas razones, y eso nos brinda la oportunidad de acelerar una transición que todos saben que tenemos que hacer”⁶⁷.

No obstante, la industria fósil está aún lejos de haber sido derrotada por esta crisis, sobre todo porque cuenta con muchos defensores que están suministrándole oxígeno. En Estados Unidos, la administración Trump está otorgando asistencia financiera a través de préstamos a compañías de petróleo y gas en dificultades, bajo el cuestionamiento de los defensores del medio ambiente y de los legisladores demócratas, que advierten que esas ayudas son malas inversiones que solo prolongarán la vida de las empresas que ya están en problemas, y que contribuirán a la crisis climática⁶⁸.

En la Unión Europea existe amplio consenso sobre cómo la recuperación económica debe concentrarse en la rehabilitación de viviendas y edificios públicos, debido a las altas emisiones de CO₂ que producen, y en el impulso a

67 Véase GOOD, ALLISON; KUYKENDALL, TAYLOR y TESTA, DAN. “Energy transition to be shaped by world response to Covid-19”, en *S&P Global Market Intelligence*, 1 de mayo 2020, disponible en: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/energy-transition-to-be-shaped-by-world-response-to-covid-19-58385334>

68 Para más detalles, véase Struggling Oil Companies Are Taking Advantage of Us Coronavirus Aid. “Recent review finds at least \$113m in taxpayer-backed loans meant for small businesses have gone to fossil fuel industry”, en *The Guardian*, 15 de mayo, 2020, disponible en: <https://www.theguardian.com/business/2020/may/14/us-oil-gas-companies-coronavirus-relief-loan-ppp>

las energías renovables⁶⁹. La Unión Europea espera financiar el plan con un fondo de hasta 1,6 billones de euros y quiere que el relanzamiento después de la pandemia se haga con criterios que canalicen las ayudas y los préstamos hacia los proyectos con más visión de futuro desde el punto de vista medioambiental y digital⁷⁰. La Alianza Europea para una Recuperación Verdes es una clara demostración del compromiso que se vive dentro de la Unión Europea para superar la crisis causada por el coronavirus y hacer de ella una oportunidad para desarrollar un nuevo modelo de sociedad. Entre muchas consideraciones se hace énfasis en que la “lucha contra el cambio climático” debe ser el “núcleo de la estrategia económica” que ponga en marcha la Unión Europea para salir de la crisis ligada a la pandemia del Covid-19^[71].

Así, pareciera que dos bloques van a enfrentar políticas muy diferentes. Aquellos que promoverán con fuerza la industria de los hidrocarburos, como China, Estados Unidos y México, entre otros, y la Unión Europea con sus 28 Estados, quienes plantearán transformaciones más ambiciosas para dar prioridad a las energías renovables.

En 2019 se estimó que, entre esa fecha y 2050, el 77% de las inversiones en nueva generación de energía se realizaría en energías renovables. No obstante, la grave situación creada por el Covid-19 hace necesario acelerar todos los planes de inversiones estimadas antes de la llegada del coronavirus⁷².

69 Sara Aagesen subraya el potencial del Pacto Verde Europeo en la recuperación económica frente al Covid-19. Véase Vicepresidencia Cuarta del Gobierno de España Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, Reunión informal de ministras y ministros de Energía de la UE, disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/prensa/200428npreunioninformalministrasyministrosenergia_tcm30-508872.pdf

70 Véase DE MIGUEL, BERNARDO. *Bruselas concentra en construcción y renovables el plan urgente contra la crisis de la pandemia*, Bruselas, 5 de mayo de 2020, disponible en: <https://elpais.com/economia/2020-05-04/bruselas-concentra-en-construccion-y-renovables-el-plan-urgente-contra-la-crisis-de-la-pandemia.html>

71 Véase PLANELLES, MANUEL, ElPais.es. “Nace una gran alianza europea para defender una salida verde a la crisis económica del coronavirus”, 14 de abril de 2020, disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-04-14/nace-una-gran-alianza-europea-para-defender-una-salida-verde-a-la-crisis-economica-del-coronavirus.html>.

72 Véase LAYKE, JENNIFER y HUTCHINSON, NORMA - World Resources Institute. *3 Reasons to invest in renewable energy now*, 5 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.wri.org/blog/2020/05/coronavirus-renewable-energy-stimulus-packages>

I.3.2.2. LA CRISIS CLIMÁTICA Y SU IMPACTO EN LA DESCARBONIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

El cambio climático o la crisis climática que están padeciendo nuestro planeta y, junto a él, todos los seres vivos que lo habitamos, representa el desafío más apremiante a nivel global. Las emisiones antropogénicas de GEI: dióxido de carbono, óxido nitroso, metano y otros, han aumentado las temperaturas globales en alrededor de 1 °C desde los tiempos preindustriales. Los impactos de ese cambio en el clima ya constituyen parte de una “normalidad” a la que no debemos acostumbrarnos. Inundaciones, sequías, tormentas y olas de calor, aumento del nivel del mar, pérdida de suelos para el cultivo, y muchos otros efectos, azotan la vida en todo el planeta.

Según reporta *Our World in Date*, las emisiones globales aumentaron de 2 mil millones de toneladas de CO₂ para 1900, a más de 36 mil millones de toneladas en tan solo 115 años. China es el mayor emisor de CO₂ del mundo, con más del 25%, seguido de Estados Unidos con 15%, la UE-28 con 10%, India con 7% y Rusia con 5%⁷³.

En oposición a esa crisis climática que amenaza el futuro de los derechos humanos y corre el riesgo de deshacer los últimos cincuenta años de progreso en materia de desarrollo, salud mundial y reducción de la pobreza⁷⁴, urge un proceso a la inversa que nos conduzca a la descarbonización tanto de la economía como de múltiples actividades que diariamente desarrollamos. Lamentablemente las políticas de mitigación y adaptación al cambio climático marchan muy lento, y a menudo establecen objetivos fundados más en su viabilidad política que en la comprensión científica de lo que debería hacerse para alcanzar la meta de estabilizar el clima a un nivel que permita el desenvolvimiento de la vida sin peligros.

Un aspecto muy importante que está logrando la crisis climática, más allá de los esfuerzos que desde las Naciones Unidas se han puesto en marcha a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972, es que finalmente hay una movilización de ciudadanos en el mundo que están emprendiendo acciones para

73 Véase RITCHIE, HANNAH y ROSER, MAX. “CO₂ and Greenhouse Gas Emissions. 2017”, disponible en: <https://ourworldindata.org/co2-and-other-greenhouse-gas-emissions#annual-co2-emissions>

74 Palabras de Philip Alston, Relator para pobreza y los derechos humanos de las Naciones Unidas. *Hacia el apartheid climático*, 25 de junio de 2019, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/06/1458411>

darle impulso a la descarbonización global. Esta deberá materializarse una vez que hayamos transformado las reglas de cómo vivir en este planeta y, desde luego, esto supone que ese convencimiento se alinee con una infraestructura económica y un nuevo modelo energético de cero emisiones.

Muchas de esas acciones cuentan con el aval de algunos gobiernos y sectores del poder judicial que han entrado en la diatriba de pilotar cuestiones jurídicas que irremediablemente los conduce a enfrentarse a una arquitectura normativa, construida a lo largo de más de 40 años bajo el paraguas del derecho ambiental internacional.

A título ilustrativo haré referencia a algunas de esas acciones y medidas que apuntan en dirección a la descarbonización propulsada por sectores de la sociedad civil y bien acogidas en sectores gubernamentales e instituciones internacionales.

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Más de 1.500 procesos judiciales a nivel global se están resolviendo en distintos tribunales en al menos 36 países. En un número importante el cambio climático, relacionado con los compromisos derivados del Acuerdo de París sobre Cambio Climático⁷⁵, la contaminación ambiental que afecta el derecho a la salud es una línea central. La gran mayoría se concentran en Estados Unidos, seguidos de Australia, Reino Unido, la Unión Europea, Nueva Zelanda y Canadá⁷⁶.

En Alemania, la ONG Deutschen Umwelthilfe ha intentado con éxito importantes acciones judiciales para impedir la circulación de vehículos que utilizan el diésel como combustible. En efecto, el 27 de febrero 2018 el Tribunal Administrativo Federal de Leipzig (TAF) se pronunció sobre las apelaciones de los estados de Renania del Norte-Westfalia⁷⁷ y Baden-Württemberg⁷⁸ respecto

75 Véase, en detalle, JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY. “El derecho sostenible y el litigio sobre cambio climático: impacto en los DESCAs”, en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y FLORES, ROGELIO. *La Constitución y sus garantías, a 100 años de la Constitución de Querétaro*, 2017, pp. 493-517.

76 Véase SETZER, JOANA y BYRNES, REBECA. *Global Trends in climate change Litigation: 2020 Snapshot. Policy report*, julio de 2020, disponible en: http://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf. Véase, también, DE WIT, ELISA; SENEVIRATNE, SONALI y HUW, CALFORD. *Climate Change Litigation Update*, Norton Rose Fulbright, 2020, disponible en: <https://www.nortonrosefulbright.com/en-au/knowledge/publications/7d58ae66/climate-change-litigation-update>

77 Az. 7 C 26.16.

78 Az. 7 C 30.17.

de las decisiones judiciales de primera instancia de los tribunales administrativos de Düsseldorf⁷⁹ y Stuttgart⁸⁰ para la actualización de los planes de calidad del aire en ambas ciudades de acuerdo con la Ley Federal de Control de Inmisiones. Las dos revisiones fueron rechazadas, con lo cual se concedió la razón a la ONG. Por otro lado, el TAF autorizó a los municipios para que puedan prohibir que en sus ciudades circulen vehículos que funcionen bajo el estándar diésel Euro 6, así como para todos los vehículos con motores de gasolina por debajo de Euro 3^[81].

Otro fallo histórico ha sido la decisión del Tribunal Superior de los Países Bajos del 20 de diciembre de 2019^[82] que ordenó al Estado modificar sus compromisos de reducción de emisiones de GEI, concediendo la razón a la ONG Urgenda⁸³. El impacto de esta decisión, que obliga al gobierno a reducir sus emisiones de GEI en al menos un 25% para fines de 2020 en comparación con los niveles de 1990, forzó a un pronunciamiento de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, quien se expresó diciendo que “la decisión confirma que el Gobierno de los Países Bajos y, por implicación, otros gobiernos tienen obligaciones legales vinculantes, basadas en el derecho internacional de los derechos humanos, para emprender fuertes reducciones en las emisiones de gases de efecto invernadero”⁸⁴.

Del mismo modo, el Tribunal de Apelación de Gran Bretaña emitió una sentencia inédita en el Reino Unido, el 27 de febrero de 2020^[85], que impide la construcción de una tercera pista en el aeropuerto de Heathrow en Londres, declarando que el gobierno no tomó en consideración los compromisos contraídos en virtud del Acuerdo de París de 2016 sobre cambio climático.

79 VG Düsseldorf, 3 K decidió 7695/15 - sentencia del 13 de septiembre de 2016.

80 VG Stuttgart, 13 K 5412/15 - sentencia del 26 de julio de 2017.

81 Bundesverwaltungsgericht. Pressemitteilung 9/2018 del 27 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.bverwg.de/pm/2018/9>

82 Para el texto de la decisión, véase la página web oficial de la Fundación Urgenda: <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>

83 Para un análisis, véase BINDER, CONSTANZE. “El principio de daño de Mill y los derechos humanos como fundamento para restringir la libertad de contaminar”, en JIMÉNEZ GUANIPA y LUNA. *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*, cit., pp. 113-125.

84 Véase *Bachelet welcomes top court's landmark decision to protect human rights from climate change*, Ginebra, 20 de diciembre de 2019, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25450&LangID=E>

85 Véase Royal Courts of Justice. Strand, London. Cases n.ºs C1/2019/1053, C1/2019/1056 and C1/2019/1145, , WC2A 2LL, 27 de febrero de 2020.

Decisiones de este tipo están impulsando cambios sin precedentes para acelerar la transformación de la matriz energética de muchos países, al igual que la promulgación de marcos regulatorios y políticas para atender los efectos del cambio climático. Mencionaré seguidamente algunas de esas medidas a título de referencia.

POLÍTICAS Y ACCIONES

La Unión Europea ha propuesto el Pacto Verde Europeo (PVE)⁸⁶ como una estrategia que pretende convertir su área de influencia en la primera región climáticamente neutra. Para lograrlo, la Comisión Europea presentó un ambicioso paquete de medidas que debe permitir que las empresas y los ciudadanos europeos se beneficien de una transición ecológica sostenible. El PVE contará con políticas para la reducción ambiciosa de emisiones, inversión en investigación e innovación con el propósito de preservar el entorno natural del Viejo Continente. El éxito del PVE dependerá de la participación y el compromiso de los ciudadanos y de todas las partes interesadas⁸⁷.

Alemania dio un paso fundamental con la aprobación por parte del Parlamento, el 15 de noviembre de 2019, de la Ley Federal de Protección del Clima, con lo cual se convirtió en el primer gobierno en el mundo en hacer que su objetivo nacional de protección climática sea vinculante a través de una ley nacional. Esta ley establece los objetivos de protección climática para cada sector de la economía, con la meta de convertir al país en carbono-neutral, libre de GEI, para 2050. Esto significa un recorte del 55% de los GEI para 2030 en comparación con los niveles de 1990. La ley precisa cuánto CO₂ puede emitir cada sector económico por año (energía, industria, transporte, edificios, agricultura, desechos y otros) entre 2020 y 2030, y obliga a los ministerios responsables a tomar medidas inmediatas⁸⁸.

86 Véase Comisión Europea. El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM (2019) 640 final, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=>

87 Véase, en detalle, *Un Pacto Verde Europeo. Esforzarnos por ser el primer continente climáticamente neutro*, disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es

88 Véase la Ley de Protección Climática (*Klimaschutzgesetz*) y, para mayores detalles, la página web del gobierno alemán: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzgesetz-beschlossen-1679886>

En Dinamarca, el Parlamento aprobó, el 6 de diciembre de 2019, la Ley Climática, con efectos vinculantes para reducir las emisiones de GEI en un 70% para 2030 (en comparación con el nivel de 1990) y hacia la neutralidad de carbono para 2050^[89].

El Parlamento de Nueva Zelanda, a su vez, adoptó una ley para reducir las emisiones de CO₂ a cero para 2050, haciendo que el nuevo objetivo de reducción de GEI sea legalmente vinculante. La ley incluye una Comisión de Cambio Climático, que asesorará al gobierno sobre cómo alcanzar sus objetivos. El gobierno también prometió plantar mil millones de árboles en 10 años y garantizar que la red eléctrica funcione completamente con energía renovable para 2035.

En Canadá, la Provincia de Columbia Británica aprobó la Ley de Vehículos de Emisión Cero (Ley ZEV) el 30 de mayo de 2019, y exigirá que los fabricantes de automóviles cumplan con un porcentaje anual creciente de nuevas ventas y arrendamientos con la siguiente hoja de ruta: 10% para 2025, 30% para 2030 y 100% para 2040^[90].

Noruega, por su parte, ha establecido un objetivo de recorte de emisiones del sector del transporte para 2030 del 35-40% en comparación con 2005. En su Libro Blanco sobre el Plan Nacional de Transporte para 2018-2029 estableció que para el año 2025 el 100% de los nuevos automóviles privados y camionetas ligeras serán cero emisiones. Todos los nuevos autobuses urbanos serán vehículos de cero emisiones o utilizarán biogás. Para 2030, todas las camionetas pesadas nuevas, el 75% de los nuevos autobuses de larga distancia y el 50% de los nuevos camiones serán vehículos de cero emisiones^[91].

El Banco Europeo de Inversiones (BEI) notificó el pasado 13 de noviembre de 2019 su nueva estrategia climática y política de préstamos en el ámbito de la energía y decidió dejar de financiar proyectos de combustibles fósiles (incluido el gas) a finales de 2021. El BEI establecerá un nuevo estándar de rendimiento de emisiones (EPS) de 250 gb CO₂/kWh (en lugar del estándar actual de 550

89 Véase TIMPERLEY, JOCELYN. “Denmark Adopts Climate Law to cut emissions 70% by 2030”, *Climate Home News*, 6 de diciembre de 2019, disponible en: <https://www.climatechangenews.com/2019/12/06/denmark-adopts-climate-law-cut-emissions-70-2030/>

90 Para más detalles, véase *Zero-Emission Vehicles Act*, en Gov. BC News, British Columbia, disponible en: <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/industry/electricity-alternative-energy/transportation-energies/clean-transportation-policies-programs/zero-emission-vehicles-act>

91 Véase, en detalle, Royal Ministry of Finance of Norway, 2017, p. 2, disponible en: <https://www.regjeringen.no/contentassets/7b86180aaa8c4980ac60700c5ded97cd/notifikasjon.pdf>

g CO₂/kWh), para contrarrestar la tendencia al alza en las emisiones de CO₂. El nuevo EPS excluirá los proyectos tradicionales de energía a gas, a menos que incluyan captura y almacenamiento de carbono (CCS), CHP o co-combustión de gases renovables. Además, el BEI apoyará inversiones por valor de un billón de euros en acción climática y sostenibilidad ambiental desde 2021 hasta 2030^[92].

2. CRISIS CLIMÁTICA Y COVID-19, CÓMO SE RELACIONAN

Como punto previo, procedo a establecer la relación que existe entre la crisis climática y el Covid-19, para luego abordar la manera como ambas actuarán como factores de impulso para la Gran Transición Global.

2.1. LA CRISIS CLIMÁTICA DESPEJA EL CAMINO AL COVID-19

La aparición de enfermedades transmitidas por vectores (insectos o animales que contagian una enfermedad a través de una picadura, o por el contacto con su orina, heces, sangre, etc.) se ve favorecida principalmente por cambios del clima y por ciertos comportamientos de personas y animales que facilitan, mediante un acercamiento inusual, una transmisión de vectores, dando lugar a enfermedades zoonóticas⁹³ (entre animales y seres humanos), provocadas por virus, bacterias, parásitos y hongos.

De acuerdo con un reporte de la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁹⁴, de las categorías de este tipo de enfermedades se destacan las zoonosis emergentes y reemergentes, como la fiebre del Valle del Rift, el SARS, la influenza pandémica H1N1 de 2009, la fiebre amarilla, la influenza aviar (H5N1 y H7N9), el virus del Nilo occidental y el coronavirus del síndrome respiratorio del

92 Véase JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY. “La cuarta transición energética y el camino hacia la descarbonización: el caso de Alemania”, en JIMÉNEZ GUANIPA y LUNA, *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*, cit., pp. 247-279.

93 BUDKE, CHRISTINE M. *et al.* “Health impact assessment and burden of zoonotic diseases”, en PALMER S. R. *et al.* (eds.), *Oxford textbook of zoonoses: biology, clinical practice, and public health control*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 30-37.

94 *Research Priorities for Zoonoses and Marginalized Infections*, disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/75350/WHO_TRS_971_eng.pdf;jsessionid=5E6B2C03A9B6F42C7A825897AC44A2D7?sequence=1 Este reporte contiene el punto de vista compartido por un grupo de expertos y no necesariamente representa las decisiones o la política establecida por la Organización Mundial de la Salud.

Medio Oriente (MERS-CoV), las cuales representan alrededor del 60% de las enfermedades infecciosas a nivel mundial. Por otro lado, como lo destacan Jones y otros, de los más de 30 nuevos patógenos humanos detectados en los últimos 30 años, el 75% se originaron en animales⁹⁵.

Patz y otros autores explican que el aumento de muchas enfermedades infecciosas, incluidas algunas de reciente circulación (VIH/SIDA, hantavirus, hepatitis C, SARS, etc.) es la expresión de los efectos combinados de los rápidos cambios demográficos, ambientales, sociales, tecnológicos y de otro tipo en nuestra forma de vida, que facilitan la propagación de enfermedades infecciosas⁹⁶, con lo cual se reafirma el fuerte vínculo que existe entre el cambio climático y las pandemias producidas por agentes zoonóticos.

Un estudio publicado por la prestigiosa revista PNAS demuestra que en el caso de la peste negra del siglo XIV el origen de los diversos brotes de la enfermedad en Europa no fueron reservorios en ratas locales, *sino varias re-introducciones de la bacteria desde Asia como consecuencia de diferentes eventos climáticos*⁹⁷.

Esto se agrava debido a otras condiciones y carencias como la falta de agua potable suficiente, la producción de alimentos en masa, las granjas y criaderos de ganado y aves de corral, donde se producen mutaciones de bacterias y virus, creando nuevas enfermedades, el crecimiento vertiginoso de la población mundial, la expansión no controlada de zonas urbanas con pocos o ningún servicio sanitario, la deforestación descontrolada, que nos acerca a los hábitats naturales de las plagas, la poca inversión de los Estados en recursos de vigilancia, prevención y control de enfermedades de transmisión, la falta de infraestructuras y de personal de salud pública necesarios para tratar las enfermedades infecciosas, y no solo en países pobres y en vías de desarrollo, sino también en países ricos. Por otro lado, la globalización, el aumento de los viajes y los transportes internacionales se han convertido en una vía ideal para su rápida propagación.

95 Para más detalle, véase JONES, KATE E. *et al.* "Global trends in emerging infectious diseases", *Nature*, vol. 451, n.º 7181, 2008, pp. 990-993.

96 Para más detalle, véase PATZ, J. A. *et al.* "Effects of environmental change on emerging parasitic diseases", *International Journal for Parasitology*, 30(12-13), 2000, pp. 1395-1405.

97 SCHMID, BORIS V. *et al.* *Climate-driven introduction of the Black Death and successive plague reintroductions into Europe*, Proceedings of the National Academy of Sciences, 2015, vol. 112, n.º 10, pp. 3020-3025.

2.2. EL CAMBIO CLIMÁTICO ESCALA A EMERGENCIA CLIMÁTICA

Luego de que el 18 de junio de 2019 la Secretaria Ejecutiva de la ONU sobre Cambio Climático, Patricia Espinosa, describiera la situación actual como una “emergencia climática” e hiciera un llamado a participar en la “batalla de nuestras vidas”, cuatro meses más tarde, en noviembre de 2019, el Parlamento Europeo declaró la “emergencia climática”⁹⁸ en la Unión Europea, convirtiéndose en el primer continente en el que una institución con amplias competencias de gobierno adopta una medida de esas proporciones. Posteriormente le secundaron más de 20 países y 500 ciudades, incluyendo 18 en Estados Unidos, 384 en Canadá y 68 en Alemania, por mencionar algunas. Sin embargo, la reacción y las medidas concretas para hacer frente a los cambios del clima que tienen un peso importante en la proliferación de vectores y la expansión de epidemias en nada se parecen a las correspondientes a la reacción frente al coronavirus.

Es claro que la percepción del riesgo es diferente. Mientras el Covid-19 avanza con rapidez, ayudado por las condiciones climáticas y el estilo de vida que las crea, el cambio climático es percibido como de reacción lenta y de largo plazo, incluso no se le relaciona con la pandemia, con la cual está íntimamente asociado. Es por eso que la ONU permanentemente llama la atención en el sentido de no olvidar que el cambio climático es una gran amenaza. En su portal de internet, actualizado el 10 de marzo de 2020, destacaba: “El cambio climático es más mortal que el coronavirus”⁹⁹, y el Secretario General, Guterres, advertía: “toda la atención que tiene que ponerse en la lucha contra esta enfermedad no distraiga de la necesidad de combatir el cambio climático, la desigualdad y el resto de los problemas a los que se enfrenta el mundo”. En este contexto es oportuno recordar la carta publicada en noviembre de 2019 por más de 11.000 científicos de 153 países, en la que advertían que “la crisis climática se está acelerando más rápido que lo que preveía la gran mayoría de

98 Véase The European Parliament declares Climate Emergency, 29 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20191121ipr67110/the-european-parliament-declares-climate-emergency>

99 Véase *Cambio climático y medio ambiente*, Noticias ONU, 10 de marzo de 2020, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/03/1470901>

los científicos”, y que deben introducirse cambios dramáticos en la sociedad para evitar “un sufrimiento incalculable debido al cambio climático”¹⁰⁰.

Por otro lado, hay recordar que si no logramos que el calentamiento global se mantenga por debajo de 2 °C, y si, por el contrario, permitimos que sobrepase los 3 °C o incluso los 4 °C, por encima de los niveles preindustriales, los resultados no serán comparables con los del Covid-19. La destrucción de suelos y bosques, la sequía y la contaminación de lagos y ríos, las inundaciones costeras, los fenómenos climáticos extremos como huracanes y las olas de calor en todo el mundo, sumados al incremento despiadado de las enfermedades transmitidas por vectores, nos pueden conducir a escenarios inimaginables. Hoy es el coronavirus, mañana puede ser otro virus o bacteria que en mejores condiciones ambientales para ellos y malas para los seres humanos termine diezmando a la humanidad.

2.3. LA CRISIS CLIMÁTICA Y POSIBLES DESREGULACIONES EN LA POS-COVID-19, NUEVAS AMENAZAS

El Covid-19 ha desplazado temporalmente al cambio climático como la principal amenaza que enfrentamos como sociedad. Científicos, académicos y expertos ya están elaborando sus primeras aproximaciones de lo que podría suceder una vez se controle la pandemia. En términos de sus efectos sobre el cambio climático, lo más seguro es que ocurra un rebote, para utilizar el argot de los mercados de capitales, y, como consecuencia de ello, se profundicen los daños al medio ambiente y a la salud de las personas y de todos los seres vivos.

De hecho, China ha dicho que relajará la supervisión ambiental de las empresas para estimular su economía en respuesta a los cierres por el coronavirus, y ya ha anunciado¹⁰¹ la construcción de docenas de nuevas centrales de carbón en un plan de estímulo para su economía de 50 billones de yuanes (6.500 millones de euros). La apertura de estas plantas supondrá una de las mayores amenazas al recorte de emisiones y, según organizaciones como

¹⁰⁰ Véase *World Scientists' Warning of a Climate Emergency*, disponible en: <https://academic.oup.com/bioscience/article/70/1/8/5610806>

¹⁰¹ Véase World Economic Forum. *El plan de China para relanzar la economía por la crisis del coronavirus apuesta por construir más centrales de carbón*, 26 de marzo de 2020, disponible en: <https://es.weforum.org/agenda/2020/03/el-plan-de-china-para-relanzar-la-economia-por-la-crisis-del-coronavirus-apuesta-por-construir-mas-centrales-de-carbon/>

Global Energy Monitor, obstaculizará cualquier intento global por mantener la temperatura del planeta por debajo de los 2° C.

También Estados Unidos, a través de la Agencia de Protección Medioambiental (EPA)¹⁰², emitió el 26 de marzo un Memorándum sobre las Implicaciones del Covid-19 para el Programa de Garantía de Cumplimiento y Observación de la Agencia, por la que se flexibilizan —a modo indefinido y retroactivo desde el 13 de marzo— las normas y controles a las industrias debido al coronavirus. Medidas como estas probablemente se extiendan a otros países, con lo cual no solo se podría evaporar la sorprendente reducción de gases contaminantes de efecto invernadero alcanzada durante el primer trimestre del año a causa de la pandemia.

El presidente del Grupo Banco Mundial, David Malpass, ha declarado que será necesario implementar reformas de ajuste estructural para recuperarse del Covid-19, incluidos los requisitos para la eliminación de “regulaciones excesivas, subsidios, regímenes de licencias, protección comercial de préstamos, para fomentar mercados, opciones y perspectivas de crecimiento más rápidas”¹⁰³. Es decir que lo que se avecina en el pos-Covid-19 posiblemente nos conduzca a más desregulación y flexibilización de políticas, incluidas las medioambientales, como mencionamos en los casos de China y Estados Unidos. En este sentido, los ciudadanos debemos prepararnos para tendencias que intentarán mantener la normalidad antes de la pandemia.

Polonia y la República Checa han mostrado poco interés en los compromisos climáticos de la Unión Europea, y el presidente checo pidió a la Comisión Europea que se “olvide del acuerdo verde para centrar todos sus esfuerzos en el virus”¹⁰⁴.

102 Véase, en detalle, EPA Announces Enforcement Discretion Policy for Covid-19 Pandemic, News releases, 26 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.epa.gov/newsreleases/epa-announces-enforcement-discretion-policy-covid-19-pandemic>

103 Véase *Remarks by World Bank Group President David Malpass on G20 Finance Ministers Conference Call on Covid-19*, 23 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.worldbank.org/en/news/speech/2020/03/23/remarks-by-world-bank-group-president-david-malpass-on-g20-finance-ministers-conference-call-on-covid-19>

104 Véase Reuters. *EU Should Scrap Emissions Trading Scheme, Polish Official Says*, 17 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-poland-ets/eu-should-scrap-emissions-trading-scheme-polish-official-says-idUSKBN2141RC> y también, EURACIT. *Czech PM Urges EU to ditch Green Deal amid Virus*, 17 de marzo 2020, disponible en: <https://www.euractiv.com/section/energy-environment/news/czech-pm-urges-eu-to-ditch-green-deal-amid-virus/>

En México, el 15 de mayo, la Secretaría de Energía publicó una nueva normativa para el sector eléctrico en México, argumentado la necesidad de garantizar la “confiabilidad del sistema” durante la pandemia. Esa normativa fortalece el control estatal y por ende el uso de combustibles fósiles, y pone un freno al desarrollo de las energías renovables, principalmente eólica y solar, con lo cual no solo se afectan las inversiones y la seguridad jurídica, sino que se produce un atentado más contra el medio ambiente y la salud de las personas¹⁰⁵.

3. PANDEMIAS Y GRANDES TRANSICIONES: LO QUE ACONTECIÓ Y DEBERÁ ACONTECER

Expresiones como “nada será como antes”, “la vida nos cambió”, “la era pos-Covid-19”, “el día después”, “la nueva normalidad” son parte del lenguaje que se ha posicionado sin importar el lugar donde nos encontremos. Todos sentimos que efectivamente el Covid-19 nos cambió la vida, lo que sin duda es una verdad irrefutable. Experiencias como esta de impacto global ya han sucedido antes. Generaciones que nos antecedieron, en circunstancias diferentes, sobrellevaron situaciones similares, pero se levantaron de lo que pareció una pesadilla interminable, calificada como el fin del mundo o el castigo de dios a los humanos¹⁰⁶. Luego navegaron indefectiblemente hacia nuevas vivencias, incluso hacia nuevas sociedades. Puede que hayan pasado años, décadas o incluso siglos, pero esas crisis, especie de guerra de microorganismos contra la humanidad, les arrancaron los sueños a muchas generaciones en el pasado y les trajeron un nuevo presente y un futuro mejor a otras. Más allá de los inapreciables daños infligidos, medidos en fallecimientos, pérdidas económicas, migraciones, separaciones de familias, entre otras, han tenido el potencial de incidir en grandes transformaciones.

105 Para más detalle, véase el Acuerdo del 29 de abril de 2020, para garantizar la eficiencia, calidad, confiabilidad, continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, con motivo del reconocimiento de la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (Covid-19), disponible en: <https://www.cenace.gob.mx/Docs/MarcoRegulatorio/AcuerdosCENACE/Acuerdo%20para%20garantizar%20la%20eficiencia,%20Calidad,%20Confiabilidad,%20Continuidad%20y%20seguridad%20del%20SEN%202020%2005%2001.pdf>

106 Muchas de esas expresiones pueden leerse en LANGER, WILLIAM L. “The black death”, *Scientific American*, vol. 210, n.º 2, 1964, pp. 114-121.

3.1. LA PANDEMIA DEL SIGLO XIV DIO UN EMPUJÓN AL FEUDALISMO Y TRAJÓ EL RENACIMIENTO

La peste negra o bubónica, atribuida a la bacteria *yersinia pestis*¹⁰⁷, que causó la muerte de aproximadamente 100 millones de personas entre los siglos XIV y XVIII en Europa, África y Asia, y de cerca del 50% de la población europea¹⁰⁸, impactó de modo determinante el feudalismo, moldeando las dinámicas de cambio camino a la modernidad, en una especie de bisagra entre dos épocas, acelerando el arranque del Renacimiento¹⁰⁹ y la modernización de Europa¹¹⁰; es decir, catalizó una transición sin precedentes.

La tragedia que causó la pandemia se produjo en una etapa de cierta estabilidad en Europa a finales de la Edad Media. El creciente comercio entre Oriente y Occidente y dentro de la propia Europa facilitó la propagación de la enfermedad que viajaba como huésped especialmente en roedores. Las florecientes ciudades, como Venecia y Génova, con grandes puertos comerciales en el Mediterráneo oriental y el mar Negro, sufrieron particularmente los embates de la enfermedad¹¹¹.

La devastación abrió las compuertas del cambio y de profundas transformaciones. En lo social, permitió la mejora de los salarios de los trabajadores ante la escasez de mano de obra. En lo económico, la pérdida de valor de la tierra permitió que muchos campesinos pobres pudieran acceder a ella, al contrario de lo que sucedía antes de la pandemia¹¹². La peste, con toda su pestilencia, despertó la necesidad de la observación y una inclinación científica hacia la

107 NA, N. *The Black Death: the great mortality of 1348-1350: a brief history with documents*, Springer, 2016, p. 25.

108 ARRIZABALAGA, JON. “La peste negra de 1348: los orígenes de la construcción como enfermedad de una calamidad social”, en *Dynamis*, 11, 1991, pp. 73-117.

109 GARCÍA, IGNACIO. “La ‘muerte negra y el imaginario colectivo europeo de los siglos XIV y XV”, *Epíkeia. Revista del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, Universidad Iberoamericana León, 2017, pp. 5 y 14.

110 CAMRYN, FRANKE. *The Black Death, an Unforeseen Exchange: Europe’s Encounter with Pandemic Sparked an Age of Exploration*, 2017, p. 13.

111 COHN, SAMUEL K. JR. *The Black Death Transformed: Disease and Culture in Early Renaissance Europe*, Londres y Nueva York, Arnold y Oxford University Press, 2002, pp. 223-252.

112 JAMES, TOM. *Black death: the lasting impact*, BBC, en History, 17 de febrero de 2011, disponible en: http://www.bbc.co.uk/history/british/middle_ages/black_impact_01.shtml

prevención de epidemias, poniendo en marcha los primeros conocimientos de la epidemiología moderna¹¹³.

3.2. LA INFLUENZA DEL SIGLO XX IMPULSÓ LA CIENCIA

La pandemia de influenza de 1918, mal llamada gripe española¹¹⁴, aparecida en plena Primera Guerra Mundial, causó la muerte a más de 50 millones de personas. La severidad de esta pandemia se agravó básicamente por cuatro condiciones que confluyeron: un sistema de salud escasamente desarrollado; la ausencia de antimicrobianos para tratar la neumonía como complicación de la gripe (la penicilina se descubriría diez años más tarde); la inexistencia de la virología (esta no tuvo inicio hasta la aparición del microscopio electrónico, en la década de 1930), y, muy especialmente, la guerra¹¹⁵, que fue un caldo de cultivo que potenció el nivel de propagación.

Esta catástrofe global, de la que aún se sigue investigando, transformó el sistema de salud en el mundo dándole una perspectiva diferente. Muchos países crearon o renovaron los ministerios de salud en la década de 1920. Se reconoció la necesidad de coordinar la salud pública a nivel internacional, ya que claramente las enfermedades contagiosas no respetaban las fronteras. El año 1919 vio la apertura, en Viena, de una oficina internacional para combatir las epidemias, como precursora de la Organización Mundial de la Salud¹¹⁶.

Las primeras estrategias sanitarias implementadas fueron el aislamiento, el lavado de las manos¹¹⁷, el uso de mascarillas, la prohibición de reuniones y eventos públicos¹¹⁸ y, posteriormente, con el desarrollo de la microbiología,

113 VANNESTE, SARAH FRANCES. *The Black Death and the Future of Medicine*, 2010, pp. 76-77.

114 TRILLA, ANTONI; TRILLA, GUILLEM y DAER, CAROLYN. "The 1918 'Spanish flu' in Spain", *Clinical Infectious Diseases*, 2008, vol. 47, n.º 5, pp. 668-673.

115 PUMAROLA, TOMÁS y ANTÓN, ANDRÉS. *La pandemia de gripe de 1918. Una incógnita 100 años después*, 2018, pp. 63-66.

116 Véase SPINNEY, LAURA. "How the 1918 Flu Pandemic Revolutionized Public Health", *Smithsonian Magazine*, 27 de septiembre 2017, disponible en: <https://www.smithsonianmag.com/history/how-1918-flu-pandemic-revolutionized-public-health-180965025/>

117 Véase HAYNES, SUYIN. "You must wash properly". Newspaper ads from the 1918 flu pandemic show some things never change", en *Time*, disponible en: <https://time.com/5810695/spanish-flu-pandemic-coronavirus-ads/>

118 Para más detalles, véanse los resultados de la investigación de la periodista científica Laura Spinney, quien estudió la pandemia en 2018: "Pale Rider: The Spanish Flu of 1918 and How It Changed the World", *Library Journal*, 2017, vol. 142, n.º 11, 2017, p. 94.

los tratamientos a través de vacunas y antibióticos, y la creación y fortalecimiento de una institucionalidad y gobernanza nacional e internacional para la salud, cuyo alcance ha sido poco efectivo y limitado, particularmente en los países más pobres.

Esta crisis sanitaria se desarrolló en el contexto de la segunda transición energética global, como lo mencionamos *supra*, caracterizada por el desplazamiento progresivo del carbón por parte del petróleo, proceso que se consolidó después de la Segunda Guerra Mundial. Hacer esta precisión es importante porque en definitiva lo que ocurrió fue la captura, por parte del petróleo, de un conjunto de actividades vinculadas a una sociedad que estaba dejando atrás un estilo de vida, en muchos países todavía rural, para dar un salto hacia la modernidad. Ese salto exigió un tipo energía que solo el petróleo podía ofrecer. El carbón, menos competitivo, lejos de desaparecer, se apropió de ciertos espacios que conserva con mucha fuerza; y el gas natural, al entrar en escena a partir de la década de 1960, cerró el círculo de una sociedad que se hizo adicta a los combustibles fósiles y terminó desestabilizando el planeta debido a los cientos de miles de millones de toneladas de GEI vertidos a la atmósfera. De este modo se han opacado muchos avances en los sistemas de salud alcanzados después de la Segunda Guerra Mundial, debido a la contaminación del medio ambiente, a la presión sobre los ecosistemas, al deterioro generalizado de la salud y a la pérdida de inmunidad individual y colectiva.

3.3. EL COVID-19 DEL SIGLO XXI PROMUEVE GRANDES TRANSFORMACIONES

La actual pandemia causada por el coronavirus, que ha infectado a más de 14 millones de personas y causado la muerte de más de 600 mil en el mundo (a julio de 2020), no será tan letal como las anteriores, dado que, como lo explica Terence Chorba en su artículo “Conflict with combatants and infectious disease”¹¹⁹, “hoy nos encontramos en una posición menos vulnerable que antes. Existe mayor conocimiento y vigilancia respecto de la propagación de los virus de la Influenza, por lo tanto, no es probable que millones de personas mueran nuevamente”.

119 CHORBA, TERENCE. “Trench conflict with combatants and infectious disease”, *Emerging Infectious Diseases*, 2018, 24, n.º 11, p. 2136.

Si bien la afirmación de Chorba goza de bastante credibilidad y ciertamente la pandemia causada por el Covid-19 no debería alcanzar los niveles de devastación de sus antecesoras, no es menos cierto que los muertos y los daños colaterales podrían haber sido menores si hubiéramos estado mejor preparados. Veamos por qué.

En 2018, Tedros Adhanom Ghebreyesus, director general de la Organización Mundial de la Salud, silenció a la audiencia de la Cumbre Mundial de Gobiernos al afirmar que “una pandemia devastadora podría comenzar en cualquier país y en cualquier momento y que el mundo no estaría preparado”¹²⁰.

Esta afirmación fue corroborada posteriormente, luego de que un consorcio de organizaciones publicara en noviembre de 2019 el Índice de Seguridad Sanitaria Global (GHS)¹²¹ que intenta medir la capacidad mundial para prevenir, detectar y responder a las amenazas de enfermedades infecciosas. El estudio, luego de medir las categorías: 1. Prevención, 2. Detección e informe, 3. Respuesta rápida, 4. Sistema de Salud, 5. Cumplimiento de normas internacionales y 6. Entorno de riesgo, arrojó como resultado que la preparación internacional para enfrentar una pandemia era “muy débil”, con un puntaje promedio de 40.2, que se eleva a 51.9 para los países de altos ingresos, una situación que se describe como alarmante¹²².

En una escala de 0 a 100, donde 100 representa el nivel más alto de preparación, Estados Unidos se posicionó como la nación “más preparada” (con un puntaje de 83.5), con el Reino Unido de segundo (77.9), seguido de los Países Bajos (75.6), Australia (75.5) y Canadá (75.3). Tailandia y Corea del Sur son los únicos países fuera de Occidente que se clasifican en esa categoría.

Desde el mismo inicio del Covid-19, los estudios no han cesado de hacer seguimiento al comportamiento de los países frente a los daños causados por

120 Véase, en detalle, la alocución de Tedros Adhanom Ghebreyesus, director general de la Organización Mundial de la Salud, *¿Podemos conseguir un mundo sin pandemias?*, disponible en: <http://www9.who.int/dg/speeches/2018/pandemic-free-world/es/>

121 El índice de seguridad de salud global (GHS) es la primera evaluación integral y la primera evaluación comparativa de la seguridad de la salud y las capacidades relacionadas en los 195 países que son Estados parte de los Reglamentos de Salud Internacional (RSI OMS [2005]). El GHS Index es un proyecto de la Iniciativa de Amenazas Nucleares (NTI) y del Centro Johns Hopkins para la Seguridad de la Salud (JHU), y fue desarrollado con la Unidad de Inteligencia de The Economist (EIU). Para más detalles, véase: <https://www.ghsindex.org/wp-content/uploads/2020/04/2019-Global-Health-Security-Index.pdf>

122 Véase Global Health Security GHS Index. Octubre de 2019, p. 12, disponible en: <https://www.ghsindex.org/wp-content/uploads/2020/04/2019-Global-Health-Security-Index.pdf>

la pandemia. De acuerdo con el GHS, era previsible que los países con mayor puntuación obtendrían mejores resultados en términos de respuestas ante la pandemia; no obstante, y como lo hemos visto a diario, la situación ha sido otra, con lo cual se puede afirmar que del conocimiento que se tenía de los sistemas de salud de los países y su capacidad para hacer frente a la crisis sanitaria era efectivamente débil, incompleto e incorrecto.

Otro informe publicado en marzo de 2020 por Deep Knowledge Group (un consorcio de organizaciones con y sin fines de lucro) para medir los índices de Covid-19 sobre Seguridad, Riesgo y Eficiencia de Tratamiento, que cubre hasta 150 países, ofrece información para el análisis de la crisis sanitaria¹²³. El estudio recopila información de fuentes disponibles, como la Organización Mundial de la Salud, la Universidad Johns Hopkins, Worldometers y los Centers for Disease Control and Prevention (CDC), y abarca las áreas: eficiencia de cuarentena, eficiencia de gestión de gobierno, monitoreo, detección y preparación para el tratamiento de la emergencia. Los resultados revelan una lista muy distinta a la del GHS sobre los países mejores preparados para enfrentar una crisis sanitaria como la causada por el Covid-19. Entre los que la lideran están: Israel, Alemania y Corea del Sur, mientras que los dos mejores en el GHS, es decir, Estados Unidos y el Reino Unido, no se encuentran entre los 40 mejores del Índice de Seguridad Covid-19. La falta de correlación entre ambos estudios se extiende a otros países como Francia, España o Suecia, que tampoco se encuentran entre los primeros 40 en el rango de seguridad Covid-19. Por el contrario, países como Austria, China, Hungría, Japón, Nueva Zelanda, Singapur y los Emiratos Árabes Unidos tienen un mejor desempeño en el Índice de Seguridad Covid-19 que en el GHS. Alemania obtuvo solo el puesto 14 en el índice GHS, mientras que ocupó el segundo lugar en el índice de seguridad Covid-19.

De hecho, el caso de Alemania es particularmente interesante pues en 2012 ya había emprendido acciones contra una posible pandemia. El Instituto Robert Koch, institución que tiene atribuida la competencia de realizar los análisis de la situación sanitaria en Alemania, elaboró a solicitud del Parlamento de ese país un estudio sobre la presencia de un virus de origen asiático

123 Para más detalles sobre el estudio, véase LAFORTUNE, GUILLAUME, Red de Soluciones de Desarrollo Sostenible (SDSN). *How much do we know about countries preparedness to respond to pandemics? Insights from two country-level indices*, 20 de abril de 2020, disponible en: <https://www.unsdsn.org/how-much-do-we-know-about-countries-preparedness-to-respond-to-pandemics-insights-from-two-country-level-indices>

bautizado como Modi-SARS¹²⁴. Partiendo de una simulación para enfrentar esta hipotética probabilidad, confeccionó un protocolo de actuación que permitió responder a tiempo y evitar una catástrofe mayor cuando se anunció que el coronavirus había llegado.

Aunque es muy temprano para aproximarse a valoraciones definitivas sobre ambos estudios, dos consideraciones parecen tener suficiente argumentación:

1. El GHS no erró en advertir que en general todos los sistemas de salud se encontraban en condiciones de debilidad para enfrentar una crisis como la del coronavirus.

2. Parece quedar demostrado que algunos países fueron sobreestimados en sus capacidades, como Estados Unidos y el Reino Unido, y otros subestimados, como Alemania y Corea del Sur. Esto en función de los resultados obtenidos hasta ahora, donde los dos primeros presentan mayores contagios y muertes, mientras que los segundos muestran cifras altas de contagios pero muchos curados y menos fallecidos¹²⁵.

4. EL COVID-19 Y LA CRISIS CLIMÁTICA IMPULSAN INNOVACIONES PARA LA TRANSICIÓN GLOBAL

4.1. LAS TECNOLOGÍAS Y LAS GRANDES TRANSFORMACIONES

Frente a la ausencia de una vacuna contra el Covid-19, el aislamiento, el distanciamiento social, el uso de mascarillas y el lavado de las manos con jabón han resultado ser de las medidas más efectivas, tal como se implementaron en la crisis de 1918. Sin embargo, en esta oportunidad, gracias a los avances de la ciencia, varias novedades han aparecido, como los tests PCR, que detectan el genoma del virus, y *los tests inmunológicos*, que detectan las proteínas (antígenos) del virus; pero además ha sorprendido la efectividad de las nuevas tecnologías de la Industria 4.0 para apoyar la lucha contra la pandemia, lo que nos permite visualizar cómo se podrán enfrentar en el futuro nuevas crisis contando con la madurez y un mayor desarrollo de esas nuevas tecnologías.

124 Véase Bericht zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz 2012, Deutscher Bundestag Drucksache 17/12051 17. Wahlperiode, Drucksache 17/12051, disponible en: <https://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/120/1712051.pdf>

125 Véase LAFORTUNE. *How much do we know about countries preparedness to respond to pandemics?*. cit., pp. 4-6.

Un informe del Parlamento Europeo de marzo de 2020^[126] explica cómo las tecnologías de información digital y la vigilancia se han desplegado de una manera sin precedentes para recopilar datos y evidencia confiable para apoyar la salud pública y la toma de decisiones. La inteligencia artificial, los robots y los drones ya se encuentran operando para ayudar a rastrear la enfermedad y aplicar medidas restrictivas, mientras que los científicos están aplicando frenéticamente la edición de genes, biología sintética y las nanotecnologías en un intento por preparar y probar futuras vacunas, tratamientos y diagnósticos.

Todos hemos visto asombrados en los medios de comunicación, por ejemplo, las herramientas de recopilación de datos para facilitar el rastreo de contactos, verificar síntomas y predecir brotes y vulnerabilidades. Kuldeep Singh Rajput, CEO de Biofourmis, un especialista en terapéutica digital con sede en Boston¹²⁷, explica que la solución que ofrecen basada en inteligencia artificial (IA) funciona a través de un sensor que los pacientes usan en el brazo y que puede capturar más de 20 señales fisiológicas que luego se envían a la nube, para que sean procesadas por los médicos a través de dispositivos inteligentes. Nanotech Surface¹²⁸ ha diseñado una herramienta de detección para identificar pacientes como “en riesgo” o “libre de riesgo” de Covid-19, para ayudar a aliviar la carga de los profesionales de la salud y permitir que los recursos se dirijan a quienes más lo necesitan. La empresa Respilon¹²⁹ ha desarrollado una máscara facial hecha de nanofibras y óxido de cobre, que puede atrapar y destruir todos los virus.

La crisis creada por el Covid-19 va a desafiar aún más a la ciencia y al desarrollo de nuevas tecnologías para la detección temprana de nuevas pandemias y otras enfermedades. Pero además va a sacar provecho de importantes destellos de cooperación y alianzas impensables antes de esta crisis, incluso

126 El informe fue elaborado por Mihalis Kritikos, de la Unidad de Prospectiva Científica (STOA) de la Dirección General de Servicios de Investigación Parlamentaria (EPRS) de la Secretaría del Parlamento Europeo, y fue publicado en abril de 2020; disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/641543/EPRS_IDA\(2020\)641543_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/641543/EPRS_IDA(2020)641543_EN.pdf)

127 Véase *Biofourmis: Boston firm helmed by Indian creates AI platform to monitor Covid-19 patients remotely*, 12 de marzo de 2020, disponible en: <https://indianexpress.com/article/technology/tech-news-technology/boston-firm-helmed-by-indian-created-platform-to-monitor-covid-19-patients-remotely-6306673/>

128 Véase SONA NANOTECH. *Coronavirus*, disponible en: <https://sonanano.com/coronavirus/>

129 Véase *Czech Respilon Develops “Revolutionary” Facemask against Coronavirus*, 4 de febrero de 2020, disponible en: https://www.czechtradeoffices.com/en/id/news/czech-company-respilon-develops-_revolutionary_-facemask-helping-against-coronavirus

entre grandes corporaciones y empresas rivales. Tal es el caso de la colaboración tecnológica que han emprendido Apple y Google¹³⁰, para aportar tecnología a sus plataformas de teléfonos inteligentes que alertará a los usuarios si han entrado en contacto con una persona con Covid-19. Esta tecnología, que se ha probado en China, Corea del Sur y otros países, está diseñada para frenar la propagación del nuevo coronavirus al decirles a los usuarios que deben ponerse en cuarentena o aislarse después del contacto con un individuo infectado.

No obstante que los avances tecnológicos representan herramientas útiles para combatir el actual Covid-19 y futuras pandemias, un hecho incuestionable que afectará su efectividad tiene que ver con la calidad y el compromiso de los liderazgos, incluso más que con la condición de país pobre o rico, que indudablemente siempre tendrá un peso muy importante, ya que naciones poderosas mal gestionadas serían arrastradas al grupo de países muy afectados por esta y por una próxima pandemia. Esto no quiere decir que las naciones con menos recursos no verán limitadas sus posibilidades financieras para realizar inversiones en nuevas tecnologías, pero, dado que algunas de esas novedades y avances que orbitan en la Industria 4.0 no son inevitablemente inaccesibles y, por el contrario, serán muy económicas en un tiempo relativamente corto, lo más urgente ahora es prepararse para obtenerlas e incluso promoverlas en el nivel nacional.

No hay que olvidar que no habrá lugar seguro en el planeta mientras una sola persona sea portadora de un virus con el poder letal del coronavirus o quizás de un virus aún más letal. Ser pobre o rico no marcará una gran diferencia. El mismo hecho de que nos encontremos frente a la primera gran epidemia de la globalización, como lo afirma categóricamente Frank Snowden¹³¹, considerado el mayor experto en historia de las epidemias, y mientras las personas no puedan lavarse las manos o aislarse en una favela de Río de Janeiro o en las barriadas de la Ciudad de México o de Bombay, o de Sudáfrica, lo que allí ocurra nos pasará a todos.

130 Véase *Apple und Google Arbeiten zusammen an Technologien zur Kontaktverfolgung bei Covid-19*, 10 de abril de 2020, disponible en: <https://www.apple.com/de/newsroom/2020/04/apple-and-google-partner-on-covid-19-contact-tracing-technology/>

131 Véase la entrevista del diario *La Nación* al Dr. Frank Snowden, “Las epidemias son como mirarse al espejo de la humanidad, y puedo decir que no todo es bello”, 29 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/frank-snowden-las-epidemias-son-como-mirarse-al-espejo-de-la-humanidad-y-puedo-decir-que-no-todo-es-bello-nid2348455>

El Foro Económico Mundial publica 10 tendencias¹³² observadas en la actual crisis sanitaria que dan luces sobre lo que ocurrirá con nuestras vidas en el futuro y hacia dónde las tecnologías van a orientarse. Aunque no haré referencia a cada una de ellas, porque escaparía al alcance de este análisis, sí voy a referirme a aquellas que tienen que ver con elementos de movilidad, educación y asistencia médica, vinculadas directamente con la crisis sanitaria y climática y como herramientas para el combate de la pobreza y la exclusión social.

4.2. TELE-MEDICINA, TELE-TRABAJO, TELE-EDUCACIÓN, HERRAMIENTAS CONTRA LA POBREZA Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL

La necesidad de adaptarnos a los efectos del confinamiento global volcó a la población, a las empresas y a los gobiernos a acudir a las tecnologías de comunicación para seguir operando. El uso de las plataformas de comunicación y de gestión de eventos virtuales se ha disparado y ya es parte del lenguaje diario: Webinar, Zoom, YouTube, Instagram, y otras, son ahora más populares y utilizadas que antes.

En el caso de la telemedicina, hay que destacar cómo esas aplicaciones, con el apoyo de otros dispositivos que se emplean en la ciencia médica, han facilitado la atención y los diagnósticos en miles de casos en tiempo real, lo que ha permitido que algunos hospitales se mantengan limpios para casos confirmados, reduciendo las tasas de transmisión del virus.

Dados sus buenos resultados en Estados Unidos, las autoridades sanitarias anunciaron una importante expansión de las opciones de telemedicina. Ahora los ciudadanos estadounidenses inscritos en el Medicare pueden comunicarse por teléfono con un médico o a través de video chat sin costo adicional¹³³.

El Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades de ese país está ofreciendo un auto verificador de coronavirus en línea apodado “Clara”, para las personas que están preocupadas de que puedan tener síntomas de la

132 Véase World Economic Forum. *10 Technology Trends to watch in the Covid-19 pandemic*, 27 de abril de 2020, disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2020/04/10-technology-trends-coronavirus-covid19-pandemic-robotics-telehealth/>

133 Véase FARR, CHRISTINA. *Telemedicine has a big role in the coronavirus fight, but doctors say the laws remain murky*, 18 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.cnb.com/2020/03/18/telemedicine-has-role-to-play-in-covid-19-fight-but-laws-are-murky.html>

enfermedad. Dieciocho estados más han promulgado regulaciones de emergencia para aumentar el uso de la telesalud para proteger a los trabajadores de la salud y a las poblaciones de pacientes de alto riesgo. Por otro lado, la Oficina de Derechos Civiles del Departamento de Salud y Servicios Humanos en Estados Unidos decidió recientemente reducir las restricciones y permitir que los médicos utilicen aplicaciones como Apple, FaceTime, el chat de video de Facebook Messenger, el video de Google Hangouts o Skype para proporcionar telesalud sin riesgo de penalización por incumplimiento de la Ley de Responsabilidad y Portabilidad del Seguro de Salud¹³⁴.

Este espacio que se ha creado tiene desafíos legales por resolver, entre ellos, por ejemplo: la responsabilidad médica, las normas de reembolso y cobertura de los seguros, por mencionar solo algunos de los problemas que van a presentarse.

Esta misma metodología está siendo utilizada como sustituto temporal de la educación formal y del trabajo. Muchas empresas, universidades públicas y privadas están evaluando de qué manera se pueden hacer permanente muchas actividades que les traería grandes beneficios económicos.

Pensando en el desafío que significa combatir la pobreza en todas sus expresiones, incluyendo la energética en la que se encuentran millones de personas en todo el mundo, es oportuno recordar que de esa cantidad al menos 70 millones viven en Latinoamérica; sin ningún acceso, con acceso limitado y en muchos casos utilizando productos derivados de petróleo a altos precios, como el gas licuado de petróleo y el querosén, que al hacerse inaccesible para muchas familias pobres las obliga a acudir a la biomasa, con daño grave para su salud.

Como una esperanza, una luz al final del túnel nos envía un mensaje. En los próximos años se espera que la generación de electricidad se haga en el propio lugar de consumo, es decir, que cada vivienda, edificio o empresa, a través de la tecnología fotovoltaica, se convierta en una planta de generación. Vamos a presenciar lo que Rifkin llama el internet de la energía, donde todo será electrificado, incluyendo la movilidad, con lo cual la sociedad del carbón pasará a ser un asunto del pasado.

De este modo, instalando paneles solares en barrios y poblaciones pobres que no conocen la energía eléctrica, es decir, donde no ha llegado la 2RI, estos

134 Véase, en detalle, el informe elaborado por Mihalis Kritikos por cuenta del Parlamento Europeo, Informe elaborado por Mihalis Kritikos, cit., pp. 8, 12-15.

podrán disponer de neveras, cocinas eléctricas, teléfonos, computadoras y, desde luego, podrán estudiar, vía teleducación, formarse en carreras técnicas y, por qué no, comercializar también sus conocimientos artesanales y de otro tipo de que dispongan. Podrán acceder a la medicina, vía la telemedicina, y al trabajo, vía el teletrabajo.

La sociedad tendría con ello una oportunidad de hacerse más democrática a través de una mutación creada por la Industria 4.0 y por la 4RI, y adelantada en el tiempo por el Covid-19 y la crisis climática.

CONCLUSIONES

El análisis de las evidencias de que nos encontramos en medio de una Gran Transición Global en curso parece irrefutable, desde el punto de vista de la evolución y el desarrollo de los mercados energéticos en los cuales observamos la decadencia progresiva del predominio de las energías fósiles y el incuestionable ascenso de las fuentes de energías renovables. De hecho, las energías renovables están llamadas a cumplir, en el marco de la 4TE, un papel fundamental en esa Gran Transición Global, que tendrá como otro actor esencial la revolución tecnológica y digital, enmarcada dentro de la Tercera y la Cuarta Revolución Industrial, igualmente en pleno ascenso.

Las transformaciones que Rifkin y Schwab nos vienen anunciando no son éticamente compatibles con el modelo de desarrollo basado en las energías fósiles. Las energías fósiles no se ajustan al ideal de una sociedad avanzada y de un planeta limpio. Esto a pesar de que están allí y seguirán estando por mucho tiempo más.

La 3RI concebida por Rifkin y la 4RI por Schwab son en esencia procesos nacidos con los mismos propósitos que la 4TE. Combatir el cambio climático, garantizar la seguridad energética y promover el desarrollo sostenible en toda su profundidad incluye, desde luego, la lucha y la erradicación de la pobreza.

Uno de los elementos característicos de los procesos que hemos estudiado se centra en la concepción horizontal, descentraliza y democrática que representan las energías renovables y la 3RI y la 4RI. Las energías renovables se deben en sí mismas a las fuentes naturales de mayor poder energético, como el sol y el viento, entre otras, que por su universalidad son de libre acceso: a nadie se le puede negar que las utilice y aproveche. Las energías renovables son del colectivo, pertenecen a todos los seres vivos del planeta.

La crisis ocasionada por el Covid-19, que el FMI ya califica como un shock sin precedentes desde la Gran Depresión de los años treinta del pasado siglo,

medida en muertes, pérdidas de empleo, colapso de la economía, en inversiones para paliar sus efectos sociales inmediatos, así como en la inmensa cantidad de recursos monetarios y financieros que se necesitan para reactivar el aparato productivo global, son incomparables con los efectos positivos que a largo plazo tendría la transformación de nuestro estilo de vida respetando el sistema climático, modificando el sistema energético internacional para estabilizar el clima y la vida sobre la tierra.

El Covid-19, en su estela destructiva, tiene que hacernos reflexionar; no son necesario más pruebas para darnos cuenta de que el tiempo para transitar hacia una sociedad descarbonizada y sostenible es ahora. Debe imponerse la racionalidad para tener claro que sería una estupidez, como dijo Albert Einstein, seguir haciendo las mismas cosas y esperar un resultado distinto.

Si de algo debemos estar convencidos es de que la actual crisis sanitaria constituye un quiebre, un punto de inflexión, que no puede dejar pasar el impacto social y transformador que han tenido y pueden seguir teniendo la solidaridad y la cooperación colectiva demostradas por millones de ciudadanos en el mundo, incluso más que por los Estados. Los líderes, sean políticos o empresarios, y en general los gobiernos, tienen que asimilar lo sucedido para dar respuestas apropiadas a una sociedad cuyo deseo de cambio va a resultar fortalecido. Por ello reiteramos que la Gran Transición Global es inaplazable e indetenible. El mundo en la era pos-Covid-19 no será para recuperar la *normalidad* que nos hundió en esta crisis sanitaria y que acelera el cambio climático. La transición es para producir grandes transformaciones en los planos social, político, económico, tecnológico y cultural.

REFERENCIAS

ABERTH, JOHN. *The Black Death: the great mortality of 1348-1350: a brief history with documents*, Springer, 2016.

AKOS, LOSZ y JONATHAN, ELKIND - Center on Global Energy Policy, Columbia University. *The Role of Natural Gas in the Energy Transition*, Center on Global Energy Policy, Columbia University, 24 de septiembre de 2019, disponible en: <https://energypolicy.columbia.edu/research/commentary/role-natural-gas-energy-transition>

ALSTON, PHILIP, Relator sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Hacia el apartheid climático*, 25 de junio de 2019, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/06/1458411>

- ARRIZABALAGA, JON. “La peste negra de 1348: los orígenes de la construcción como enfermedad de una calamidad social”, en *Dynamis*, 11, 1991.
- BARROSO, LUÍS ROBERTO. “La Revolución Tecnológica, crisis de la democracia y cambio climático: un mundo en transformación y los límites al derecho”, en JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY y LUNA, MARISOL, *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*, 2020.
- BINDER, CONSTANZE. “El principio de daño de Mill y los derechos humanos como fundamento para restringir la libertad de contaminar”, en JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY y LUNA, MARISOL, *Crisis climática, transición energética y derechos humanos, Heidelberg Center para América Latina*, Chile (Universidad de Heidelberg) y Fundación Heinrich Böll, Colombia, marzo de 2020.
- BOULDING, K. E. *El significado del siglo XX: la gran transición*, 1966.
- BUDKE, CHRISTINE M. *et al.* “Health impact assessment and burden of zoonotic diseases”, en PALMER, S. R. *et al.* (eds.), *Oxford textbook of zoonoses: biology, clinical practice, and public health control*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 30-37.
- CAMRYN, FRANKE. *The Black Death, an unforeseen exchange: Europe’s encounter with pandemic sparked an age of exploration*, 2017.
- CHORBA, TERENCE. “Trench conflict with combatants and infectious disease”, *Emerging infectious diseases*, 2018, 24, 11.
- COHN, SAMUEL K. JR. *The Black Death transformed: disease and culture in Early Renaissance Europe*, Londres y Nueva York, Arnold y Oxford University Press, 2002.
- DE WIT, ELISA; SENEVIRATNE, SONALI y HUW, CALFORD. *Climate Change Litigation Update*, Norton Rose Fulbright, 2020, disponible en: <https://www.nortonrosefulbright.com/en-au/knowledge/publications/7d58ae66/climate-change-litigation-update>
- ELGOUACEM, ASSIA; FRANZEN, KARIN; JENSEN DÍAZ, WILLIAM; MUTH JOSCHE y PACIOREK, ALEKSANDRA. *Eliminando progresivamente subsidios ineficientes a los combustibles fósiles. México y Alemania en el proceso de revisión por pares de G20*, 2017, disponible en: <https://www.oecd.org/fossil-fuels/Reporte%20IFFS%20Versi%C3%B3n%20Final.pdf>
- FARR, CHRISTINA. *Telemedicine has a big role in the coronavirus fight, but doctors say the laws remain murky*, 18 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.cnn.com/2020/03/18/telemedicine-has-role-to-play-in-covid-19-fight-but-laws-are-murky.html>

- GARCÍA, IGNACIO. “La ‘muerte negra’ y el imaginario colectivo europeo de los siglos XIV y XV”, *EPIKEIA, Revista del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, Universidad Iberoamericana León, 2017.
- GOOD, ALLISON; KUYKENDALL, TAYLOR y TESTA, DAN. “Energy transition to be shaped by world response to Covid-19”, en *S&P Global Market Intelligence*, 1 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/energy-transition-to-be-shaped-by-world-response-to-covid-19-58385334>
- GOODALL, CHRIS. “The time needed for energy transitions”, *Carbon Commentary*, 2016, disponible en: <https://www.carboncommentary.com/blog/2016/11/17/the-time-needed-for-energy-transitions>
- GOODWIN, TOM, jefe de Innovación y Estrategia de EVP, disponible en: <https://tomgoodwin/>
- GORDON, JEFFREY. *Energía solar*, International Solar Energy Society.
- HANNAH, RITCHIE y ROSER, MAX. *CO2 and Greenhouse Gas Emissions*, 2017 (consultado en diciembre de 2019), disponible en: <https://ourworldindata.org/co2-and-other-greenhouse-gas-emissions#annual-co2-emissions>
- HAYNES, SUYIN. “You must wash properly, Newspaper ads from the 1918 flu pandemic show some things never change”, en *Time*, disponible en: <https://time.com/5810695/spanish-flu-pandemic-coronavirus-ads/>
- JAMES, TOM. “Black death: the lasting impact”, *BBC*, 17 de febrero de 2011, disponible en: http://www.bbc.co.uk/history/british/middle_ages/black_impact_01.shtml
- JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY. “La cuarta transición energética y el camino hacia la descarbonización: el caso de Alemania”, en JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY y LUNA, MARRISOL, *Crisis climática, transición energética y derechos humanos*, Heidelberg Center para América Latina, Chile (Universidad de Heidelberg) y Fundación Heinrich Böll, Colombia, marzo de 2020, pp. 247-279.
- JIMÉNEZ GUANIPA, HENRY. “El derecho sostenible y el litigio sobre cambio climático: impacto en los DESCA”, en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO y FLORES, ROGELIO, *La Constitución y sus garantías, a 100 años de la Constitución de Querétaro*, 2017, pp. 493-517.

- JONES, KATE E. *et al.* “Global trends in emerging infectious diseases”, *Nature*, vol. 451, n.º 7181, 2008.
- KIRK, GEOFFREY. *The 1973 Oil Crisis and its Aftermath. Energy: Crisis or Opportunity?: An Introduction to Energy Studies*, 1985.
- KRITIKOS, MIHALIS - Unidad de Prospectiva Científica (STOA) de la Dirección General de Servicios de Investigación Parlamentaria (EPRS) de la Secretaría del Parlamento Europeo, abril de 2020, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/641543/EPRS_IDA\(2020\)641543_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/641543/EPRS_IDA(2020)641543_EN.pdf)
- LAFORTUNE, GUILLAUME. *How much do we know about countries preparedness to respond to pandemics? Insights from two country-level indices*, 20 de abril de 2020, disponible en: <https://www.unsdsn.org/how-much-do-we-know-about-countries-preparedness-to-respond-to-pandemics-insights-from-two-country-level-indices>
- LANGER, WILLIAM L. “The black death”, *Scientific American*, vol. 210, n.º 2, 1964.
- LASTRA LASTRA, JOSÉ MANUEL y RIFKIN, JEREMY. “La Tercera Revolución Industrial”, *Bol. Mex. Der. Comp.*, vol. 50, n.º 150, México, 2017, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000301457
- LAYKE, JENNIFER y HUTCHINSON, NORMA. *3 reasons to invest in renewable energy now*, 5 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.wri.org/blog/2020/05/coronavirus-renewable-energy-stimulus-packages>
- LEE, M.; YUN, J. J.; PYKA, A.; WON, D.; KODAMA, F.; SCHIUMA, G. y YAN, M. R. “How to respond to the fourth industrial revolution, or the second information technology revolution? Dynamic new combinations between technology, market, and society through open innovation”, *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity*, 4(3), 21, 2018.
- MERSÉ, SERGIO y TULA FERNANDO M. “La Tercera Revolución Industrial: la retórica actual del capitalismo lateral”, *Hipertextos*, vol. 1, n.º 1, Buenos Aires, 2013, disponible en: http://revistahipertextos.org/wp-content/uploads/2014/01/Hipertextos_no.1.59-90.pdf
- MOHADDES, KAMIAR y PESARAN, M. HASHEM. *One Hundred Years of Oil Income and the Iranian Economy: A Curse or a Blessing?*, 2013.
- MUKHERJEE, KAUSTAV; MUKHERJEE, ANIRBAN y KAUSTUBH VERMA, SONAL. *Tripathy and Akash Govil Energy Transitions: adapting to the new normal of the changing*

- World*, diciembre de 2019, disponible en: https://image-src.bcg.com/Images/BCG-Energy-Transitions-Report_tcm21-235156.PDF
- PATZ, JONATHAN A. *et al.* “Effects of environmental change on emerging parasitic diseases”, *International Journal for Parasitology*, 30 (12-13), 2000, pp. 1395-1405.
- PLANELLES, MANUEL. “Nace una gran alianza europea para defender una salida verde a la crisis económica del Coronavirus”, *ElPais.es*, 14 de abril de 2020, disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-04-14/nace-una-gran-alianza-europea-para-defender-una-salida-verde-a-la-crisis-economica-del-corononavirus.html>
- PORTELLO, JOSÉ RAMÓN. “El presente es muy distinto del pasado”, en *La gran transición: retos y oportunidades del cambio tecnológico exponencial*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- PUMAROLA, TOMÁS y ANTÓN, ANDRÉS. “La pandemia de gripe de 1918. Una incógnita 100 años después”, en *Enfermedades Emergentes. Revista multidisciplinar*, vol. 17, n.º 2, 2018.
- RASKIN, PAUL *et al.* *La gran transición. La promesa y la atracción del futuro*, trad. de *The Great Transition. The Promise and Lure of the Times Ahead*, CEPAL, con autorización del Stockholm Environment Institute, 2006.
- RIFKIN, JEREMY. *La Tercera Revolución Industrial*, Albino Santos Mosquera (trad.), Barcelona, Paidós, 2011.
- ROBERTS, PAUL. *The end of oil: on the edge of a perilous new world*, Houghton Mifflin Company, 2004.
- SCHMID, BORIS V. *et al.* *Climate-driven Introduction of the Black Death and Successive Plague Reintroductions into Europe*, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 112, n.º 10, 2015, pp. 3020-3025.
- SCHWAB, KLAUS. *La cuarta revolución industrial*, Debate, 2016.
- SMIL, VACLAV. *Energy Transitions: Global and National Perspectives*, 2017, citado en: <https://www.crystolenergy.com/the-power-of-markets-in-driving-the-energy-transition/>
- SMIL, VACLAV. *Energy and Civilization: a History*, MIT Press, 2017.
- SMIL, VACLAV. *Energy Myths and Realities*, Washington, D.C., AEI Press, 2010.

SOVACOO, BENJAMIN K. “How long will it take? Conceptualizing the temporal dynamics of energy transitions”, *Energy Research & Social Science*, 2016, disponible en: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S2214629615300827?token=4B45570D1C757944191C422701749961C321D00974C2A5543EE965AFA3358309445339BE58B6087CFF8193290C6DC26B>

SPINNEY, LAURA. “How the 1918 Flu Pandemic Revolutionized Public Health”, *Smithsonian Magazine*, 27 de septiembre de 2017, disponible en: <https://www.smithsonian-mag.com/history/how-1918-flu-pandemic-revolutionized-public-health-180965025/>

SPINNEY, LAURA. “Pale Rider: The Spanish Flu of 1918 and how it changed the World”, *Library Journal*, vol. 142, n.º 11, 2017.

SUSINO, CONSUELO NAVARRO. “El nuevo reto de las energías alternativas”, *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, 2001, n.º 5, disponible en: https://huespedes.cica.es/gimadus/05/reto_energias_alternativas.htm

SVANTE, ARRHENIUS. “On the influence of carbonic acid in the air upon the temperature of the ground”, *The London, Edinburgh, and Dublin Philosophical Magazine and Journal of Science*, 1896.

TAYLOR, MICHAEL. *Energy Subsidies: Evolution in the Global Energy Transformation to 2050*, 2020.

TIMPERLEY, JOCELYN. “Denmark adopts Climate Law to cut emissions 70% by 2030”, *Climate Home News*, 6 de diciembre de 2019, disponible en: <https://www.climate-changenews.com/2019/12/06/denmark-adopts-climate-law-cut-emissions-70-2030/>

TRILLA, ANTONI; TRILLA, GUILLEM y DAER, CAROLYN. “The 1918 ‘Spanish flu’ in Spain”, *Clinical Infectious Diseases*, vol. 47, n.º 5, 2008, pp. 668-673.

VANNESTE, SARAH FRANCES. *The Black Death and the Future of Medicine*, 2010.

WOODVILLE, LOUISA, en: <https://www.khanacademy.org/humanities/renaissance-reformation/late-gothic-italy/beginners-guide-late-gothic/a/the-black-death>

OTRAS FUENTES

Agencia Internacional de la Energía, disponible en: <https://www.iea.org/data-and-statistics/charts/natural-gas-production-in-the-oecd-1960-2018>

- Apple und Google Arbeiten zusammen an Technologien zur Kontaktverfolgung bei Covid-19, 10 de abril de 2020, disponible en: <https://www.apple.com/de/newsroom/2020/04/apple-and-google-partner-on-covid-19-contact-tracing-technology/>
- Bachelet welcomes top court's landmark decision to protect human rights from climate change, Geneva, 20 de diciembre de 2019, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25450&LangID=E>
- BC Goc News, Brithish Columbia. "Zero-Emission Vehicles Act", en *Gov. BC News*, British Columbia, disponible en: <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/industry/electricity-alternative-energy/transportation-energies/clean-transportation-policies-programs/zero-emission-vehicles-act>
- Biofourmis: Boston firm helmed by Indian creates AI platform to monitor Covid-19 patients remotely*, 12 de marzo de 2020, disponible en: <https://indianexpress.com/article/technology/tech-news-technology/boston-firm-helmed-by-indian-created-platform-to-monitor-covid-19-patients-remotely-6306673/>
- Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIX, n.º 150, 2017, pp. 1457-1462.
- Bundesverwaltungsgericht. *Pressemitteilung* 9/2018 del 27 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.bverwg.de/pm/2018/9>
- Carta "World Scientists' Warning of a Climate Emergency", disponible en: <https://academic.oup.com/bioscience/article/70/1/8/5610806>
- CHERIF, REDA; HASANOV, FUAD y PANDE, ADITYA. *Riding the energy transition: oil beyond 2040*, 2017, disponible en: <https://voxeu.org/article/riding-energy-transition-oil-beyond-2040>
- Comisión Europea. El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11 de diciembre de 2019, COM (2019) 640 final, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=>
- Comité Económico y Social Europeo (CESE). Dictamen sobre 'Cooperativas de productores consumidores (prosumidores) de energía: oportunidades y retos en los países de la UE' (Dictamen de iniciativa), 2017/C 034/07, ponente: PIETKIEWICZ, JANUSZ, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE1190&from=ES>

Czech Respilon Develops 'Revolutionary' Facemask against Coronavirus, 4 de febrero 2020, disponible en: https://www.czechtradeoffices.com/en/id/news/czech-company-respilon-develops-_revolutionary_-facemask-helping-against-coronavirus

DE MIGUEL, BERNARDO. *Bruselas concentra en construcción y renovables el plan urgente contra la crisis de la pandemia*, Bruselas, 5 de mayo de 2020, disponible en: <https://elpais.com/economia/2020-05-04/bruselas-concentra-en-construccion-y-renovables-el-plan-urgente-contra-la-crisis-de-la-pandemia.html>

Deutscher Bundestag Drucksache. Bericht zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz 2012, 17/12051, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/12051, disponible en: <https://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/120/1712051.pdf>

Diario La Nación. Entrevista al Prof. Dr. Frank Snowden. “Las epidemias son como mirarse al espejo de la humanidad, y puedo decir que no todo es bello”, 29 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/frank-snowden-las-epidemias-son-como-mirarse-al-espejo-de-la-humanidad-y-puedo-decir-que-no-todo-es-bello-nid2348455>

Environmental Monitoring of Nord Stream 2 Construction in Russia (consultado el 8 de mayo de 2020), disponible en: <https://www.nord-stream2.com/en/pdf/document/389/>

EPA Announces Enforcement Discretion Policy for Covid-19 Pandemic, News releases, 26 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.epa.gov/newsreleases/epa-announces-enforcement-discretion-policy-covid-19-pandemic>

EURACIT. *Czech PM Urges EU to ditch Green Deal amid Virus*, 17 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.euractiv.com/section/energy-environment/news/czech-pm-urges-eu-to-ditch-green-deal-amid-virus/>

FMI. *Afrontar la crisis: prioridades para la economía mundial*, Washington, D.C., 9 de abril de 2020, disponible en: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2020/04/07/sp040920-SMs2020-Curtain-Raiser>

GHEBREYESUS, TEDROS ADHANOM, Director General de la Organización Mundial de la Salud. *¿Podemos conseguir un mundo sin pandemias?*, disponible en: <http://www.who.int/dg/speeches/2018/pandemic-free-world/es/>

Global Health Security (GHS) Index, octubre de 2019, disponible en: <https://www.ghs-index.org/wp-content/uploads/2020/04/2019-Global-Health-Security-Index.pdf>

Gobierno de España. Vicepresidencia Cuarta. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Reunión informal de ministros de Energía de la Unión Europea. Madrid, 28 de abril de 2020, disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/prensa/200428npreunioninformalministrasyministrosenergia_tcm30-508872.pdf

IEA. *Global Energy Review 2020, The impacts of the Covid-19 crisis on global energy demand and CO₂ emissions*, disponible en: <https://webstore.iea.org/download/direct/2995>

IEA. *Global Energy Review 2020, The impacts of the Covid-19 crisis on global energy demand and CO₂*, disponible en: <https://www.iea.org/reports/global-energy-review-2020/renewables#abstract>

International Renewable Energy Agency - IRENA. *More people have access to electricity, but world is falling short of sustainable energy goals*, 2019, disponible en: <https://www.irena.org/newsroom/pressreleases/2019/may/more-people-have-access-to-electricity-than-ever-before>

International Renewable Energy Agency - IRENA. *Renewable Power Generation Costs in 2018*, International Renewable Energy Agency, Abu Dhabi, 2019, disponible en: file:///C:/Users/Henry/Downloads/IRENA_Renewable%20Power%20Generations%20Costs%20in%202018.pdf

Ley de Protección Climática - Klimaschutzgesetz, disponible en: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzgesetz-beschlossen-1679886>

Newsletter über die Erdgaspipeline durch die Ostsee, Ausgabe 20, noviembre de 2011, disponible en: https://www.nord-stream.com/media/news/facts/de/2011/09/das-groesste-verlegeschiff-der-welt-hat-seine-arbeit-am-nord-stream-projekt-beendet_20110907.pdf

OMS. Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre el Covid-19 celebrada el 11 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

OMS. Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus Covid-19, disponible en: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

ONU. Noticias Cambio climático y medio ambiente, 10 de marzo de 2020, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/03/1470901>

Our World Data, disponible en: <https://ourworldindata.org/energ>

Parlamento Europeo. Declaración por escrito del 12.2.2007, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+WDECL+P6-DCL-2007-0016+o+DOC+PDF+Vo//ES&language=ES>

President Nixon and the role of Intelligence in the 1973 Arab-Israeli War, Center for the Study of Intelligence, 2013.

Profiling the world's major oil and gas pipeline projects, Oil & gas mid stream pipeline, by NS Energy Staff Writer, 31 octubre de 2019, disponible en: <https://www.nseenergybusiness.com/features/worlds-major-oil-and-gas-pipelines/>

Remarks by World Bank Group President David Malpass on G20 Finance Ministers Conference Call on Covid-19, 23 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.worldbank.org/en/news/speech/2020/03/23/remarks-by-world-bank-group-president-david-malpass-on-g20-finance-ministers-conference-call-on-covid-19>

Research Priorities for Zoonoses and Marginalized Infections, disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/75350/WHO_TRS_971_eng.pdf;jsessionid=5E6B2C03A9B6F42C7A825897AC44A2D7?sequence=1

Resolución del Consejo del 17 de septiembre de 1974, relativa a la nueva estrategia de política energética para la Comunidad, Diario Oficial n.º C 153, ed. especial en español, t. 2, cap. 12, p. 0045.

Reuters. *EU Should Scrap Emissions Trading Scheme, Polish Official Says*, 17 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-poland-ets/eu-should-scrap-emissions-trading-scheme-polish-official-says-iduskbn2141rc>

Royal Courts of Justice Strand, London. Case n.ºs C1/2019/1053, C1/2019/1056 and C1/2019/1145, WC2A 2LL, 27 February 2020.

Royal Ministry of Finance of Norway, 2017, disponible en: <https://www.regjeringen.no/contentassets/7b86180aaa8c4980ac60700c5ded97cd/notifikasjon.pdf>

S&P Global Market Intelligence, Energy Demand to Drop 6% in 2020 Amid Biggest Shock Since WWII – IEA, disponible en: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/energy-demand-to-drop-6-in-2020-amid-biggest-shock-since-wwii-8211-iea-58373679>

Sona Nanotech. *Coronavirus*, disponible en <https://sonanano.com/coronavirus/>

“Struggling Oil Companies Are Taking Advantage of Us Coronavirus Aid. Recent review finds at least \$113m in taxpayer-backed loans meant for small businesses have gone to fossil fuel industry”, en *The Guardian*, 15 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.theguardian.com/business/2020/may/14/us-oil-gas-companies-coronavirus-relief-loan-ppp>

The Economist (EIU). El Índice de Seguridad de Salud Global (GHS), disponible en: <https://www.ghsindex.org/wp-content/uploads/2020/04/2019-Global-Health-Security-Index.pdf>

The European Parliament declares climate emergency, 29 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20191121ipr67110/the-european-parliament-declares-climate-emergency>

The First Oil Shock, Stylized Facts, Reflections and The Easterly Puzzle in a Forty-Year Retrospective, Covi, Giovanni, 26 de agosto de 2014.

UFG, Unión Fenosa Gas. “La industria petroquímica y el gas natural”, Newsletter UFG, enero de 2020, disponible en: <https://www.unionfenosagas.com/es/Newsletter/NoticiaNewsletter/industria-petroquimica-gas-natural?p=ENERO2020>

Un Pacto Verde Europeo. Esforzarnos por ser el primer continente climáticamente neutro, disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es

Urgenda Foundation, disponible en: <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>

VG Stuttgart, 13 K 5412/15, sentencia del 26 de julio de 2017.

Wintershall, Einblicke 2011. Basf, disponible en: <http://www.wintershall.com>

World Economic Forum. El plan de China para relanzar la economía por la crisis del coronavirus apuesta por construir más centrales de carbón, 26 de marzo de 2020, disponible en: <https://es.weforum.org/agenda/2020/03/el-plan-de-china-para-relanzar-la-economia-por-la-tesis-del-coronavirus-apuesta-por-construir-mas-centrales-de-carbon/>

World Economic Forum. 10 Technology Trends to Watch in the Covid-19 pandemic, 27 de abril de 2020, disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2020/04/10-technology-trends-coronavirus-covid19-pandemic-robotics-telehealth/>

XIOMARA LORENA ROMERO-PÉREZ*

CAPÍTULO 2

*¿Y para cuándo el debate nacional
sobre la transición energética en Colombia?*

*And When Will We Start the National Debate
on the Energy Transition in Colombia?*

RESUMEN

El objetivo de este texto es reflexionar sobre la posibilidad de generar un espacio democrático para construir de manera conjunta el proyecto de transición energética en Colombia, proyecto en el cual, se quiera o no, toda la población estará involucrada. Esto a partir de un breve estudio sobre la evolución que dicha noción ha tenido y sobre su adaptación en los países pioneros en la materia. Con ese objeto se propone, en un primer momento, abordar algunas de las aproximaciones al concepto de transición energética y su inserción en países como Alemania y Francia, para luego detenerse en el tratamiento que esta temática ha tenido en Colombia y así indagar si resultaría pertinente o no desarrollar un debate nacional sobre este proceso, cuya realización permitiría delimitar, de manera activa y participativa, el alcance que esta transición debería tener en nuestro país con un horizonte al año 2030.

Palabras clave: transición energética, transformación energética, planes energéticos nacionales de Colombia, participación ciudadana, política energética, derecho energético, diversificación energética, derechos humanos.

ABSTRACT

The objective of this text is to reflect on the possibility of generating a democratic space to jointly build the energy transition project in Colombia, a project in which, like it or not, the entire population will be involved. This is based on a brief study on the evolution that this notion has had and on its adaptation in pioneering countries in the field. To do this, it is proposed, at first, to address some of the approaches to the concept of energy transition and its insertion in countries such as Germany and France, and then stop at the treatment that this issue has had in Colombia and thus inquire if it would

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Internacional Público por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), magíster en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia, en Derecho Internacional por la Universidad Paris 2 Panthéon-Assas, en Estudios Internacionales con énfasis en América Latina por la Universidad Paris 3 Sorbonne Nouvelle y en Geopolítica por la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Actualmente doctorante en doble titulación, en Geografía y Planeación Urbana, por la Universidad Paris 3 Sorbonne Nouvelle y en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Contacto: xiomara.romero01@est.uexternado.edu.co ORCID: 0000-0002-6463-3347.

be relevant or not to develop a national debate on this process, the realization of which would allow to define, in an active and participatory way, the scope that this transition should have in our country with a horizon to the year 2030.

Keywords: energy transition, energy transformation, Colombian national energy plans, citizen participation, energy policy, energy law, energy diversification, human rights.

SIGLAS UTILIZADAS

ADEME	Agencia para el Medio Ambiente y la Gestión Energética de Francia
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CELAC	Comunidad de Estados de América Latina y el Caribe
CNTE	Consejo Nacional de Transición Ecológica de Francia
DNTE	Debate Nacional sobre la Transición Energética en Francia
EDF	Empresa de Electricidad de Francia
ETI	Índice de transición energética
GDF	Gas de Francia
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
PCH	Pequeñas centrales hidroeléctricas
PEN	Plan Energético Nacional de Colombia
PPE	Programación plurianual de la energía de Francia
TECV	Ley sobre la transición energética y el crecimiento verde de Francia
UPME	Unidad de Planeación Minero-Energética
WEF	Foro Mundial Económico

INTRODUCCIÓN

El proceso de transición energética se relaciona, usualmente, con la promoción de las energías renovables y la lucha contra el cambio climático; sin embargo, este concepto carece de una definición unánime. Las organizaciones internacionales, los Estados, los agentes del sector y la sociedad, en general, le asignan contenidos diversos que permiten, bajo el amparo de la misma noción, defender posturas tan diferentes como el uso intensivo de los hidrocarburos¹ frente

1 Bien sea mejorando su tecnología de exploración y explotación, utilizando más *hidrocarburos*

a la utilización exclusiva de las energías renovables no convencionales, o la conservación y/o desarrollo de la energía nuclear contra del desmonte de toda central de esta naturaleza y su prohibición futura, e incluso el favorecimiento del crecimiento económico continuo de cara a propuestas que ven en su decrecimiento una opción para mejorar la sobriedad y la eficiencia energética.

Por esta razón nos preguntamos, de un lado, qué es la transición energética, cómo se ha entendido en los países promotores de este cambio y cómo se ha interpretado en Colombia. Y, de otro lado, cómo podría conseguirse que en nuestro país a este concepto se integren contenidos recientes que rebasan consideraciones estrictamente propias del sector energético, y cómo lograr que en ese proceso de cambio del sector energético se refuercen principios y derechos constitucionales tales como los de democratización y protección de un ambiente sano que exigen nuevas lecturas en el horizonte 2030, en particular innovaciones respecto de su promoción.

Nuestro objetivo, a partir de un estudio sobre la evolución que la noción de transición energética ha tenido y la adaptación de este proceso en los países pioneros en la temática, es reflexionar sobre la posibilidad de generar un espacio democrático para construir de manera conjunta este proyecto energético en Colombia, proyecto en el que, finalmente, queramos o no, todos estaremos involucrados.

Para la concepción de este texto nos apoyamos en tres tesis presentadas por autores de distinta procedencia: sector académico, sector empresarial y sociedad civil. La primera tesis la propone Pablo Bertinat, quien es ingeniero electricista, docente-investigador y director del Observatorio de Energía y Sustentabilidad de la Universidad Tecnológica Nacional de Argentina, Facultad Regional Rosario². Bertinat trabaja sobre la transición energética en el marco de los procesos de transformación social y ecológica, y en una de sus más recientes publicaciones señaló: “El tema de la denominada transición energética ya resulta convocante y atractivo [...] Sin embargo, no siempre queda claro si todos entienden, aceptan o impulsan lo mismo a la hora de emprender un proceso de transición energética”³ (trad. propia).

de transición, como el gas natural y el regreso al carbón, o recurriendo a hidrocarburos no convencionales, como el gas de esquisto.

2 Facultad Regional Rosario de la Universidad Tecnológica Nacional de Argentina, Observatorio de Energía y Sustentabilidad [en línea], disponible en: www.frro.utn.edu.ar [consultado el 11 de mayo de 2020].

3 BERTINAT, PABLO. “Transición energética justa. Pensando la democratización energética” [en

Esta apreciación, que rara vez es expuesta de forma tan contundente, nos permite comprender que uno de los primeros pasos para el tratamiento de la transición energética es ponerse de acuerdo en la interpretación de su alcance. Igualmente, esto implica reconocer que no siempre se le da la misma interpretación a este proceso, por lo que, si bien es cierto que se puede tomar un modelo de referencia, se tendrán que hacer los ajustes respectivos al caso particular.

Lo anterior nos lleva a citar la segunda de nuestras tesis de apoyo, planteada por el francés Gérard Magnin, quien ocupó los cargos de director regional de la Agencia para el Medio Ambiente y la Gestión Energética (ADEME) en el Franco-Condado de Francia; director de Energy Cities, esto es, la asociación europea de autoridades locales sobre transición energética, y director del consejo de administración de la empresa Electricidad de Francia (EDF). En uno de sus escritos, Magnin plantea que la organización energética de un país refleja su organización social, y para demostrar su afirmación utiliza, entre otros, el ejemplo del subsector eléctrico, indicando que un poder público centralizado dará como resultado un sistema energético con la misma característica, mientras que cuando el poder se distribuye, se observa un empoderamiento de la sociedad y de los ciudadanos. Así, luego de abordar los casos de Francia y Dinamarca, y refiriéndose a la transición energética, afirma: “Ciertamente, ningún país esta exento de contradicciones [y, por tanto,] [n]inguno puede pretender erigirse en un modelo universal”⁴ (traducción propia).

Esta afirmación nos conduce a reconsiderar el hecho de que, aun cuando estamos en un contexto de transición energética global, cada Estado tiene el reto de diseñar e implementar las estrategias necesarias para alcanzar el modelo energético que se proponga. Modelo que será un reflejo de su propia sociedad, esto es, de sus prioridades, de sus condiciones de vida, de sus aspiraciones, de la efectividad de sus derechos, etc. Desde este enfoque, la pregunta sería: ¿cuál es la transición energética que deseamos para Colombia?

línea], en *Análisis*, vol. 1, diciembre, 2016 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: library.fes.de

4 MAGNIN, GÉRARD. “La transition énergétique pour quelle société?” [en línea], en *International Conference of Territorial Intelligence: Territorial Intelligence, Socio-Écological Transition and Resilience of Territories*, 30 y 31 de mayo de 2013, Besançon-Dijon, Francia, Memorias, p. 6 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: halshs.archives-ouvertes.fr

Nuestra tercera tesis de apoyo nos puede dar una luz al respecto. Esta tesis la encontramos en un texto coordinado por Tatiana Roa Avendaño⁵, ambientalista, ingeniera de petróleos y coordinadora general de Censat Agua Viva – Amigos de la Tierra. En ese texto se plantean algunas pautas para imaginar la transición energética en Colombia y se indican cinco contenidos a tener en cuenta: i) las transformaciones culturales, ii) el cambio en las relaciones de poder, iii) la articulación de dicha transición con la construcción de la autonomía y de las varias formas de soberanía, iv) la participación y la democracia, y v) el respeto por los derechos territoriales, los derechos humanos y laborales, los derechos de la naturaleza, y los derechos de las mujeres, los niños y las niñas.

Como se observa, las expectativas de la transición energética en Colombia van más allá de aspectos como el uso racional de la energía, la eficiencia energética, la promoción de las energías renovables, las metas cuantificables sobre reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, la generalización de los automóviles híbridos o eléctricos, y otros que centran las acciones y estrategias en los agentes del sector energético y en quienes ya gozan de estos servicios.

Proponemos, por consiguiente, en un primer momento, abordar algunas de las aproximaciones que se han dado respecto de la transición energética y su inserción en países como Alemania y Francia, para luego detenernos en el tratamiento que esta temática ha tenido en Colombia y así indagar si resultaría pertinente o no desarrollar un debate nacional sobre dicha transición, cuya realización permitiera delimitar, de manera activa y participativa, el alcance que este proceso debería tener en nuestro país con un horizonte al año 2030.

Lo anterior tomando como referencias metodológicas la combinación de tres métodos, sin perder de vista que el presente artículo es una reflexión y, por tanto, no hay un apego estricto a las etapas que se desprenden de estos procesos de investigación. El primer método es el histórico, dada la breve revisión que se hace de la evolución del concepto de transición energética. El segundo, el comparado, puesto que se exponen dos casos distintos sobre el desarrollo de un mismo concepto. El tercero, la revisión documental, en nuestro caso centrada en el examen de ciertos apartados de los planes energéticos nacionales de Colombia. Para terminar, se aclara que a lo largo de este texto prevalece una aproximación cualitativa, esto es, una interpretación de los

5 SOLER, JUAN PABLO, ARISTIZÁBAL, JOSÉ y ROA AVENDAÑO, TATIANA (coords.). *Transición energética en Colombia: aproximaciones, debates y propuestas* [en línea], Serie: Ideas verdes. Análisis Político, n.º 7, Fundación Heinrich Böll, 2018, p. 6 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: co.boell.org

hechos sociales que pretende describir, analizar, traducir y sintetizar algunas de sus características en armonía con los objetivos planteados.

I. LA PROGRESIVA APROPIACIÓN SOCIAL DEL CONCEPTO DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA

Como lo señalamos, en nuestros días, la noción de transición energética tiende a asociarse con la promoción de las energías renovables y la lucha contra el cambio climático. Pero este concepto ha transcurrido por una nutrida evolución con un impacto diferenciado en su interpretación. Nos atreveríamos a sostener que el alcance que se le otorga a este término varía según el propósito del actor que la emplea y su campo de acción.

Para ahondar en este argumento y conocer cuál ha sido la evolución del concepto de transición energética, presentaremos un breve recorrido por el proceso de consolidación del uso de esta expresión, lo cual nos permitirá ampliar la percepción que tenemos de este proceso y entender que no siempre que utilicemos o escuchemos dicho término estaremos haciendo alusión o defendiendo la misma idea. Seguidamente expondremos la manera en que este concepto se incorporó en los países que hoy consideramos pioneros de su desarrollo, Alemania y Francia, para constatar que aun en esos dos casos hay fuertes críticas sobre su ejecución.

I.1. LOS CAMBIOS DE SU CONTENIDO HASTA NUESTROS DÍAS, ¿UN CONCEPTO QUE NO CESA DE AMPLIARSE?

La asociación entre las palabras ‘transición’ y ‘energía’ viene dándose desde hace décadas, como puede apreciarse en los años setenta, cuando tanto políticos como académicos la realizaban. A manera de ilustración encontramos que el entonces presidente de Estados Unidos, Jimmy Carter, señaló en su discurso de presentación del plan energético de 1977 que ese país ya había atravesado por dos transiciones energéticas, la del carbón y la del petróleo, y que esos cambios se habían producido porque la tecnología así lo había permitido, mientras que en esos años una nueva transición se imponía ante la escasez de los recursos y la amenaza de los altos precios.

Textualmente el mandatario estadounidense manifestó: “Estados Unidos se encuentra ahora en un punto de inflexión histórico a medida que finaliza la era de la posguerra del petróleo y del gas. Estados Unidos ha realizado dos

transiciones energéticas importantes en el pasado”⁶ (trad. propia). De la misma manera, en esa década, asociaciones civiles aludían a un *modelo energético en tránsito*⁷, para referirse a un esquema del sector que no había logrado ni la distribución ni el goce de los recursos con equidad. Como se puede ver, desde esa década se tenían visiones distintas de lo que podría motivar una nueva transición energética.

Posteriormente, en los años ochenta se presentó una perspectiva más elaborada que, apropiándose de esta expresión, le asignó un significado fundado en un propósito que se presentaba como trascendental para ese periodo. Sus precursores fueron algunos de los investigadores del instituto alemán sobre medio ambiente Öko⁸, quienes expusieron que reemplazar el uso de la energía nuclear era indispensable para evitar que más Estados desarrollaran esa tecnología y así impedir que en el futuro esta situación pudiera aprovecharse para el desarrollo de armas nucleares. Cabe mencionar que en el estudio no se cuestionaba ni el crecimiento económico ni el modo de vida de la población, puesto que los escenarios concebidos respaldaban las tendencias de su incremento y el mantenimiento del confort de los ciudadanos. En cambio, los investigadores descartaban la alternativa de las energías fósiles a largo plazo y se centraban en la necesidad de disminuir, de manera radical, la demanda energética.

Ese estudio sugería, como alternativa para reemplazar la energía nuclear, la mayor promoción de las energías renovables, sumado al abandono progresivo de los combustibles fósiles. Si bien para ese momento ya había una nascente preocupación por el medio ambiente en Alemania⁹, la propuesta de aban-

6 U.S. Executive Office of the President, Energy Policy and Planning. *The National Energy Plan*, Government Printing Office, Washington D.C., US, 1977, citado en LAIRD, FRANK N. “Against Transitions? Uncovering Conflicts in Changing Energy Systems” [en línea], en *Science as Culture*, 1.º de junio de 2013, vol. 22, n.º 2, p. 149 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.tandfonline.com

7 Comisión de Energía y Recursos de la Asociación de Estudios y Protección de la Naturaleza [AEPDEN] y Amigos de la Tierra. *Modelo energético de tránsito: respuesta ecológica al Plan Energético Nacional*, Madrid, Miraguado Ediciones, 1979, citado en URKIDI, LEIRE *et al.* *Transiciones energéticas: sostenibilidad y democracia energética* [en línea], Bilbao, Universidad del País Vasco, 2015, p. 15 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: issuu.com

8 BOSSEL, KRAUSE y MÜLLER-REIBMANN. *Energy transition. Growth and prosperity without petroleum and uranium*, Alemania, Öko-Institut, 1980, citado en URKIDI *et al.* *Transiciones energéticas*, cit., p. 13.

9 Recordemos que, en esos años, aun no era muy palpable la preocupación por el cambio

dono escalonado de los hidrocarburos se explicaba, principalmente, por dos razones. De un lado, porque estaba en auge *la teoría del pico* o *agotamiento del petróleo* expuesta originalmente por Hubbert en 1956, según la cual se preveía una reducción considerable de reservas de este tipo de recursos a mediano plazo. De otro lado, porque se tenían presentes las crisis petroleras de 1973 y 1976, las cuales habían mostrado la volatilidad de los precios de este preciado energético. De ahí que las energías renovables fueran la opción más viable para responder a las necesidades de la época.

En cuanto al origen alemán del concepto de transición energética es pertinente comentar que el término empleado para referirse a este proceso fue *Energiemwende*, que traduce literalmente *giro energético*. La expresión de transición energética, en cambio, fue utilizada después en Francia y es la que ha tenido mayor acogida en el ámbito internacional. Aunque los términos no son idénticos, en ambos se denota la intención de un cambio frente a lo existente, así como la firme decisión de cuestionar las fuentes energéticas empleadas hasta ese momento. En español, cabe advertir que el verbo *girar* lleva implícita la idea de conservar un punto o eje de referencia, mientras que *transitar* supone el desplazamiento definitivo de un lugar hacia otro distinto¹⁰.

De lo expuesto con antelación se tiene que, en los años ochenta, la postura que favorecía una transición energética surgió, fundamentalmente, ante el temor de una nueva guerra a escala mundial y, por tanto, con un objetivo preciso, el abandono de la energía nuclear por parte de los Estados. Claro, detrás de esta coyuntura se hallaba la idea de sustituir una fuente energética por otra, como tradicionalmente se comprendía la asociación de estas palabras; pero en esos años, en Alemania, la principal preocupación no era sustituir la fuente energética dominante o implementar otra con mayor rendimiento tecnológico, sino evitar la generalización de una fuente energética en específico, la nuclear.

La noción de transición energética se retoma con fuerza en los años 2000. Esto en virtud del empleo que algunas organizaciones sociales de Estados

climático, ni se había abordado el tema del desarrollo sostenible, el cual irrumpió con fuerza con el Informe Brundtland, en 1987. Véase Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. 'Nuestro Futuro Común' [en línea], ONU, 4 de agosto de 1987, cap. 2, "Hacia un desarrollo duradero", n.º 1 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: ecominga.uqam.ca

10 Real Academia Española [RAE]. S.v. "girar" y "transitar" [en línea], en *Diccionario de la Lengua Española*, Actualización 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: dle.rae.es

Unidos y de Irlanda comenzaron a darle. Bermejo agrupa estos movimientos bajo la denominación de *sociedades de emergencia energética*¹¹. El primero de ellos fue el estadounidense Post-Carbon Cities del año 2005.

Este movimiento social se gestó ante resoluciones locales que declaraban una emergencia energética fundada en una nueva crisis del petróleo y, esta vez sí, en el calentamiento global por razones antrópicas, esencialmente, la emisión de gases de efecto invernadero por la utilización de esta fuente energética. El movimiento proponía un proceso participativo y democrático para elaborar estrategias de transición hacia sociedades descarbonizadas y sostenibles. En estas conglomeraciones, los puntos centrales eran reducir el consumo y aumentar la sobriedad energética, así como volver a la producción local, esto es, a la promoción de energías renovables¹².

El segundo movimiento social con un significativo impacto en la generalización del concepto de transición energética fue el irlandés Transitions Towns del año 2006^[13]. Este movimiento se hizo visible al lograr que el gobierno municipal de Kinsale adoptara una de sus iniciativas mediante el *An Energy Descent Action Plan*. Al igual que el anterior, este movimiento promueve la disminución del consumo energético y una mayor participación de las energías renovables en el *mix* energético¹⁴.

Las acciones de estos movimientos sociales se replicaron en Europa, en donde hubo reivindicaciones más amplias al cuestionar la generalidad del modelo económico mayoritario vigente. Un ejemplo de esto fue el lanzamiento en Francia, en el año 2005, de Les États Généraux de la Décroissance y, en general, el movimiento social de La Décroissance (el decrecimiento). Serge

11 BERMEJO, ROBERTO. “Ciudades postcarbono y transición energética” [en línea], *Revista de Economía Crítica*, segundo semestre de 2013, n.º 16, p. 216 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: revistaeconomiacritica.org

12 La disolución de este movimiento se dio en la década de 2010, cuando en Estados Unidos comenzó la explotación de recursos energéticos fósiles no convencionales, como el gas de esquisto. En consecuencia, la disminución del aprovisionamiento energético dejó de ser algo inminente. Véase *ibíd.*, pp. 216 ss.

13 El principal exponente del movimiento “Transtions Towns” es Rob Hopkins, y sus textos de referencia son: *The transition handbook. From oil dependency to local resilience* (2008) y *Transition companion. Making your community more resilient in uncertain times* (2011). Véase *ibíd.*, p. 222.

14 Este movimiento se mantiene y cuenta hoy con una red de trabajo denominada “Transition Network”, a la que distintas comunidades de todo el mundo pueden postular. Véase *ibíd.*, pp. 216 ss.

Latouche¹⁵, uno de sus teóricos, explica que se requiere una sociedad alternativa, liberada de la acumulación ilimitada de bienes materiales y con mesura. Desde la perspectiva ecológica, Latouche considera incompatible la percepción actual del crecimiento con el respeto al medio ambiente.

Estos tres ejemplos de movimientos sociales, que retomaron el concepto de transición energética en los años 2000, muestran la complejidad que esta noción fue adquiriendo. En efecto, ya no se trataba simplemente de vincular esta transición con el reemplazo de una fuente energética por otra, o de atacar la utilización de un tipo de energía en específico, sino de cuestionar el sistema energético en sí mismo, en especial, su impacto sobre el medio ambiente, e incluso de comenzar a debatir los modelos energético, económico, social y político mayoritarios vigentes.

Pese a que en la literatura no se hace referencia expresa a un relanzamiento posterior del concepto de transición energética, los años 2010 marcaron el rescate y el reavivamiento de la expresión. Algunos hechos del ámbito internacional condujeron a replantear el anhelado cambio en la conducción del sector energético de los países; entre tales hechos, el accidente nuclear de Fukushima, en marzo de 2011, el cual fue provocado por un tsunami que se produjo a causa de un terremoto en las costas noroestes de Japón, y que tuvo graves consecuencias, entre ellas, una fuerte contaminación del agua del océano Pacífico. Ante esta catástrofe, gobiernos tan poderosos como el alemán y el francés, donde la energía nuclear tenía una importante participación en la matriz eléctrica, reaccionaron con propuestas de cambios en ese sector. En el primer caso se reivindicó la esencia del término *Energiewende*, que apuntaba al abandono de la energía nuclear de forma inmediata, y en el segundo se produjo la adopción y adaptación de la noción de transición energética.

Aunado a esto, en el mismo decenio se aprobó la Declaración del Año de la Energía Sostenible para Todos¹⁶ y, más adelante, la de la Década de la Energía Sostenible para Todos¹⁷. Igualmente, en el año 2015, en el marco de la Quinta Cumbre de la Tierra, se aprobaron los Objetivos de Desarrollo

15 LATOUCHE, SERGE. “Pour une société de décroissance” [en línea], *Le Monde Diplomatique*, París, 1.º de noviembre de 2003 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.monde-diplomatique.fr

16 Organización de las Naciones Unidas [ONU]. Pub. L. n.º 65/151 (2010). *Resolución Año Internacional de la Energía Sostenible para Todos* [en línea], p. 3 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: undocs.org

17 Organización de las Naciones Unidas [ONU]. Pub. L. n.º A/RES/67/215 (2013). *Resolución*

Sostenible (ODS)¹⁸, los cuales incluyen de manera explícita metas relacionadas con el sector energético con horizonte 2030, tales como el reconocimiento de acceso universal a los servicios energéticos, la mayor participación de las energías renovables en los *mix* energéticos estatales, el incremento de la eficiencia energética, el aumento de la cooperación internacional y la mejora de la tecnología e infraestructura del sector.

A estos esfuerzos se agregan las discusiones y la reactivación del tema de la lucha contra el cambio climático gracias al Acuerdo de París firmado en 2015^[19]. En este, los países establecieron un plan para mantener el límite del calentamiento global por debajo de 2 °C. Su vigencia comenzó el 4 de noviembre de 2016, luego de que más de 55 Estados parte lo ratificaran, y su obligatoriedad estará garantizada con ciclos de revisiones quinquenales que comenzarán en el año 2023. Solo Siria se abstuvo de suscribir este Acuerdo, y Estados Unidos notificó su retiro formal en noviembre de 2019.

Es así como la transición energética se anudó definitivamente a los temas de desarrollo sostenible y lucha contra el cambio climático, y ahora se identifica mayoritariamente con la aspiración de alcanzar, desde el ámbito energético, una economía sostenible y baja en carbono, incluso *post-carbono*. Es decir, una economía que no sacrifique el desarrollo ni la calidad de vida de las personas pero que sea respetuosa del medio ambiente. Sin embargo, no debe perderse de vista que esta nueva concepción deja abierta la posibilidad para que energías alternativas, diferentes a las energías renovables, se posicionen como fuentes energéticas menos contaminantes. En particular, nos referimos a la energía nuclear, el gas natural o la implementación de nuevas técnicas y tecnologías que permitan un uso más limpio de los combustibles fósiles.

La evolución del contenido de la transición energética no para aquí. Como mencionamos, desde la década de 1970, reivindicaciones sociales referentes a la distribución desigual de recursos energéticos y a su goce sin equidad estaban latentes. Estas demandas han ido madurando su fundamento, motivo por el

Década de Energía Sostenible para Todos [en línea], p. 4 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: undocs.org

18 Organización de las Naciones Unidas [ONU]. A/RES/66/288 § (2012). *Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Futuro que Queremos* [en línea], p. 53 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.un.org

19 Estados Parte en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [CMNUCC], *Acuerdo de París de las Partes en la CMNUCC*, 2015 [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: unfccc.int

cual, a la par de una transición energética sostenible y baja en carbono, hoy en día se discute con vigor la urgencia de alcanzar una transición energética que, además, sea justa, equitativa y democrática.

Una transición energética justa significa aceptar que los cambios a realizar en el sector energético requerirán de medidas que acompañen a los ciudadanos y a las empresas puesto que, así como habrá nuevas industrias limpias, nuevos puestos de trabajo y nuevas inversiones, habrá sectores productivos golpeados y trabajadores que carezcan de las competencias y los conocimientos necesarios para adaptarse a estas modificaciones. Por ello, generalmente, cuando se trata esta temática se acostumbra a relacionarla con la promoción de *empleos verdes* derivados de una *nueva economía verde* o *economía baja en carbono*, por oposición a la *economía marrón* que se intenta superar²⁰.

Aunque menos abordada de esta forma, consideramos que la transición energética calificada como *justa* no debería reducirse al ámbito laboral. Esta noción debería ser vista, como lo propone Ramo Olivares²¹, como un concepto integrador de varias perspectivas de justicia, notablemente: la justicia ambiental, centrada en el ser humano; la justicia ecológica, volcada hacia las garantías de la naturaleza; la justicia climática, derivada de problemáticas del calentamiento global; la justicia energética, relacionada con la precariedad energética de un segmento de la población, y la justicia social, vinculada con las oportunidades y condiciones para el desarrollo y desenvolvimiento de una persona en la sociedad en la que vive.

De otra parte, la relación entre justicia y equidad es estrecha y, aunque los calificativos de transición energética justa y equitativa podrían verse como sinónimos y acostumbran a tratarse de forma conjunta, estimamos que *la equidad* enfatiza también en la inclusión de las personas en este proceso. Una inclusión referida, entre otros aspectos, a: el reconocimiento de las situaciones de vulnerabilidad; la participación en las decisiones que se vayan a adoptar, basándose en información cierta, clara y accesible; la selección de medios y proveedores de servicios, y la aceptación de la energía como bien común y, por tanto, como un derecho de todos por igual.

20 NIETO SAINZ, JOAQUÍN; SÁNCHEZ, ANA BELÉN y LOBATO, JULIETA. “Transición justa: la dimensión sociolaboral del cambio climático” [en línea], en *Papeles de economía española*, 2019, n.º 163, pp. 117-129 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: dialnet.unirioja.es

21 RAMOS OLIVARES, ITZEL. “Transición energética y conflictos socioambientales en México: situación, problemas y perspectivas jurídicas para una transición justa”, tesis de doctorado, Catalunya, Universitat Rovira i Virgili, 2019.

Por último, se hace referencia a una transición energética democrática, la cual se englobaría dentro de las tesis más desarrolladas de *energía democrática* o *democracia energética*. Dado que esta temática se relaciona significativamente con nuestra propuesta, encaminada a evaluar la pertinencia de un debate nacional sobre la transición energética en Colombia, nos detendremos en su comentario.

Entre los textos revisados, nos pareció especialmente claro el que coordinaron Chávez y Kishimoto en 2016^[22], en el marco de un taller internacional sobre transición energética organizado por distintas asociaciones interesadas en la materia. Allí se indicaba que no hay una definición unívoca de democracia energética y que su planteamiento surgió en Europa. Inicialmente, la expresión *democracia energética* se asociaba con la oportunidad de que cooperativas comunitarias de energía operaran en el ámbito local con un cierto margen de independencia. Sin embargo, hoy se ve como algo más amplio, en concreto, como la aspiración de asumir el control colectivo sobre el sector energético superando la idea de la prevalencia del mercado y de ciertos actores empresariales. Un control en el que, en principio, usuarios y trabajadores de la energía participen y decidan sobre la cadena de suministro energético y, del mismo modo, sobre la financiación, la tecnología y la producción de conocimientos del sector.

En el texto que citamos se advierte, igualmente, que fuera de Europa los términos *soberanía* y *justicia energética* son más utilizados. Esto es particularmente cierto en el caso de Latinoamérica. Por ejemplo, encontramos que en el seno de la Comunidad de Estados de América Latina y el Caribe (CELAC) se hace un uso reiterado de la primera expresión para reivindicar el derecho que los Estados miembros tienen a decidir sobre los recursos naturales de sus territorios sin intervención ni presiones extranjeras.

Por lo anterior, y habiendo concluido desde la experiencia europea que se requiere de la intervención del Estado para lograr reformas a gran escala y, en general, una verdadera transformación del sector energético, en el estudio en cita se pone a consideración que la *democracia energética* “se convierta en una cuestión de cómo organizarse para crear unos arreglos energéticos más

22 CHÁVEZ, DANIEL y KISHIMOTO, SATOKO. “Hacia la democracia energética. Debates y conclusiones de un taller internacional” [en línea], en *Informe de síntesis del taller internacional sobre democracia energética*, Ámsterdam, julio de 2016, p. 21 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.fuhem.es

justos socialmente, sostenibles y controlados colectivamente en el marco de las circunstancias históricas y geográficas que vivimos”²³.

Como lo destacan otros autores, se trata de que “los trabajadores, las comunidades y la gente en general tengan una participación verdadera en la toma de decisiones [del sector]”²⁴. A lo que otros añaden que esa toma de control o de empoderamiento de las personas y comunidades debería también verse reflejada en la descentralización del sistema energético y, por tanto, del poder, en virtud de la progresiva generalización del uso de las energías renovables no convencionales²⁵, las cuales brindarían más autonomía territorial, e incluso, en un futuro, más autonomía individual.

Sobre la transición energética democrática agregaríamos como apreciación personal que respaldamos el planteamiento de que su entendimiento se extienda a la participación de la población en general sin importar si se trata de trabajadores del sector o usuarios. Esto, fundados en que, como lo mencionamos, la energía es un bien común que, por tanto, nos compete a todos. Además, notamos que un aspecto neurálgico de la aplicación de este calificativo a la transición energética es diseñar e implementar iniciativas para permitir este tipo de intervenciones y, más adelante, concebir mecanismos para su oportuno y eficaz seguimiento.

Así, sin el ánimo de pretender haber agotado todas las aristas y proyecciones que la transición energética tiene en nuestros días, las anteriores líneas demuestran que este concepto no cesa de ampliarse y que hoy sus fronteras se extienden más allá del sector energético.

I. 2. LOS CASOS DE ALEMANIA Y FRANCIA, ¿UNA ASIMILACIÓN AJUSTADA A SUS REALIDADES NACIONALES?

Alemania y Francia son países considerados pioneros en el tema de la transición energética. Como lo mencionamos, en Alemania fue donde comenzó a estructurarse este concepto tal y como lo entendemos hoy en día, y en Francia,

23 *Ibid.*, p. 5.

24 SWEENEY, SEAN. “20. Hacia una democracia energética” [en línea], en *La situación del mundo 2014. Gobernar para la sostenibilidad*, Barcelona, Icaria, 2014, p. 322 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.fuhem.es

25 PUIG BOIX, JOSEP. “Por una democracia energética” [en línea], en *Alternativas Económicas*, n.º 35, 2016, pp. 50-52 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: alternativaseconomicas.coop

como lo examinaremos con más detalle en este apartado, fue donde hubo un relanzamiento del término que permitió su generalización mundial.

En este sentido indagaremos cuál fue el contexto que hizo propicio el enraizamiento de la noción de transición energética en esos países, cómo se produjo la adopción y adaptación de este concepto a sus realidades nacionales, qué diferencia existe en su aproximación, qué críticas se han dado sobre su puesta en marcha, y qué podríamos aprender de estas experiencias para el caso colombiano.

Para conocer la evolución de la noción de transición energética en Alemania y Francia tomaremos como texto de referencia un artículo de Aykut y Evrard de 2017^[26-27-28]; el primero es politólogo, sociólogo y profesor de la Universidad de Hamburgo, Alemania, especialista en el campo de políticas climáticas y en el rol técnico-económico de los escenarios futuros sobre la transformación de los sistemas energéticos; el segundo es profesor en ciencia política de la Universidad de Nantes (Francia) y especialista en el tema de la integración de las energías renovables en las políticas públicas.

En este texto, tres hechos quedan al descubierto. El primero, los efectos que las crisis petroleras de los años setenta tuvieron sobre el direccionamiento de las políticas energéticas en Europa. Estas crisis fueron las que motivaron e impulsaron el uso de la energía nuclear tanto en Alemania como en Francia, ello a pesar de que la organización y administración de su sector energético era diferente: en el primer caso, descentralizada, y en el segundo, centralizada. El segundo hecho es que los *think tank* ambientales o los institutos de investigación en esta área han sido esenciales para la estructuración de nuevas propuestas sobre el manejo de la gestión energética. Estos espacios fueron los que dotaron de argumentos de peso a las reivindicaciones sociales acerca de la

26 AYKUT, STEFAN C. y EVRARD, AURÉLIEN. “Une transition pour que rien ne change? Changement institutionnel et dépendance au sentier dans les ‘transitions énergétiques’ en Allemagne et en France” [en línea], *Revue Internationale de Politique Comparée*, vol. 24, n.º 1, 2017, pp. 17-49 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.cairn.info

27 Utilizaremos igualmente, como texto de apoyo para desarrollar el caso alemán, HAKE, JÜRGEN-FRIEDRICH *et al.* “The German Energiewende – History and Status Quo” [en línea], en *Energy, Sustainable Development of Energy, Water and Environment Systems*, 1.º de diciembre, vol. 92, 2015, pp. 532-546 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.sciencedirect.com

28 Y también, como texto de apoyo para el caso francés, LARREA BASTERRA, MACARENA y HERMANA, ROBERTO ÁLVARO. “Aspectos clave de la transición energética en Francia” [en línea], *Cuadernos de Energía*, vol. 59, 2019, pp. 23-34 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: dialnet.unirioja.es

necesidad de una transformación energética en esos dos países. El tercer hecho consiste en que la expresión de transición energética se ha politizado, es decir, los políticos se han apoderado de su fuerza social y han encontrado la forma de valerse de esta para justificar la orientación que le dan al sector energético. En el caso de Alemania, en un inicio sirvió para apoyar la industria nacional del carbón; en el caso de Francia, se utilizó para justificar la continuación del uso de la energía nuclear. Veamos.

Comencemos por Alemania. En un comienzo, ese Estado tenía una participación limitada en el sector energético, que se encontraba dominado por monopolios privados o mixtos y, por tanto, descentralizados. Después de las dos guerras mundiales y de las crisis del carbón y del petróleo, en la década de 1950 y en la de 1970, respectivamente, el Estado entró a ejercer un papel más activo en dicho ámbito. De un lado, buscó proteger la industria nacional del carbón; de otro, dio inicio al programa de energía nuclear.

Frente a estas iniciativas, en 1980 se fundó el partido político Verde, el cual logró entrar al Parlamento federal ya en sus primeros años. El auge de la ideología ecológica se debió, entre otras causas, a la fuerza que el movimiento nacional antinuclear adquirió gracias a *think tank* que, como el instituto ambiental Öko, exponían con claridad los riesgos de la manipulación nuclear y presentaban alternativas para su reemplazo. Un claro ejemplo fue el reporte titulado *Energiemende* (giro o transición energética), al que aludimos antes.

A lo anterior se sumó el accidente nuclear de Chernóbil en 1986, en Ucrania (Unión Soviética), hecho que, si bien no se ha esclarecido totalmente, se debió, en principio, a fallas humanas que dieron lugar a una explosión y luego a un incendio que ocasionó que materiales radiactivos se expandieran por la atmósfera. Ante esta tragedia, políticos y activistas defendieron con ahínco al abandono definitivo de la energía nuclear, logrando en 1991 una primera victoria con la introducción de una tarifa de compra para la electricidad derivada de energías renovables, previsión que impulsó el desarrollo de la industria eólica nacional.

Pero fue solo en la década de 2000 que la idea de transición energética se tradujo en un programa político, basado este en tres aspectos: i) el abandono de la energía nuclear, ii) la promoción de las energías renovables y iii) la reducción de gases de efecto invernadero. Entre las normas aprobadas en ese momento destacan la Ley de Energías Renovables del año 2000, que preveía tarifas de compra diferenciadas para este tipo de fuentes energéticas, y, más adelante, en 2002, un acuerdo sobre el cierre para el año 2022 de las 17 centrales nucleares existentes, el cual se recogió en la Ley de Desconexión o Apagón Nuclear.

Lamentablemente estas medidas a favor de la transición energética se soportaban en un financiamiento proveniente de los hogares de los ciudadanos, quienes mediante su factura doméstica pagarían el sobrecosto de la generación eléctrica derivada de energías renovables. En efecto, progresivamente se extendieron exenciones de estos pagos a las empresas más expuestas frente a la competencia internacional por el aumento de este costo, pero luego la exención cobijó a otros sectores industriales, particularmente, al sector automotriz, que además se vio exonerado de cumplir otras metas relativas a esta transición. Al lado de esta situación, desde el año 2009, la industria de energía renovable nacional se ha visto seriamente afectada por la competencia china, situación que motivó al gobierno a disminuir el ritmo de incorporación de las energías renovables hasta tanto las industrias nacionales se adapten y puedan hacer frente a esta competencia externa.

En septiembre de 2010 se aprobó el documento *Energy Concept for an Environmentally Sound, Reliable and Affordable Energy Supply*, adoptado de forma conjunta por el Ministerio Federal de Economía y Tecnología y el Ministerio de Medioambiente, de la Conservación de la Naturaleza y de la Seguridad Nuclear. En él se dejaba claro que el objetivo era descarbonizar la economía para el año 2050, reduciendo el 80% de las emisiones de CO₂ con respecto a 1990 y propiciando la generación eléctrica con un 80% de energías renovables²⁹. No obstante, a finales de ese mismo año, en octubre, también se reformó la Ley de Desconexión o Apagón Nuclear, prolongando la vida útil de las centrales por 12 años más, esto con el argumento de usar la energía nuclear como una *tecnología de transición*. La ley fue devuelta a su vigor el 30 mayo de 2011, luego de lo sucedido en Fukushima, por lo que en Alemania se retomaron los plazos originales de cierre de estas centrales.

Para el año 2013, el costo de la electricidad había aumentado considerablemente, lo que hizo necesarias nuevas reformas que contemplaron la disminución de la penetración de las energías renovables en el *mix* energético. En 2016, tres iniciativas fueron aprobadas³⁰: i) la revisión 2017 de la Ley de

29 Una explicación más detallada del documento se encuentra en MARQUINA BARRIO, ANTONIO. “La transición energética de Alemania y su impacto en la Unión Europea: implicaciones para la seguridad energética del proceso de descarbonización económica” [en línea], *Cuadernos de Investigación de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 10, 2013, pp. 27-29 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: eprints.ucm.es

30 BOTERO GARCÍA, JESÚS; CARDONA VÁSQUEZ, DAVID y GARCÍA RENDÓN, JOHN. “Transición

Energías Renovables, ii) la Ley del Mercado de Electricidad y iii) la Ley de Digitalización de la Transición Energética. La primera limita la expansión de las energías renovables para ir de acuerdo con la ampliación de la red, y dispone subastas en lugar de tarifas de compra para este tipo de energías. La segunda busca que los precios del servicio estén acordes con la clase de electricidad que está disponible en el momento en el que el consumidor la utilice y establece una reserva de capacidad disponible solo para situaciones excepcionales. Y la tercera crea redes digitales para mejorar la medición y el cobro del servicio.

En el caso francés encontramos que después de la Segunda Guerra Mundial se nacionalizó la cadena energética del país respecto a la electricidad y al gas, esto es, su producción, transporte, distribución, importación y exportación. Para tal efecto se crearon las empresas públicas Electricidad de Francia (EDF) y Gas de Francia (GDF). Luego, en los años setenta, ante las crisis petroleras y con la intención de brindar una energía a menor costo que, además, impulsara al sector productivo, el Estado se inclinó por un mayor desarrollo de la energía nuclear.

Ante este hecho, los movimientos antinucleares hicieron también presencia en Francia, pero, a diferencia del caso alemán, no lograron manifestaciones significativas ni triunfos políticos. En ese país se notaba una alineación de estas últimas fuerzas en torno a la defensa de la energía nuclear. Solo hasta finales de los años noventa, con la firma del Protocolo de Kyoto, que entró a regir en febrero de 2005, y viendo los resultados alcanzados en Alemania en materia energética, los movimientos sociales y políticos franceses se volcaron hacia un cuestionamiento de sus propias políticas energéticas.

En 2003 se publicó el documento *Le scénario*, de la asociación négaWatt³¹, el cual proponía la puesta en marcha de una nueva estrategia energética hacia el año 2050, y esto combinando tres factores: sobriedad y eficiencia energética, y energías renovables. La estrategia implicaba el abandono de la energía nuclear, la reducción del uso de combustibles fósiles y, a diferencia de la propuesta del instituto alemán Öko, se mencionaba expresamente acabar con el crecimiento descontrolado del consumo, compartir los recursos de manera equitativa y contribuir a la solidaridad entre las personas. En 2011, esa misma asociación,

energética en Alemania e integración de fuentes de energías no convencionales” [en línea], en *Working Paper de la Universidad EAFIT*, 1.º de diciembre de 2019, pp. 6 y 7 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: repository.eafit.edu.co

31 Asociación négaWatt. *Réussir la transition énergétique* [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: negawatt.org

en el consecutivo de su publicación *Le scénario*, tituló su nuevo documento *Réussir la transition énergétique* (alcanzar la transición energética), dando un mayor realce a la expresión.

No hay que olvidar tampoco, como lo hemos mencionado de forma reiterada, que en el año 2011 acaece la catástrofe nuclear de Fukushima. Este hecho se reflejó en las campañas políticas presidenciales del momento, que aprovecharon para incluir el tema nuclear en los discursos de los candidatos. De cara a este nuevo posicionamiento del tema, el gobierno de la época, en cabeza de su ministro de Industria y Energía, solicitó una evaluación de las alternativas de política energética para el país hacia el año 2050.

El reporte, titulado *Energies 2050*^[32], utiliza igualmente el concepto de transición energética, pero se encarga de identificarlo con el logro de una economía baja en carbono. Esta perspectiva permitió que la energía nuclear fuera considerada como una alternativa viable para alcanzar dicha finalidad, por sus bajas emisiones de CO₂; así, sin abandonar esta fuente energética se proponía emprender una nueva transformación energética nacional respetuosa con el medio ambiente y favorable al crecimiento económico.

El vencedor de las elecciones a la presidencia en 2012 fue François Hollande, quien defendía una postura intermedia sobre la reducción de la energía nuclear en el *mix* energético, en concreto, una disminución de esta fuente energética, del 75% de participación que tenía para ese momento en la generación de electricidad, al 50% para el año 2025; y añadía la organización de un debate nacional para tratar el tema de la transición energética.

El Debate Nacional sobre la Transición Energética (DNTE) se inscribía en una lógica de apertura progresiva al escrutinio público del sector que había comenzado en los años noventa. Se proponía su desarrollo en tres etapas³³. La primera, la elaboración de un plan detallado de la estrategia y la redacción de un primer borrador; la segunda, una triple consulta a los miembros del Consejo Nacional de Transición Ecológica (CNTE), a expertos sobre temas sociales y, en general, a las partes interesadas mediante una consulta pública; y la tercera, la adopción de la estrategia y elaboración de un proyecto de ley sobre transición energética.

32 Centre d'Analyse Stratégie. "Rapport énergies 2050" [en línea], *Rapport & documents du Ministère de l'Industrie et de l'Énergie*, París, Ministerio de Industria y Energía, 13 de febrero de 2012 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: archives.strategie.gouv.fr

33 BASTERRA y HERMANA. "Aspectos clave de la transición energética en Francia", cit., p. 24.

De manera general, en el DNTE se buscaba delimitar la noción de transición energética y sus modalidades de aplicación, pero este instrumento presentó algunas fallas. De un lado, no se adoptó una postura clara y prevaleció la ambigüedad para dar cabida a todas las opiniones. De otro lado, la organización fue muy compleja pues se multiplicaron los lugares, las formas de participación en el debate y los actores, circunstancias que generaron confusión y falta de coherencia. Por último, no existió una continuidad ni un cabal seguimiento al proceso de diálogo, puesto que hubo varios cambios de ministro de Ecología, encargado de guiar el debate, y, además, la comunicación de los resultados no fue oportuna ni contundente, lo que hizo que el mecanismo perdiera legitimidad.

Como producto del DNTE se promovió la Ley sobre Transición Energética y Crecimiento Verde (TECV), que fue aprobada en 2015^[34]. De acuerdo con la crítica de Aykut y Evrard, pese al uso de la retórica de la transición energética, esta ley confirma la continuidad de las políticas energéticas francesas. En primer lugar, y según lo exponen los autores, la TECV no reflejó muchas de las conclusiones del DNTE, y al final el gobierno central presentó el proyecto en sus términos. En segundo lugar, los temas de reducción progresiva de la energía nuclear y el cierre inmediato de algunas centrales, así como la fijación de metas claras sobre disminución de combustibles fósiles y de consumo energético, y el aumento de la participación de las energías renovables, quedaron condicionados a la adopción futura de una programación plurianual de la energía (PPE) por parte del Ejecutivo. Este documento programático, cuya aprobación se prorrogó hasta 2016, no mencionó, finalmente, el tema nuclear.

En 2018 se presentó una nueva PPE, en la que se hizo referencia expresa al cierre de la central nuclear Fessenheim para 2020 y al cierre de otras doce centrales para antes del año 2035. En consecuencia, se aplazó el objetivo original de reducción de la participación de la energía nuclear en el *mix* energético al 50% para el año 2025^[35]. En resumen, se podría afirmar que Francia cumplió sus objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero para 2020, pero no alcanzó las metas de participación de las energías renovables (del 23% para 2020), aunque reporta una gran mejoría en el reemplazo de

34 Los antecedentes legales de esta norma son la Ley 2005-781 relativa al programa para fijar orientaciones de la política energética, o Ley POPE, y las Leyes Grenelle, Ley 2009-967 y Ley 2010-788. A esto se suman el Código del Medioambiente, el Código de Energía y otras normas. Véase *ibíd.*

35 *Ibíd.*, p. 28.

combustibles fósiles por biocombustibles en el sector transporte; de otra parte, ese país tampoco ha logrado cumplir sus metas de eficiencia energética³⁶.

La propuesta de un debate nacional sobre transición energética en Francia pone de manifiesto una nueva alternativa para la discusión masiva del tema, y la democratización en la elaboración de políticas públicas, que incluya no solo a expertos del sector o a funcionarios que se ocupan del mismo, sino que incorpore a la ciudadanía en general. Además, la expectativa de que los resultados de la discusión se recojan en una norma nacional permitiría concretar las aspiraciones sociales y que la población se sienta partícipe, se identifique y se comprometa con las proyecciones del sector energético en particular.

Esta experiencia deja también en evidencia la complejidad y las falencias de la aplicación del mecanismo, las cuales deberían considerarse para ejercicios futuros de la misma naturaleza. Así, es necesario dotar al instrumento de legitimidad y mantener esta a lo largo de su aplicación. Esto, según se observa en el caso francés, podría lograrse con una mejor organización de la convocatoria de actores y de la forma de su participación, así como con la conservación de una buena comunicación de los resultados que se van obteniendo, con la permanencia continua de un interlocutor, y con la coincidencia de la propuesta de ley y los resultados del diálogo.

2. HACIA UN ENTENDIMIENTO COMÚN DE LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA EN COLOMBIA

Aun cuando en Alemania comenzó a hablarse de la necesidad de emprender una nueva transición energética desde los años ochenta y desde la década de 2010, con el impulso de Francia, esta noción se extendió por el mundo, el actual gobierno colombiano afirma que, en nuestro país, el inicio de esta transición comenzó con su mandato en el segundo semestre de 2018. Así se sostuvo por el Ministerio de Minas y Energía mediante un comunicado titulado “Colombia y el inicio de su transición energética”³⁷, en el cual, sin que se vuelva a emplear esta expresión, se indica que “[I]a visión del Gobierno Nacional es preparar a Colombia para la transición hacia la cuarta revolución industrial, modernizando

³⁶ *Ibíd.*, p. 32.

³⁷ Colombia. Ministerio de Minas y Energía. *Colombia y el inicio de su transición energética* [en línea], Comunicado, Bogotá, Presidencia de la República de Colombia, 13 de noviembre de 2018 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: id.presidencia.gov.co

al sector eléctrico con tecnología de punta que aporte a la eficiencia energética y la protección del medio ambiente”.

Al margen de las críticas a la manera limitada en la que se describe la transición energética a la que quiere conducirse al país, al aludir únicamente al subsector eléctrico, parece que el actual gobierno olvida que en el Plan Energético Nacional (PEN) de su predecesor, esto es, el PEN 2015^[38], se hizo referencia expresa y repetida al término de transición energética. En esa oportunidad, dicha transición se describió como un cambio hacia el uso de las energías renovables, al ser estas el principal medio de producción energética para luchar contra el cambio climático y para asegurar la oferta energética³⁹. Además, en 2015 se puso de presente que esa transición debería extenderse al sector de transporte de carga y de pasajeros⁴⁰, para mejorar la eficiencia energética.

De estas breves anotaciones se desprenden tres conjeturas iniciales. La primera, que el tema de la transición energética ha estado presente en Colombia, al menos, desde el año 2015. La segunda, que en nuestro país no se tiene claro o no hay un acuerdo definitivo sobre el alcance de este proceso energético. La tercera, que pese a la mención o utilización expresa de esta noción, su comprensión puede variar según el gobierno de turno, que no siempre indicará con claridad qué se entiende por transición energética, cuáles son las motivaciones nacionales para sumarse a ese proceso y qué medidas se adoptarán para su puesta en marcha.

Con los propósitos de verificar lo acertado de estas apreciaciones iniciales y de conocer cuál ha sido el rol de la población en la recepción de este concepto en nuestro país, primero, delimitaremos el periodo a partir del cual la noción de transición energética comenzó a usarse en Colombia; segundo, estableceremos si antes de usarse se propusieron cambios en el sector energético nacional que contemplaran contenidos asociados con la actual transición (*v. gr.*, utilización de fuentes de energía y de tecnologías de producción energética más limpias, mejoramiento de la eficiencia energética, aumento de la sobriedad energética, apoyo al desarrollo de las energías renovables locales, lucha contra la pobreza energética, acceso universal a los servicios energéticos modernos, inclusión

38 Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional de Colombia [PEN]: Ideario energético 2050* [en línea], Bogotá, 2015, p. 184 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: biblioteca.minminas.gov.co

39 *Ibíd.*, p. 8.

40 *Ibíd.*

de sectores diferentes al energético, y consideración de criterios de justicia, equidad social y democracia); tercero, esclareceremos hacia dónde apunta la actual transición energética en nuestro país; y cuarto, determinaremos si la población ha participado de la adopción y adaptación de este concepto al caso colombiano, como sucedió en los países pioneros, Alemania y Francia, y, de ser así, examinaremos en qué condiciones y con qué efectividad.

Para lograr nuestros cometidos, tomaremos como año de referencia el año 2018. Esta decisión obedece, en primer lugar, al citado comunicado del actual gobierno donde se afirma que es en ese año cuando inicia la transición energética en Colombia; en segundo lugar, a la vigencia del último Plan Energético Nacional, el PEN 2015, que se extiende hasta esa fecha y, por ahora, es nuestro único documento de apoyo para demostrar que sí se ha utilizado el concepto de transición energética en el país por parte de sus autoridades; en tercer lugar, a que en ese año el Foro Económico Mundial (WEF, por sus siglas en inglés) propuso un índice de transición energética (ETI, por sus siglas en inglés) para poder medir el progreso de los Estados en ese proceso, estableciendo así algunos criterios sobre su implementación⁴¹; y, en cuarto y último lugar, a que de nuestra investigación para este escrito se deriva que a partir de ese año los escritos académicos y las notas periodísticas sobre Colombia comenzaron a incluir de manera expresa este concepto.

2.1. PROYECCIONES DEL SECTOR ENERGÉTICO ENTRE 1994 Y 2018, ¿LEJOS DEL CONTENIDO DE LA ACTUAL TRANSICIÓN ENERGÉTICA?

Lo más pertinente para analizar la visión y proyección que se le ha dado al sector energético de nuestro país es recurrir a los planes energéticos nacionales (PEN). En estos documentos programáticos se fijan las pautas y los lineamientos que deben guiar la política energética en Colombia. Dichos documentos fueron previstos por el literal c) del artículo 16 de la Ley 143 de 1994^[42] y su

41 Foro Económico Mundial [WEF]. *Fomentar la transición energética* (trad. propia) [en línea], WEF, 2018 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www3.weforum.org

42 Colombia. Congreso de la República. Ley 143 del 1.º de julio de 1994, “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 41.434, 1994 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.minenergia.gov.co

elaboración fue encomendada a la Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME) del Ministerio de Minas y Energía.

Si bien no podremos revisar en detalle cada uno de estos planes, nos centraremos en sus visiones, prioridades u objetivos centrales, así como en sus objetivos específicos. La razón es que allí se encuentran los parámetros de orientación que guían los cambios esperados para el sector energético y, por tanto, su posible afinidad con los contenidos que hoy se le asignan a la actual transición energética. En total, seis han sido los PEN adoptados en Colombia, y, aunque algunos de sus planteamientos son reiterativos, se observan avances y retrocesos en el camino hacia la transición energética colombiana.

El primer Plan Energético Nacional data de 1994, el PEN 1994-2008^[43]. En esa ocasión, el objetivo superior planteado fue contribuir al logro de las metas del desarrollo sostenible, lo que significaba, según se precisa en el mismo plan, que “el desarrollo energético (al igual que el de todos los sectores económicos) no es un fin en sí mismo sino un medio para contribuir al desarrollo sostenible general del país”⁴⁴. Pese a que no se aludía expresamente a la transición energética, entre los cinco objetivos específicos esbozados en 1994 se destacan tres por su relación estrecha con este concepto: i) incrementar la gestión de la demanda y el uso racional de energía; ii) energizar las zonas aisladas y contribuir al desarrollo social, y iii) mejorar y conservar la calidad ambiental, para lo cual se preveía la creación de un Fondo Energético Ambiental que promoviera y financiara proyectos para mitigar la contaminación ambiental.

No obstante, el primer PEN insistía en la exploración y explotación del petróleo y del carbón para garantizar el abastecimiento interno y, a la vez, aumentar las cantidades de productos a exportar, además de que resaltaba las potencialidades del país en cuanto a la producción de gas natural. Al lado de esto, se hacía una breve mención a la necesidad de establecer un marco institucional y regulatorio para el desarrollo de las energías no convencionales, mencionando como ejemplos de estas a la energía solar y al bagazo de caña.

El PEN 1994-2008 se definía como un trabajo de planificación participativo, flexible e indicativo, puesto que era el producto de la comunicación y participación de agentes públicos y privados involucrados en la cadena de

43 Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional [PEN] 1994-2008* [en línea], Bogotá, 1994 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

44 *Ibid.*, p. 19.

suministro energético, preveía modificaciones futuras de acuerdo con las nuevas circunstancias, y se calificaba como un texto de referencia para ayudar a la toma de decisiones en el sector.

Del contenido del primer PEN colombiano sorprende de forma grata que se contemplara que los cambios de este sector deberían estar orientados hacia el desarrollo sostenible del país bajo criterios de uso racional de energía, eficiencia, equidad social, respeto por el medio ambiente y, en cierta medida, democratización en su elaboración. Esto sin necesidad de mencionar la adhesión del país al proceso de transición energética promovido desde el ámbito internacional.

El segundo Plan Energético Nacional se formuló en 1997, tenía una proyección para el periodo 1997-2010 y estaba acompañado de un enunciado que resaltaba su principal propósito: *autosuficiencia energética sostenible*⁴⁵. En este plan, a diferencia del anterior, se proponía como principal estrategia la de incrementar los volúmenes de reservas de hidrocarburos para garantizar la autosuficiencia energética, el desarrollo del país y la consolidación de este como exportador de energía en un contexto de sostenibilidad ambiental y económica. Según se detallaba, se reconocía que, al ser los hidrocarburos una fuente energética no renovable y al requerirse su aumento de reservas y producción, esta situación se compensaría captando e invirtiendo adecuadamente las rentas generadas por estos productos en el desarrollo del capital social, en infraestructura y en otros sectores para así lograr la sostenibilidad deseada.

Entre las cinco estrategias secundarias identificadas en este PEN, y en lo que nos atañe, resaltamos tres: i) gestión eficiente de la demanda y el uso racional de la energía; ii) énfasis en la energización rural, y iii) gestión ambiental en el sector, dentro del cual se buscaba establecer los impactos ambientales a lo largo de la cadena energética para así determinar los correctivos a aplicar. A su vez, en el objetivo de abastecimiento pleno se hacía una sucinta referencia a las energías alternativas, poniendo como ejemplo a las pequeñas centrales hidroeléctricas (PCH).

Se desprende de lo anterior que, aun cuando el aspecto de sostenibilidad conserva su importancia en este PEN, la visión a largo plazo del sector energético en el país cambia. La prioridad en este segundo plan era producir más

45 Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional [PEN] 1997-2010. Autosuficiencia energética sostenible* [en línea], Bogotá, 1997 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

de lo que teníamos, esto es, petróleo y carbón, y atender las necesidades de la población vulnerable mediante pequeñas hidroeléctricas, única previsión sobre las energías alternativas. Lo verdaderamente rescatable de este plan es la reiteración de la previsión de la gestión ambiental, puesto que en el país persistía la incertidumbre sobre las dimensiones reales de los efectos derivados de la cadena energética para el medio ambiente.

En el año 2003 se adoptó un nuevo Plan Energético Nacional, el cual proponía abarcar el periodo 2003–2020 y hacía referencia a una *estrategia energética integral*⁴⁶. En este plan las preferencias respecto a la orientación del sector varían y, pese a que no se hace referencia a la noción de transición energética, se alude a la consolidación de un proceso de cambio en el sector iniciado en la década de 1990, puntualmente con la adopción de las leyes eléctrica y de servicios públicos en el país⁴⁷.

Es pertinente aclarar que ese cambio de los años noventa, comentado en el PEN 2003, no corresponde necesariamente con el cambio al que aludimos con la actual transición energética. Recordemos que fue justo en 1990, y luego en 1993, cuando Estados Unidos promovió la *Iniciativa de las Américas*, la cual tenía tres pilares: i) la creación de una zona de libre comercio, ii) la desregulación del sector y iii) el ofrecimiento de garantías para atraer la inversión extranjera; esto a cambio de la reducción de la deuda externa con ese país⁴⁸. Esta propuesta se llevó a la agenda de las Américas en términos similares en el marco de la OEA, esto bajo la denominación de *Iniciativa Energética Hemisférica*⁴⁹. Por lo tanto, en ese cambio del sector energético de los años noventa

46 Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional [PEN]. Estrategia Energética Integral. Visión 2003–2020* [en línea], Bogotá, 2003 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

47 En el año 2000, la UPME publicó un documento titulado *Futuros energéticos*, en el cual se presentaban escenarios energéticos para el país; aunque para algunos esta sería la propuesta de un nuevo PEN, en el mismo documento se aclara que esta es una herramienta que servirá de apoyo para futuros PEN y que, por tanto, no constituye un nuevo PEN. Véase Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Futuros energéticos: futuros para una energía sostenible en Colombia* [en línea], Bogotá, 2000 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

48 TULCHIN, JOSEPH S. “La iniciativa Bush para las Américas: ¿Gesto vacío, hábil estrategia o cambio reseñable en las relaciones continentales?” [en línea], en *América Latina Hoy*, 4 de noviembre de 2009, vol. 4, pp. 39–47 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: revistas.usal.es

49 RUIZ CARO, ARIELA. “La cooperación e integración energética en América Latina y el Caribe” [en línea], en *Puente@europa*, vol. 8, n.º 1, 2010, pp. 62–67 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: puenteeuropa.unibo.it

para América Latina, el propósito se centraba en la apertura del sector hacia inversionistas privados extranjeros.

Continuando con la revisión del PEN 2003–2020 encontramos que su estructura varía respecto a los dos precedentes. Inicialmente, la visión se presentaba mediante ocho lineamientos, de los cuales subrayamos solo algunos, como la persistencia del criterio de sostenibilidad en el desarrollo del sector y la garantía de la cobertura energética, este último con la advertencia de que las necesidades se cubrirían utilizando los recursos disponibles. Al mismo tiempo, se aclaraba que los objetivos relacionados con el medio ambiente y el uso racional de la energía ahora serían transversales y, por tanto, estarían inmersos en todos los objetivos específicos. En general, este plan le daba un espaldarazo al sector privado, impulsándolo como agente destacado del sector y restándole protagonismo al Estado. Así, se enfatizaba en la necesidad de mejorar la competitividad en el sector garantizando el libre acceso a todas sus actividades.

De los seis objetivos específicos del PEN 2003–2020, dos son de nuestro interés. El primero es que se mantiene el propósito de favorecer el desarrollo regional y local. Respecto a este objetivo se mencionaba que se aseguraría el abastecimiento eléctrico a las zonas aisladas mediante la creación de mecanismos o incentivos para rentabilizar la inversión privada, y del mismo modo, esta dificultad se incluiría en los planes de desarrollo territoriales y se permitiría la participación de las comunidades en las orientaciones generales. El segundo objetivo específico que destacamos es la previsión, por primera vez y de forma separada, de la incorporación de nuevas fuentes y tecnologías que fueran más eficientes y ambientalmente sostenibles. Sin embargo, en este rubro se hacía una amplia referencia al mejoramiento tecnológico relativo a los hidrocarburos⁵⁰ y, luego, de forma más reducida, a las energías alternas, mencionando como ejemplos de estas las energías eólica, geotérmica, solar y las derivadas de la biomasa y los biocombustibles.

En pocas palabras, en este plan los esfuerzos estarían concentrados en minimizar la participación del Estado en el sector, en continuar con la mejora de la cobertura energética y en incorporar fuentes y tecnologías que aumentaran la sostenibilidad en materia energética, incluyendo el mejor uso de los

50 Se mencionaba expresamente “metodologías y técnicas de exploración en áreas profundas”. Véase Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional [PEN]. Estrategia Energética Integral. Visión 2003–2020*, cit., p. 181.

hidrocarburos. Se tenía la convicción de que factores como la apertura, la competitividad y la concurrencia contribuirían a la continuación del cambio del sector energético del país, cuyo inicio se marcaba en los años noventa.

El cuarto Plan Energético de Colombia se dio en 2007, tenía un horizonte amplio, 2006–2025, y se presentaba con la rúbrica *Contexto y estrategias*⁵¹. En este plan se exponía que el eje de las propuestas sería el desarrollo sostenible, entendido este como un desarrollo que conduciría al crecimiento económico y al favorecimiento de la calidad de vida y del bienestar social, esto sin agotar la base de recursos naturales ni deteriorar el medio ambiente. No obstante, en su fundamentación detallada se añadía el énfasis de que el crecimiento económico precisaba de un sector energético seguro, confiable y eficiente para incrementar la competitividad del país, focalizando de esta manera los esfuerzos del PEN en un desarrollo sostenible dirigido a un sector en particular.

Advertimos que en este plan figuraba un nuevo objetivo específico, avanzar en la integración regional, y se conservaban y retomaban otros, entre los que estaba el de generar desarrollo local alrededor del suministro de energía, respecto del cual se precisaba que el sector energético debía contribuir a la equidad y desarrollo social de los ciudadanos más vulnerables. Igualmente, se insistía en incorporar como objetivo transversal la protección del medio ambiente, y se agregaba otro relacionado con la información, el cual incluía procesos educativos para el uso adecuado de la energía.

Sumado a esto, en el PEN 2006–2025 la promoción de las fuentes no convencionales y el uso racional de energía se insertaban como un objetivo transversal. Sobre este punto se reconocía que Colombia, por el modelo implementado y el equilibrio entre oferta y demanda energética, había prestado poca atención al desarrollo de políticas destinadas a incentivar la incorporación de estas fuentes a su matriz energética. En esta versión del PEN se citaba parcialmente la definición de fuentes no convencionales de energía contemplada en la Ley 697 de 2001^[52], según la cual estas son energías utilizadas marginalmente y cuya comercialización es reducida; sin embargo, es de aclarar que, ni en

51 Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan energético nacional [PEN]: contexto y estrategias, 2006–2025* [en línea], Bogotá, 2007 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

52 Colombia. Congreso de la República. Ley 697 del 3 de octubre de 2001, “Mediante la cual se fomenta el uso racional y eficiente de la energía, se promueve la utilización de energías alternativas y se dictan otras disposiciones” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 44.573, 2001, art. 3.º, num. 8 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.secretariasenado.gov.co

esta ley ni en este PEN, este tipo de energías se circunscriben a las energías renovables, aunque los ejemplos de este último se limitaban a esta clase de fuentes energéticas.

El siguiente plan energético en Colombia fue el PEN 2010-2030^[53], que propone como visión una extensa consideración:

... explotar el potencial del país como exportador de energía, a partir de cadenas locales de valor agregado y garantizar a su vez el abastecimiento energético nacional en el corto, mediano y largo plazo, con criterios de calidad, seguridad, confiabilidad, competitividad y viabilidad. Todo lo anterior bajo el marco del desarrollo sostenible considerando dimensiones económicas, tecnológicas, ambientales, sociales y políticas⁵⁴.

De esta manera, una vez más, la visión que guiaba el PEN colombiano era el fortalecimiento de su capacidad generadora de energía, fundada, claro está, en los hidrocarburos. Según se describía, la finalidad era exportar más productos y asegurar el aprovisionamiento interno. Quizá para subsanar su inclinación por el favorecimiento a los combustibles fósiles, el objetivo central de este plan se acompañaba con la salvedad de que se debían tener en cuenta criterios ambientales y sociales para promover un desarrollo sostenible.

En este PEN se marcan cuatro objetivos específicos, entre los cuales acentuamos el de contribuir al desarrollo sostenible. De otra parte, la presentación de este plan difiere de las anteriores puesto que, en lugar de desarrollar de forma individual cada objetivo, prosigue con la exposición de los retos de los subsectores energéticos. En este desarrollo se asigna un tratamiento separado a las energías renovables y no convencionales. Aquí hay que destacar igualmente que, por primera vez, se aborda el tema de una posible incursión de Colombia en la generación eléctrica a partir de energía nuclear.

El último Plan Energético Nacional adoptado en Colombia es de 2015 y se titula *Ideario energético 2050*^[55]. En este plan se recopilan la mayoría de las

53 El documento que respalda este plan es el informe final que presentan dos entidades contratadas por la UPME. Véase Unión Temporal Universidad Nacional y Fundación Bariloche. *Plan Energético Nacional [PEN] 2010-2030* [en línea], Bogotá, UPME, 2010 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

54 *Ibíd.*, p. 12.

55 Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional de Colombia [PEN]: Ideario energético 2050*, cit.

directrices de los planes anteriores. Así pues, se indica categóricamente que “[e]l objetivo general de una política energética debería ser lograr el abastecimiento interno y externo de energía de manera eficiente, con el mínimo impacto ambiental y generando valor para las regiones y poblaciones”⁵⁶. Y se añade, dándole igual importancia, que se debe buscar “tanto la seguridad como la equidad energética, incorporando criterios de sostenibilidad energética”⁵⁷. Se repite, por consiguiente, como eje central del PEN, el propósito de mantener el abastecimiento tanto para la demanda energética interna como para la externa, esto bajo criterios de seguridad, equidad y sostenibilidad.

En el PEN 2015 se exponen cinco objetivos específicos: i) contar con una oferta energética diversa y confiable, ii) tener una demanda con precios eficientes, iii) fijar metas de eficiencia energética, iv) gozar de una prestación universal de servicios y v) lograr una mayor integración energética. Y, como objetivos transversales, se mantiene el de contar con la información del sector y se retoma el de desarrollar y armonizar el marco institucional. Aparece entonces, de nueva cuenta, la necesidad de brindar una armonía al marco institucional del sector, propósito rezagado desde el año 1994.

Como se mencionó al inicio de este apartado, en este PEN se alude de forma expresa a la noción de transición energética. La remisión a este concepto se hace desde su introducción, donde se advierte:

El nuevo escenario de precios del petróleo debe ser la oportunidad para [...] preparar el camino para una transición [energética] hacia un sistema que apoye el crecimiento verde y sea más sostenible y nos permita entrar a formar parte de los países con sistemas energéticos más sofisticados, economías más productivas y sociedades más igualitarias⁵⁸.

Esta consideración nos permite inferir la lectura que este proceso energético tenía en nuestro país. De un lado, se aprecia que el comportamiento de los precios del petróleo era lo que motivaba la puesta en marcha de esta transición, dejando así de lado cuestiones relacionadas con el cambio climático, la equidad social y otras. Adicionalmente, se entiende que este proceso conllevaría a un crecimiento verde y sostenible, lo que haría suponer que la prioridad debería

56 *Ibid.*, p. 81.

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*, p. 7.

centrarse en el desarrollo de las energías no convencionales, principalmente, de las energías renovables. Por último, se presenta como ventaja, que debería incentivar nuestra adhesión a esa transición, la de ingresar a formar parte de un grupo de Estados que en principio gozan de condiciones a las que cualquier país debería aspirar, tales como modernidad, rentabilidad y equidad social.

Seguidamente, en el acápite de *Panorama energético internacional*, se describe lo que ciertos países, notablemente Alemania, comprenden por transición energética. Para ello se destaca que en esos países dicha transición implica un cambio hacia las energías renovables, como principal medio de producción energética que conlleva la reducción de la generación con petróleo y carbón. Acto seguido se indica que la principal razón de este proceso es la preocupación de los países desarrollados por el cambio climático, acompañada por el afán de asegurar su aprovisionamiento energético interno y la diversificación de su matriz. Para terminar, se expone que este cambio permitiría, de la misma manera, hacer frente a las dificultades de expandir la red interconectada a ciertos lugares, y que debería extenderse al sector de transporte de carga y pasajeros.

Las contradicciones que observamos en el PEN 2015 son que, de un lado, pese a presentar un panorama sobre el alcance de la transición energética y precisar que esta se centra en específico en la promoción de las energías renovables, el plan se queda corto en la proposición de una estrategia para que en Colombia este tipo de fuentes energéticas penetren con mayor fuerza en su matriz de aprovisionamiento; así, en el escenario optimista se prevé que la participación de las energías renovables no convencionales para 2028 tan solo sea de 15%. De otro lado, aun cuando se toma el modelo alemán como referencia para la transición energética, en el PEN se contempla como alternativa para la diversificación de la matriz energética a largo plazo la construcción de pequeñas centrales nucleares.

En la siguiente tabla presentamos una síntesis de la visión y los objetivos de los planes energéticos nacionales de Colombia entre 1994 y 2018, acompañada de algunas anotaciones que se incluyen en esas políticas y que nos dan una idea sobre los propósitos que se planteaban para una eventual transformación energética en el país. Así mismo se enfatiza en la presencia expresa o no de la expresión transición energética (TE) en esos textos. Consideramos oportuno incluir esta tabla para representar de forma gráfica y condensada lo expuesto anteriormente y así permitir al lector que realice un rápido contraste de estos documentos.

TABLA I. SÍNTESIS DE LOS PEN DE COLOMBIA 1994-2015

PEN	Rúbrica	Visión	Objetivos específicos	Objetivos transversales	Otros comentarios	Noción de TE
1994-2008	No	Contribución al logro de metas de desarrollo sostenible	<ul style="list-style-type: none"> - Gestión de la demanda y uso racional de energía - Abastecimiento pleno y eficiente de energéticos - Incremento de las exportaciones de energía - Energizar zonas aisladas y contribuir al desarrollo social - Mejorar y conservar la calidad ambiental 	<ul style="list-style-type: none"> - Investigación y desarrollo científico y tecnológico - Modernización institucional del sector energético 	<ul style="list-style-type: none"> - Planificación participativa, flexible e indicativa - Completar y consolidar el sistema de información energética (SIE) - Se sugiere la creación de un Fondo Energético Ambiental 	No
1997-2010	Autosuficiencia energética sostenible	Incrementar reservas de hidrocarburos que garanticen la autosuficiencia energética, el desarrollo económico del país y la consolidación de su calidad de exportador en un contexto de sostenibilidad ambiental y económica	<ul style="list-style-type: none"> - Incremento de exportaciones - Gestión eficiente de la demanda y uso racional de energía - Abastecimiento pleno y eficiente - Energización rural - Gestión ambiental 	<ul style="list-style-type: none"> - Incrementar capacidad y productividad científica y tecnológica de soporte - Mejorar marco institucional 	<ul style="list-style-type: none"> - Se propone un sistema interinstitucional de gestión de la energización rural 	No
2003-2020	Estrategia energética integral	<ul style="list-style-type: none"> - Minimizar la participación del Estado - Introducción de la competencia en todos los energéticos 	<ul style="list-style-type: none"> - Mantener o incrementar el aporte del sector a la balanza de pagos - Consolidar el esquema competitivo en los diferentes mercados 	<ul style="list-style-type: none"> - Conservación del medio ambiente - Uso racional de la energía 	<ul style="list-style-type: none"> - “[N]uestra visión de largo plazo está orientada a hacer del sector privado el principal actor en el desarrollo del sector”; 	No

PEN	Rúbrica	Visión	Objetivos específicos	Objetivos transversales	Otros comentarios	Noción de TE
		<ul style="list-style-type: none"> - Integralidad de las políticas del sector - Eficiencia en los recursos - Sostenibilidad en el desarrollo del sector - Desarrollo científico y tecnológico - Integralidad de la cobertura energética 	<ul style="list-style-type: none"> - Profundizar el desarrollo del plan de gas - Ampliar y garantizar la oferta interna de energéticos con precios eficientes y adecuada calidad - Favorecer el desarrollo regional y local - Incorporar nuevas fuentes y tecnologías 		<p>“[N]ada debe ser regalado para ningún usuario”.</p>	
2006-2005	Contexto y estrategias	Maximizar la contribución del sector energético al desarrollo sostenible del país.	<ul style="list-style-type: none"> - Asegurar el abastecimiento energético, sin desconocer los beneficios de la autosuficiente - Avanzar en la integración regional - Consolidar mercados energéticos - Propiciar la formación de precios eficientes - Generar desarrollo local alrededor del suministro de energía 	<ul style="list-style-type: none"> - Inserción de fuentes no convencionales y uso racional de la energía - Minimizar impactos en el medio ambiente y la salud pública - Impulsar la ciencia y la tecnología - Contar con un arco institucional y normativo - Información, promoción y capacitación respecto del sector 	<p>“Para lograr los objetivos propuestos, es fundamental la inversión privada en el desarrollo de la infraestructura que requiere el País y ésta se da en la medida en que exista coherencia y coordinación de la institucionalidad del Estado, junto con la participación de la sociedad”.</p>	No

PEN	Rúbrica	Visión	Objetivos específicos	Objetivos transversales	Otros comentarios	Noción de TE
2010-2030	Análisis y revisión de los objetivos de política energética colombiana de largo plazo y actualización de sus estrategias de desarrollo	Explotar el potencial del país como exportador de energía, a partir de cadenas locales de valor agregado, y garantizar a su vez el abastecimiento energético nacional en el corto, mediano y largo plazo, con criterios de calidad, seguridad, confiabilidad, competitividad y viabilidad. Todo lo anterior en el marco del desarrollo sostenible y considerando dimensiones económicas, tecnológicas, ambientales, sociales y políticas.	<ul style="list-style-type: none"> - Aumentar la confiabilidad y reducir la vulnerabilidad del sector - Maximizar la contribución del sector a la sustentabilidad macroeconómica, a la competitividad y el desarrollo del país - Contribuir al desarrollo sostenible - Adecuar el marco institucional 		Se convocan talleres participativos con representantes de instituciones y empresas vinculadas al sector. Se hace un análisis independiente por subsector energético, incluyendo de forma separada las fuentes renovables y no renovables, mencionando por primera vez la energía nuclear.	No
2015	Ideario energético 2050	Lograr el abastecimiento interno y externo de energía de manera eficiente, con el mínimo impacto ambiental y generando valor para las regiones y las poblaciones.	<ul style="list-style-type: none"> - Contar con una oferta energética diversa y confiable - Tener una demanda con precios eficientes - Fijar metas de eficiencia energética - Gozar de una prestación universal de servicios - Mayor integración energética 	<ul style="list-style-type: none"> - Contar con la información, el conocimiento y el recurso humano - Desarrollar y armonizar el marco institucional 	Se debe buscar tanto la seguridad como la equidad energética, incorporando criterios de sostenibilidad energética.	Sí

Fuente: elaboración propia.

Frente a este conjunto de planes energéticos adoptados en nuestro país entre 1994 y 2018 presentamos seis reflexiones finales. La primera, se confirma que la utilización expresa de la noción de transición energética se produjo solo en el año 2015. La segunda, antes de ese año, y pese a la ausencia del uso de ese concepto, ya se habían incorporado algunos de los elementos que se asocian con el contenido de la actual transición energética, principalmente, el uso racional de estos recursos, la eficiencia en su manejo, su vinculación con el tema climático, su relación con el desarrollo social, y la necesidad y pertinencia de promover otras energías distintas a las convencionales. La tercera, es constante recurrir a la idea de desarrollo sostenible para justificar las estrategias planteadas en los PEN, pero de su contenido se infiere que su comprensión y alcance varía conforme con el plan. La cuarta, como común denominador, todos estos planes persisten en maximizar el empleo del petróleo, el carbón y el gas natural con la finalidad no solo de abastecer la demanda interna sino de exportar estos productos. La quinta, hay un uso poco claro de las expresiones ‘energías alternativas’, ‘energías convencionales’ y ‘energías renovables’. En ocasiones se utilizan como sinónimo, en otras como tipologías diferenciadas y en otras bajo una relación de género a especie. Así mismo, y pese a la definición propuesta por la Ley 697 de 2001 que indica que las fuentes no convencionales son ambientalmente sostenibles, no es del todo definido en qué medida los hidrocarburos y la energía nuclear podrían cumplir con este criterio. La sexta, en la elaboración de estos planes se ha permitido la participación de actores diferentes a los integrantes del Ministerio de Minas y Energía, pero siempre restringida a los agentes ligados al sector y a los partícipes en la cadena de suministro. La única excepción, en la que expresamente se refirió la participación de la comunidad en las orientaciones de su suministro energético, fue el PEN 2003-2020, pero en ese caso se limitó a las zonas aisladas del país.

2.2. TRANSICIÓN ENERGÉTICA EN COLOMBIA 2018-ACTUAL, ¿CONSTRUCCIÓN COLECTIVA DE UN ENFOQUE PROPIO?

Examinemos ahora qué ha ocurrido en nuestro país desde el año 2018 de cara al tema energético, en particular, a la transición energética. Debido a que aún no se ha aprobado el nuevo Plan Energético Nacional, no podemos determinar con certeza si esta noción se incluirá de forma expresa en ese documento y, en caso afirmativo, si se expondrá con claridad el alcance que el gobierno le otorga a ese proceso, o si su incorporación tendrá un impacto renovador en el

diseño de las estrategias del sector reflejado en su visión y en el planteamiento de los objetivos específicos.

Ante esta carencia y con el fin de determinar en qué va y hacia dónde el proceso de la transición energética en Colombia, en este acápite recurriremos a algunos pronunciamientos del Ejecutivo, al borrador del nuevo PEN, a escritos académicos sobre el tema y a la revisión de la actualidad nacional.

Parecía que bajo el gobierno de Iván Duque la previsión de la visión y del proyecto del sector energético en Colombia iba a conservar la misma dinámica instaurada desde el año 1994, esto es, que la UPME del Ministerio de Minas y Energía se encargaría de la elaboración del PEN, luego de realizar algunas reuniones con destacados actores del sector. En ese sentido, y como se mencionó al inicio de este acápite, en 2018, el gobierno afirmó que bajo su mandato Colombia iniciaría el proceso de transición energética hacia la cuarta revolución industrial, considerando herramientas tales como *blockchain*, *big data* y automatización, medidores inteligentes, baterías, participación de la demanda y movilidad eléctrica⁵⁹.

No obstante, desde 2018 y con énfasis en 2019, la academia y la misma realidad nacional les recordaron a las autoridades que la población quiere participar activamente del diseño de la política energética del país y que conoce de los alcances de la actual transición energética, base sobre la cual debería proyectarse nuestra propia transformación en este sector.

A inicios de 2018, Germán Corredor, quien fue docente en la Universidad Nacional y se especializó en planificación y economía energética, escribió un artículo en el que se pone en relación directa a Colombia con la transición energética⁶⁰. En su escrito, Corredor advierte que, en el modelo energético mundial, la transición energética implica una descarbonización de la matriz energética, para luego indicar que Colombia se comprometió a reducir el 20% de sus emisiones totales de gases de efecto invernadero para 2030 o el 30% si cuenta con recursos de la cooperación internacional. De donde se infiere que la promoción de las energías renovables resulta inaplazable en el país. Seguidamente ubicamos la publicación coordinada por Tatiana Roa sobre la transición energética en Colombia, a la cual hicimos referencia en la introducción. En ese texto se puntualiza una particular concepción de este proceso para nuestro

59 Colombia. Ministerio de Minas y Energía. Ob. cit.

60 CORREDOR, GERMÁN. “Colombia y la transición energética” [en línea], en *Ciencia Política*, 2018, vol. 13, n.º 25, pp. 107-125 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: dialnet.unirioja.es

el país, una aproximación que refuerza los nuevos alcances asignados a esta transición puesto que se espera un cambio que “nos conduzca a un sistema energético democrático, centrado en la gente y el planeta, que respete los derechos de las trabajadoras y los trabajadores, los derechos humanos, de los pueblos y de la naturaleza”⁶¹.

De igual manera, en 2018, algunas notas periodísticas emplearon expresamente esta noción para referirse al caso colombiano, por ejemplo, se advertía que la transición energética es uno de los principales desafíos para Colombia si se toma en cuenta que casi medio millón de habitantes carecen de electricidad, que las energías renovables no convencionales no sobrepasan el 1% de la matriz energética nacional y que los vehículos eléctricos o híbridos solo representan el 0,03% del parque vehicular⁶².

Con la llegada del año 2019 el país tuvo dos nuevos impulsos para constatar la vigencia del tema de la transición energética. En marzo de ese año, el Foro Económico Mundial (WEF) lanzó la segunda edición del índice de transición energética (ETI), esta vez acompañada del *ranking* de evaluación de este proceso en 115 Estados. El ETI se determina evaluando tres aspectos: i) seguridad y acceso a la energía, ii) desarrollo y crecimiento económico y iii) sostenibilidad ambiental; de acuerdo con estos criterios, el Foro ubicó a Colombia en el puesto 34, a la par de Canadá (!) y por encima de Brasil (46) y Argentina (61), entre otros.

Ese mismo mes y año, el Fondo Francés de Inversión Edmond Rothschild (EdR)⁶³ señaló que, de acuerdo con su indicador de transición energética, entre los 60 países medidos, Colombia ocupaba el segundo lugar, por encima de Suecia y luego de Suiza (!). Este indicador se basa en el resultado del promedio de cuatro componentes: i) consumo de energía primaria por persona, ii) emisiones de CO₂ por persona, iii) partición de las energías fósiles en el mix energético y iv) eficiencia energética. Según se explicaba en el reporte, la calificación de Colombia obedecía a su bajo consumo de energía primaria por persona (869 kg de equivalente de petróleo de energía primaria por persona, contra 1.794 kg como promedio en el mundo) y a las bajas emisiones de CO₂.

61 SOLER, ARISTIZÁBAL y ROA AVENDAÑO (coords.). *Transición energética en Colombia*, cit., p. 6.

62 MANETTO, FRANCESCO. “Colombia aspira a un 10% de energía limpia en cuatro años” [en línea], en *El País*, sec. Economía, Colombia, 22 de noviembre de 2018 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: elpais.com

63 Pôle Recherche Economique. *Transition énergétique* [en línea], Francia, Edmond de Rothschild, 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.allnews.ch

En consecuencia, para el año 2019 se asumía, al menos desde el ámbito internacional, que Colombia ya estaba inmersa en el proceso de transición energética global y, además, con muy buenos resultados. Aprovechando esta coyuntura y valiéndose del reporte del WEF, en mayo de 2019 el gobierno instauró la Misión de Transformación Energética, la cual buscaría poner al país a la vanguardia en los retos planteados por la transición energética, esto con el apoyo financiero del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)⁶⁴.

La Misión tenía cuatro etapas distribuidas en los trimestres del año 2019^[65]. La primera era su planeación y el diagnóstico de la situación actual; la segunda, su lanzamiento; la tercera, su desarrollo, y la cuarta, la presentación de sus resultados y la implementación. En la hoja de ruta de la Misión, elaborada por diez expertos nacionales y otros diez extranjeros, se identificaron cinco focos estratégicos, a saber: i) competitividad, participación y estructura del mercado eléctrico; ii) rol del gas en la transformación energética; iii) descentralización, digitalización y gestión eficiente de la demanda; iv) cierre de brechas, mejora de la calidad y diseño y formulación, y v) revisión del marco institucional y regulatorio.

Si bien esta iniciativa otorga un mayor protagonismo al proceso de transición energética en el país, estimamos que la manera en que se aborda el tema sigue teniendo las mismas falencias identificadas a propósito de los planes energéticos nacionales aprobados entre 1994 y 2018. De un lado, la visión o proyección del sector la siguen construyendo exclusivamente sus expertos; de otro, los objetivos siguen centrados en aspectos técnicos y tecnológicos y en el sector energético en sí mismo. Más aún, no se aprecia una apertura hacia el empoderamiento de los usuarios, al desarrollo de las energías renovables no convencionales sobre los hidrocarburos, a la extensión de iniciativas hacia otros sectores, como el de transporte y el agroindustrial, y tampoco se prevén escenarios participativos o de diálogo con la población.

Pero al margen del avance de esta misión, a finales del año 2019 un hecho cambiaría la metodología con la que el nuevo gobierno pretendía abordar esta y otras temáticas en el país, y es que Colombia entró en paro nacional. El 4 de noviembre de ese año, distintos sectores del país convocaron a una protesta, lo

64 PLANAS MARTI, MARÍA ALEXANDRA. “Colombia prepara la ruta para el futuro del sector energético” [en línea] [blog], en *Energía para el Futuro*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 24 de febrero de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: blogs.iadb.org

65 Colombia. Ministerio de Minas y Energía. *Transformación energética* [en línea], Presentación, Bogotá [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.minenergia.gov.co

anterior en un contexto de aumento de asesinatos a líderes sociales, homicidios a excombatientes de la guerrilla de las FARC y ataques a comunidades indígenas, entre otros hechos lamentables. A lo que se sumaban serios cuestionamientos a altas autoridades del país que provocaron renunciaciones y debilitamiento institucional, como fue el caso del Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez, y del entonces ministro de Defensa, Guillermo Botero.

El 21 de noviembre de 2019 iniciaron las manifestaciones, en las cuales participaron organizaciones sindicales obreras, estudiantes, indígenas, campesinos y un sinnúmero de ciudadanos y de colectivos. Las marchas fueron diarias durante la primera semana y luego, aunque intermitentes, se extendieron hasta las fiestas navideñas de ese año.

Por el número de sectores y la gran cantidad de participantes en el paro nacional, se decidió conformar un comité, con el objeto, entre otros, de recolectar las peticiones de los manifestantes. Las inconformidades iban desde el manejo económico y tributario y de la educación, hasta las críticas a la regulación del sistema de salud, pasando por el descontento frente a las condiciones laborales y de pensiones, los compromisos no cumplidos en anteriores protestas, la definición de políticas ambientales y la indebida aplicación de los acuerdos de paz, entre otras reivindicaciones.

En diciembre de 2019, dicho comité presentó 104 peticiones al gobierno nacional bajo la rúbrica de *Agenda para la negociación con el Gobierno*⁶⁶. Dicha Agenda sistematizó las peticiones en trece puntos, de los cuales el número 7 estaba dedicado a los derechos de la Madre Tierra. En ese punto se solicitaba, entre otros aspectos, la definición de las políticas minero-energéticas con las comunidades indígenas, la población negra, los campesinos, los habitantes del territorio, los habitantes de páramo, las organizaciones ambientales y los sindicatos del sector. Y en su literal c) se incluía la petición de: “Declaración de emergencia climática y ecológica; avance decidido en la transición energética justa, cambiando el modelo de manera progresiva, que respete los derechos de la naturaleza y los Derechos Humanos”.

Sin que se requiera de explicaciones adicionales, pero con la intención de insistir en los términos de esta petición, recalamos que los partícipes del Paro expresaron tajantemente que solicitaban un papel activo en la delimitación de

66 Comité Nacional de Paro. *Agenda del Comité Nacional de Paro para la Negociación con el Gobierno Nacional* [en línea], Colombia, 13 de diciembre de 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.indepaz.org.co

las políticas energéticas y el inicio de una transición energética que fuera justa, esto es, que conllevara un cambio del modelo energético haciendo hincapié en el respeto de los derechos de la naturaleza y de los humanos.

De cara al paro, el gobierno propuso una *Gran Conversación Nacional* que instauró el día 24 de noviembre de 2019. Desde el inicio y hasta la fecha, los líderes del paro se han negado a participar de la citada conversación, arguyendo que ellos quieren *negociar* y no, simplemente, y como dicen que lo propone el gobierno, *hablar*. De otra parte, la conversación del gobierno empezó con la convocatoria a las autoridades territoriales, llamado que no fue de buen recibo por el Comité Nacional del Paro. Ahora bien, como hecho innovador de esta iniciativa, el día 13 de diciembre, el presidente de la República lanzó una plataforma digital para que cualquier ciudadano pudiera transmitir sus peticiones o ideas al conversatorio nacional⁶⁷. Sin embargo, nunca fue claro cómo se procesaron las más de 13.000 inquietudes recibidas, según reportaron las autoridades⁶⁸.

En la Conversación Nacional, el Gobierno propuso abordar seis temas: i) juventud, ii) educación, iii) crecimiento con equidad, iv) transparencia y lucha contra la corrupción, v) paz con legalidad y vi) cuidado del medio ambiente y desarrollo sostenible⁶⁹. Para su tratamiento se plantearon mesas o espacios de participación tanto nacionales como regionales. Darles seguimiento a estas mesas no fue sencillo, por no existir un cronograma establecido y porque en página web de la Conversación Nacional no se tiene el registro de todos estos encuentros.

Sobre el medio ambiente rastreamos tres mesas nacionales⁷⁰. La primera se realizó el 28 de noviembre de 2019 y contó con más de 100 participantes⁷¹.

67 Colombia. Presidencia de la República. “Presidente Duque lanza la plataforma de la Gran Conversación Nacional, un espacio para escuchar a todos los colombianos” [en línea], en *Noticias Presidencia de la República*, Bogotá, 13 de diciembre de 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: id.presidencia.gov.co:443

68 Colombia. Gobierno Nacional. *Gran Conversación Nacional* [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.conversacionnacional.gov.co

69 *Ibid.*

70 En la página web de la Conversación Nacional no se registró la segunda mesa de medio ambiente en la agenda. Véase *ibid.*

71 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. “Gobierno Nacional inició la mesa de diálogo con ambientalistas y académicos en la Gran Conversación Nacional” [en línea], en *Noticias del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible*, Bogotá, 28 de noviembre de 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.minambiente.gov.co

La segunda, el 6 de diciembre de 2019 y es la única a la que se le atribuye un resultado concreto, puesto que en ella se pidió la firma por parte del Estado del Acuerdo de Escazú, solicitud a la que, el 11 de diciembre, accedió el gobierno⁷². Recordemos que el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe pretende que en la región se garanticen el pleno y efectivo ejercicio de estos derechos en los procesos de toma de decisiones ambientales y de acceso a la justicia en estos asuntos. No obstante, se requiere de 11 ratificaciones para su entrada en vigor, y por el momento se tienen 22 firmas y 8 ratificaciones⁷³. La tercera mesa nacional sobre medio ambiente se celebró el 16 de enero de 2020, contó con 120 participantes y fue específica para la transición energética⁷⁴, por lo que nos permitimos ampliar la información al respecto.

Esta última mesa se organizó mediante cuatro espacios de trabajo: i) generación energética, ii) movilidad sostenible, iii) eficiencia energética y iv) relación economía-energía. Fruto de estos, algunas de las recomendaciones que se dieron a conocer fueron: eliminar barreras económicas para promover la movilidad sostenible, impulsar nuevas inversiones por parte de actores económicos en pro de las nuevas tecnologías, facilitar la penetración de nuevas energías renovables, e implementar incentivos tributarios para el almacenamiento de energía en baterías. Además, se pusieron de presente, entre otras necesidades, la de garantizar la universalización de energías renovables y baterías en zonas no interconectadas, y la de asegurar la migración justa de trabajadores del sector minero y de hidrocarburos a nuevas actividades económicas como las energías renovables⁷⁵. Durante el desarrollo de esta mesa, el coordinador de la Conversación Nacional, Diego Molano, afirmó que el eje temático ambiental

72 COLPRENSA. “Primera victoria de la Gran Conversación Nacional en tema ambiental” [en línea], en *El Universal*, sec. Colombia, 20 de diciembre de 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.eluniversal.com.co

73 Las Partes en el Presente Acuerdo. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe* [en línea], San José de Costa Rica, 4 de marzo de 2018 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: repositorio.cepal.org

74 Colombia. Vicepresidencia de la República. “Conversación Nacional ampliará espacios de diálogo sobre transición energética” [en línea], en *Noticias de la Vicepresidencia de la República*, Bogotá, 16 de enero de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: mlr.vicepresidencia.gov.co:443

75 SÁNCHEZ MOLINA, PILAR. “Colombia pregunta a los ciudadanos cómo acelerar la Transición

era el de mayor avance, y que esto había permitido ponerse de acuerdo en el camino de la transición energética del país⁷⁶.

La Conversación Nacional se extendió hasta el 15 de marzo de 2020, fecha en la que se esperaban los primeros resultados. Pero, el 12 de marzo se declaró la emergencia sanitaria en el país por la pandemia mundial de coronavirus⁷⁷, motivo por el cual se señaló que las conclusiones se darían a conocer progresivamente por medios digitales. Por lo pronto el coordinador, Diego Molano, indicó que las propuestas serían canalizadas, según el caso, a través de la aceleración o mejoramiento de programas de gobierno, la propuesta de nuevas iniciativas de política pública, la presentación de proyectos de ley o su redireccionamiento a las autoridades municipales y/o departamentales respectivas⁷⁸.

No es posible exponer una apreciación definitiva sobre la iniciativa gubernamental de la Gran Conversación Nacional en la medida en que no se han dado a conocer sus resultados o conclusiones. Pese a esto, es claro que se trató de un esfuerzo inédito en nuestro país que, a pesar de su aspiración, no logró convencer a los líderes del paro, quienes fueron los que motivaron su surgimiento. De estos acontecimientos se deriva que los intercambios y la inclusión social en la configuración de la transición energética colombiana han comenzado, pero la inquietud que acompaña el título del escrito seguiría vigente: ¿y para cuándo el debate nacional sobre la transición energética? Ciertamente, la temática se incluyó como parte de una conversación más amplia sobre el cuidado del medio ambiente y el desarrollo sostenible, sin embargo, una sola mesa de trabajo dedicada a este proceso en específico no puede resolver todas las inquietudes al respecto.

Energética en el país” [en línea], en *pv magazine Latin America*, 6 de marzo de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.pv-magazine-latam.com

76 Redacción. “Conversación Nacional: El Gobierno colombiano insiste con fomentar energías renovables en la nueva mesa multisectorial” [en línea], [blog], en *Energía Estratégica*, sec. Energías renovables, 20 de enero de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.energiaestrategica.com

77 Colombia. Presidencia de la República. “Presidente Duque anuncia declaratoria de emergencia sanitaria y puesta en marcha de rigurosas medidas para contener la pandemia del coronavirus (COVID-19)”, [en línea], en *Noticias Presidencia de la República*, Bogotá, 12 de marzo de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: id.presidencia.gov.co:443

78 Redacción. “Entregan primeras conclusiones de Conversación Nacional”, [en línea], en *El Nuevo Siglo*, sec. Nación, 15 de marzo de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.elnuevosiglo.com.co

Ahora bien, nos resta por examinar el documento de consulta del nuevo PEN elaborado en diciembre de 2019 y presentado a la opinión pública en enero de 2020. Las verdaderas preguntas son si se recogieron algunos de los planteamientos de las mesas de medio ambiente, o de la agenda para la negociación con el gobierno, o quizá aquellos expresados por los académicos de forma previa, y si hay novedades frente a los anteriores PEN. Como ya lo hicimos, y sin ánimo de presentar un estudio profundo, nos centraremos en la visión y los objetivos específicos del eventual nuevo plan energético.

De acuerdo con el documento de consulta del PEN 2020-2050, este se encamina a “la satisfacción de los requerimientos energéticos del país, en el marco de una transformación energética global, marcada por una mayor sensibilidad con el medio ambiente, por la irrupción de nuevas demandas provenientes de comunidades, por mayores niveles de crecimiento económico, por el desarrollo tecnológico y por los compromisos de mitigar los impactos del cambio climático”⁷⁹. No cabe duda entonces de que, al igual que en 2015, Colombia se sitúa en el proceso de transición energética global y reconoce como características de este la preocupación por el medio ambiente y las nuevas necesidades de la población.

Así mismo, en este plan se acepta que la actual transición energética implica: i) la redefinición del sistema energético, ii) una mayor incorporación de las energías renovables, iii) la mejora de la eficiencia energética y iv) la utilización de nuevas tecnologías. Y, al lado de estas consideraciones técnicas, se menciona también que Colombia se comprometió en el ámbito internacional a replantear lo que entiende por desarrollo para contemplar como parte de este: i) la mitigación de la pobreza, ii) el avance de la equidad social, iii) el impulso de alianzas sociales y, en general, iv) el equilibrio entre lo social, lo económico y lo ambiental. Por tanto, y de acuerdo con lo expresado en este PEN, el desarrollo sostenible al que suelen aludir estos planes debería integrar y conciliar estos contenidos de interpretación de desarrollo y no inclinarse hacia al beneficio del sector económico.

El eventual PEN 2020-2050 expone como propósito principal el de “definir un modelo energético sostenible al 2050, que impulse la transformación energética para lograr el progreso económico, el mejoramiento de la calidad

79 Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan energético nacional [PEN] 2020-2050. Documento de consulta* [en línea], 2019, p. 6 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www1.upme.gov.co

de vida y el respeto al medio ambiente”. La propuesta no es muy original, pero, como lo mencionamos, con las precisiones iniciales podría marcar una orientación más definida. Para confirmar esta apreciación daremos un vistazo a los objetivos específicos que se recogen en siete numerales: i) seguridad de suministro energético y diversificación de la matriz energética, ii) energía como eje de desarrollo económico y prosperidad, iii) gestión ambiental del sector, iv) aseguramiento de cobertura a servicios y productos energéticos con inclusividad y desarrollo territorial, v) eficiencia energética, vi) integración energética regional y vii) entorno habilitante para la implementación del PEN.

Del examen de los objetivos específicos, que se desarrollan en las primeras páginas del PEN, se concluye que la única característica que lo distingue de los anteriores es la referencia al adverbio “inclusividad” en el cuarto objetivo. En ese mismo ítem se reconoce inequívocamente que los servicios energéticos tienen un impacto directo, entre otros aspectos, en la salud, la educación, las oportunidades de empleo, la transformación demográfica, la contaminación y la promoción de la equidad de género. Contribuyendo también a la reducción de la pobreza, al emprendimiento, creatividad e innovación que posibilitan la producción y el consumo eficiente de los recursos.

Desafortunadamente, aun cuando todas estas consideraciones están presentes al inicio de este PEN, y si bien se hace referencia expresa y reiterada a la noción de transición energética a lo largo de su contenido, constatamos que este plan no ofrece precisiones sobre el desarrollo de energías renovables, enfocándose en el aumento de uso de gas natural y de automóviles híbridos y eléctricos, pero sin hacer en ningún caso referencia a la democratización de la definición y ejecución de estrategias.

CONCLUSIONES

Primera. El concepto de transición energética carece de una definición única. Este término ha evolucionado y hoy atañe a aspectos que van más allá del sector energético. Adicionalmente, conforme con lo expuesto, se observa una apropiación política de esta noción que permite a los gobernantes justificar la orientación de sus políticas energéticas sin que esto implique, forzosamente, un verdadero cambio en el sector y en el direccionamiento general de otros sectores involucrados en la transformación energética a favor de la ciudadanía.

En Alemania, la incorporación de la transición energética a la agenda social y política permitió un ataque frontal hacia el desarrollo de la energía nuclear y un apoyo decidido a las energías renovables no convencionales. En Francia,

en cambio, esta noción facilitó la permanencia de las plantas nucleares. En Colombia, por su parte, y de acuerdo con la revisión de los PEN de 1994 a 2018, la inclusión de este término en las políticas energéticas no ha conllevado un cambio significativo en el manejo del sector, y en nuestros días está favoreciendo notoriamente la promoción del gas natural.

Segunda. En Alemania, las reflexiones sobre el tema iniciaron en 1980, mientras que en Francia hubo retraso y el tema no adquirió verdadero peso sino en 2010; sin embargo, y pese al marcado desfase de este segundo país, hoy en día ambos casos son referentes en el tratamiento de la transición energética. No interesa entonces si Colombia despierta a la transición energética en 2020, lo que importa y abstraemos de las reflexiones realizadas en este artículo es que nuestro país podría marcar la diferencia en el ámbito regional e internacional si hacemos que el contenido que se le asigne a esta transformación trascienda los sectores productivos. En nuestro país, y según se desprende de lo demandado durante el paro nacional, la población está reivindicando no solo una transición energética hacia una economía sostenible y baja en carbono sino, sobre todo, una transición que sea justa, equitativa y democrática.

En Alemania el reto es reemplazar la energía nuclear y el carbón, en Francia el reto está en reemplazar la energía nuclear y, agregaríamos nosotros, el gas natural importado, y en ambos casos se trata de abandonar el consumo de petróleo y sus derivados provenientes de terceros Estados. En Colombia, la situación es distinta. No hemos desarrollado la energía nuclear y somos productores de combustibles fósiles. Los retos de nuestra transición energética son diversos (*v.gr.*, decidir sobre la incursión de la energía nuclear en el país, o sobre la promoción de las energías renovables locales por encima de las potencialidades que ofrecen los hidrocarburos, o sobre el *fracking*, ante el riesgo de desabastecimiento y el incremento de la demanda energética), e incluyen igualmente reivindicaciones sociales que apuntan a una participación activa en la orientación del sector y a integrar aspectos que trascienden preocupaciones del pasado centradas en el reemplazo de una fuente energética por otra.

Tercera. La sociedad civil ha tenido un rol fundamental en la impulsión de la transición energética, pero su papel parece agotarse en el momento en que los gobiernos se apropian del concepto y lo incorporan en su agenda política. En Alemania se destaca la actuación del instituto ambiental Öko, y en Francia la de la asociación négaWatt. En contraste, y en consonancia con los resultados de este artículo, en Colombia, aunque no hay una referencia a un segmento de ciudadanos organizados que estructuren no solo una crítica sino una propuesta integral sobre la transformación energética que requiere

el país, la agenda de negociación presentada por el Comité de Paro Nacional en diciembre de 2019 constituye la petición social más significativa y masiva que se haya formulado en la materia.

En consecuencia, es importante definir quién va a decidir el rumbo de la transición energética, a quiénes va a beneficiar, y quiénes van a vigilar el progreso de estas decisiones. Alemania optó por manejarlo todo desde arriba, es decir, desde sus gobernantes, mediante coaliciones de partidos políticos y aprobación de políticas. Francia quiso innovar con un modelo de participación masiva en el diseño de la nueva política energética, participación que, desafortunadamente, se quedó en la etapa de la discusión y propuesta de iniciativas puesto que el gobierno central volvió a tomar las riendas de la decisión del direccionamiento del sector. En Colombia, un primer ejercicio de conversación con la ciudadanía se produjo a propósito de las mesas ambientales en el marco de la Gran Conversación Nacional promovida por el actual gobierno. Pero de tres mesas, solo una de ellas estuvo destinada a la discusión sobre la transición energética en el país.

Por consiguiente, estimamos que en Colombia no se ha dado un verdadero debate nacional sobre la transición energética que convoque no solo a los agentes del sector, sino a los distintos gremios, asociaciones, colectivos y a la ciudadanía en general. Se trata de una discusión que no puede seguir postergándose porque la sociedad la está reclamando y la realidad de nuestro entorno la exige, así como nuestros compromisos internacionales obligan a que tomemos este proceso en serio, con menos retórica y con más cambios palpables. El desafío mayor, por supuesto, y según se desprende de los casos examinados, es la organización y coordinación de tal debate, pero esto no puede convertirse en un obstáculo para ignorar que la población quiere ser parte de las decisiones que se adopten en el sector, y no con el simple aporte de una opinión sino con intervenciones que tengan un impacto cierto en el direccionamiento de estas políticas.

Cuarta. Un futuro debate nacional sobre la transición energética en Colombia daría cuenta igualmente de un proceso de constitucionalismo en transformación visto con una proyección hacia el año 2030, esto en la medida en que constituiría un ejemplo de participación ciudadana y de democratización de las decisiones y orientaciones que asuma el país. Hay que brindar nuevas opciones de involucramiento del ciudadano en lo público que no se limiten a una democracia representativa bastante desarrollada y en decadencia según las críticas y las expresiones de insatisfacción de la población. Así mismo, este ejercicio nos pondría en sintonía con preocupaciones mundiales y actuales,

como lo es la protección de un medio ambiente sano, la cual no solo se logra desde las instancias de los poderes públicos del Estado, sino mediante la inclusión de actores esenciales en ese proceso de salvaguardia. Los principios y derechos consagrados en la Constitución colombiana de 1991 pueden y deben traducirse en nuevas iniciativas concretas de su aplicación.

REFERENCIAS

- Asociación négaWatt. *Réussir la transition énergétique* [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: negawatt.org
- AYKUT, STEFAN C. y EVRARD, AURÉLIEN. “Une transition pour que rien ne change? Changement institutionnel et dépendance au sentier dans les ‘transitions énergétiques’ en Allemagne et en France” [en línea], en *Revue Internationale de Politique Comparée*, 2017, vol. 24, n.º 1, pp. 17-49 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.cairn.info
- BERMEJO, ROBERTO. “Ciudades postcarbón y transición energética” [en línea], en *Revista de Economía Crítica*, segundo semestre de 2013, n.º 16, pp. 215-243 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: revistaeconomiacritica.org
- BERTINAT PABLO. “Transición energética justa. Pensando la democratización energética” [en línea], en *Análisis*, diciembre de 2016, vol. 1, pp. 1-20 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: library.fes.de
- BOTERO GARCÍA, JESÚS; CARDONA VÁSQUEZ, DAVID y GARCÍA RENDÓN, JOHN. “Transición energética en Alemania e integración de fuentes de energías no convencionales” [en línea], *working paper*, Universidad EAFIT, 1.º de diciembre de 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: repository.eafit.edu.co
- Centre d’analyse stratégique. “Rapport énergies 2050” [en línea], en *Rapport & documents du Ministère de l’Industrie et de l’Énergie*, Francia, Ministerio de Industria y Energía, 13 de febrero de 2012 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: archives.strategie.gouv.fr
- CHÁVEZ, DANIEL y KISHIMOTO, SATOKO. “Hacia la democracia energética. Debates y conclusiones de un taller internacional” [en línea], en *Informe de síntesis del taller internacional sobre democracia energética*, Ámsterdam, julio de 2016 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.fuhem.es

Colombia. Congreso de la República. Ley 143 del 1.º de julio de 1994, “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 41.434, 1994 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.minenergia.gov.co

Colombia. Congreso de la República. Ley 697 del 3 de octubre de 2001, “Mediante la cual se fomenta el uso racional y eficiente de la energía, se promueve la utilización de energías alternativas y se dictan otras disposiciones” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 44.573, 2001 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.secretaria-senado.gov.co

Colombia. Gobierno Nacional. *Gran Conversación Nacional* [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.conversacionnacional.gov.co

Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. “Gobierno Nacional inició la mesa de diálogo con ambientalistas y académicos en la Gran Conversación Nacional” [en línea], en *Noticias del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible*, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 28 de noviembre de 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.minambiente.gov.co

Colombia. Ministerio de Minas y Energía. *Colombia y el inicio de su transición energética* [en línea], Comunicado, Presidencia de la República de Colombia, 13 de noviembre de 2018 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: id.presidencia.gov.co

Colombia. Ministerio de Minas y Energía. *Transformación energética* [en línea], Presentación [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.minenergia.gov.co

Colombia. Presidencia de la República. “Presidente Duque anuncia declaratoria de emergencia sanitaria y puesta en marcha de rigurosas medidas para contener la pandemia del coronavirus (Covid-19)” [en línea], en *Noticias Presidencia de la República*, 12 de marzo de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: id.presidencia.gov.co:443

Colombia. Presidencia de la República. “Presidente Duque lanza la plataforma de la Gran Conversación Nacional, un espacio para escuchar a todos los colombianos” [en línea], en *Noticias Presidencia de la República*, 13 de diciembre de 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: id.presidencia.gov.co:443

Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan energético nacional de Colombia [PEN]: Ideario energético 2050* [en

línea], Bogotá, 2015 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: biblioteca.minminas.gov.co

Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional [PEN] 1994-2008* [en línea], Bogotá, 1994 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional [PEN] 1997-2010. Autosuficiencia energética sostenible* [en línea], Bogotá, 1997 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional [PEN]. Estrategia Energética Integral. Visión 2003-2020* [en línea], Bogotá, 2003 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Futuros energéticos: futuros para una energía sostenible en Colombia* [en línea], Bogotá, 2000 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional [PEN]: contexto y estrategias, 2006-2025* [en línea], Bogotá, 2007 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

Colombia. Unidad de Planeación Minero-Energética [UPME] del Ministerio de Minas y Energía. *Plan Energético Nacional [PEN] 2020-2050. Documento de consulta* [en línea], Bogotá, 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www1.upme.gov.co

Colombia. Vicepresidencia de la República. “Conversación Nacional ampliará espacios de diálogo sobre transición energética” [en línea], en *Noticias de la Vicepresidencia de la República*, 16 de enero de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: mlr.vicepresidencia.gov.co:443

COLPRENSA. “Primera victoria de la Gran Conversación Nacional en tema ambiental” [en línea], en *El Universal*, sec. Colombia, 20 de diciembre de 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.eluniversal.com.co

Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. ‘Nuestro Futuro Común’* [en línea], ONU, 4 de agosto de 1987 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: ecominga.uqam.ca

- Comité Nacional de Paro. *Agenda del Comité Nacional de Paro para la Negociación con el Gobierno Nacional* [en línea], Colombia, 13 de diciembre de 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.indepaz.org.co
- CORREDOR, GERMÁN. “Colombia y la transición energética” [en línea], en *Ciencia Política*, vol. 13, n.º 25, 2018, pp. 107-125 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: dialnet.unirioja.es
- Estados parte en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático [CMNUCC], 2015. *Acuerdo de París de las Partes en la CMNUCC* [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: unfccc.int
- Facultad Regional Rosario de la Universidad Tecnológica Nacional de Argentina. *Observatorio de Energía y Sustentabilidad* [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.frro.utn.edu.ar
- Foro Económico Mundial [WEF]. *Fomentar la transición energética* [en línea], 2018, [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www3.weforum.org
- HAKE, JÜRGEN-FRIEDRICH *et al.* “The German Energiewende – History and Status Quo” [en línea], en *Energy, Sustainable Development of Energy, Water and Environment Systems*, 1.º de diciembre de 2015, vol. 92, pp. 532-546 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.sciencedirect.com
- LAIRD, FRANK N. “Against transitions? Uncovering conflicts in changing energy systems” [en línea], en *Science as Culture*, 1.º de junio de 2013, vol. 22, n.º 2, pp. 149-156 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.tandfonline.com
- LARREA BASTERRA, MACARENA y HERMANA, ROBERTO ÁLVARO. “Aspectos clave de la transición energética en Francia” [en línea], en *Cuadernos de Energía*, 2019, vol. 59, pp. 23-34 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: dialnet.unirioja.es
- Las Partes en el Presente Acuerdo. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe* [en línea], Costa Rica, 4 de marzo de 2018 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: repositorio.cepal.org
- LATOUCHE, SERGE. “Pour une société de décroissance” [en línea], en *Le Monde Diplomatique*, Paris, 1.º de noviembre de 2003 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.monde-diplomatique.fr

MAGNIN, GÉRARD. “La transition énergétique pour quelle société?” [en línea], en *International Conference of Territorial Intelligence: Territorial Intelligence, Socio-Écological Transition and Resilience of Territories*, 30 y 31 de mayo de 2013, Besançon-Dijon, Francia, Memorias [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: halshs.archives-ouvertes.fr

MANETTO, FRANCESCO. “Colombia aspira a un 10% de energía limpia en cuatro años” [en línea], en *El País*, sec. Economía, Colombia, 22 de noviembre de 2018 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: elpais.com

MARQUINA BARRIO, ANTONIO. “La transición energética de Alemania y su impacto en la Unión Europea: implicaciones para la seguridad energética del proceso de descarbonización económica” [en línea], en *Cuadernos de Investigación de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid*, 2013, n.º 10, pp. 27-29 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: eprints.ucm.es

NIETO SAINZ, JOAQUÍN; SÁNCHEZ, ANA BELÉN y LOBATO, JULIETA. “Transición justa: la dimensión sociolaboral del cambio climático” [en línea], en *Papeles de Economía Española*, 2019, n.º 163, pp. 117-129 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: dialnet.unirioja.es

Organización de la Naciones Unidas [ONU]. A/RES/66/288 § (2012). *Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Futuro que Queremos* [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.un.org

Organización de la Naciones Unidas [ONU]. Pub. L. n.º 65/151 (2010). *Resolución Año Internacional de la Energía Sostenible para Todos* [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: undocs.org

Organización de la Naciones Unidas [ONU]. Pub. L. n.º A/RES/67/215 (2013). *Resolución Década de Energía Sostenible para Todos* [en línea], [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: undocs.org

PLANAS MARTI, MARÍA ALEXANDRA. “Colombia prepara la ruta para el futuro del sector energético” [en línea] [blog], en *Energía para el Futuro*, Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 24 de febrero de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: blogs.iadb.org

Pôle Recherche Economique. *Transition énergétique* [en línea], Francia, Edmond de Rothschild, 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.allnews.ch

- PUIG BOIX, JOSEP. “Por una democracia energética” [en línea], en *Alternativas Económicas*, n.º 35, 2016, pp. 50-52 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: alternativaseconomicas.coop
- RAMOS OLIVARES, ITZEL. “Transición energética y conflictos socioambientales en México: situación, problemas y perspectivas jurídicas para una transición justa”, tesis de doctorado, Catalunya, Universitat Rovira i Virgili, 2019.
- Real Academia Española [RAE]. S.v. “girar” y “transitar” [en línea], en *Diccionario de la Lengua Española*, Actualización 2019 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: dle.rae.es
- Redacción. “‘Conversación Nacional’: El Gobierno colombiano insiste con fomentar energías renovables en la nueva mesa multisectorial” [en línea], [blog], en *Energía Estratégica*, sec. Energías renovables, 20 de enero de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.energiaestrategica.com
- Redacción. “Entregan primeras conclusiones de Conversación Nacional” [en línea], en *El Nuevo Siglo*, sec. Nación, 15 de marzo de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.elnuevosiglo.com.co
- RUIZ CARO, ARIELA. “La cooperación e integración energética en América Latina y el Caribe” [en línea], en *Puente@europa*, vol. 8, n.º 1, 2010, pp. 62-67 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: puenteeuropa.unibo.it
- SÁNCHEZ MOLINA, PILAR. “Colombia pregunta a los ciudadanos cómo acelerar la Transición Energética en el país” [en línea], en *pv magazine Latin America*, 6 de marzo de 2020 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.pv-magazine-latam.com
- SOLER, JUAN PABLO; ARISTIZÁBAL, JOSÉ y ROA AVENDAÑO, TATIANA (coords.). *Transición energética en Colombia: aproximaciones, debates y propuestas* [en línea], Serie: Ideas verdes. Análisis político, n.º 7, Fundación Heinrich Böll, 2018 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: co.boell.org
- SWEENEY, SEAN. “20. Hacia una democracia energética” [en línea], en *La situación del mundo 2014. Gobernar para la sostenibilidad*, Barcelona, Icaria, 2014, pp. 319-426 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: www.fuhem.es
- TULCHIN, JOSEP S. “La iniciativa Bush para las Américas: ¿gesto vacío, hábil estrategia o cambio reseñable en las relaciones continentales?” [en línea], en *América Latina Hoy*, 4 de noviembre de 2009, vol. 4, pp. 39-47 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: revistas.usal.es

Unión Temporal Universidad Nacional y Fundación Bariloche. *Plan Energético Nacional [PEN] 2010-2030* [en línea], Bogotá, UPME, 2010 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: bdigital.upme.gov.co

URKIDI, LEIRE *et al.* *Transiciones Energéticas: Sostenibilidad y Democracia Energética* [en línea], Bilbao, Universidad del País Vasco, 2015 [consultado el 11 de mayo de 2020], disponible en: issuu.com

TOMÁS RESTREPO RODRÍGUEZ*

CAPÍTULO 3

*Los retos del derecho internacional de inversión
frente a la transición energética y el cambio climático*

*The Challenges of International Investment Law
in the Light of Climate Change and the Energy Transition*

RESUMEN

El artículo aborda algunos de los retos que afronta el derecho de inversión internacional en relación con la emergencia climática. En la primera parte se analizan desde una perspectiva externa, a partir de las relaciones internacionales, los retos de promover simultáneamente las inversiones en industrias verdes y las medidas regulatorias contra el cambio climático; concebir el arbitraje de inversión internacional como un instrumento de gobernanza del cambio climático, y nivelar el desbalance genético que favorece a los inversionistas extranjeros con los intereses del Estado-Anfitrión y el interés global del clima. En la segunda parte se analizan desde una perspectiva interna, a partir del funcionamiento del sistema, los retos de concebir el derecho internacional de inversión como un sistema multilateralizado; reconocer intereses (globales) públicos –incluido el interés del clima– dentro del ámbito del derecho de inversión internacional, y otorgarle identidad propia al interés global del clima y replantear las disputas de arbitraje de inversión como tensiones entre intereses globales públicos. El artículo concluye avizorando en el futuro próximo la relevancia del interés global del clima en el derecho internacional de inversión.

Palabras clave: derecho de inversión, derecho internacional de inversión, cambio climático, emergencia climática, transición energética, interés público global, multilateralización, fragmentación.

ABSTRACT

The paper addresses some of the challenges that investment treaty law faces regarding the climate emergency. In the first part, it is analyzed from an external perspective, stemming from international relations, the challenges of promoting, simultaneously, investments in the green industry and regulatory measures against climate change; conceiving international investment arbitration as an instrument of climate change governance, and; levelling

* Docente-investigador de la Universidad Externado de Colombia. Doctorando de la Universidad de Hamburgo, MBL en Derecho Internacional de Energía de la TU Berlin y del Berlin Institute for Energy and Regulatory Law, LLM en Derecho Bancario y Financiero de Queen Mary University of London. Autor de *La servidumbre petrolera*. Contacto: tomas.restrepo@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0002-5695-2858.

the genetic disbalance in favor of the investor with the interest of the Host-State and the climate global interest. In the second part, it is analyzed from an internal perspective, stemming from the functioning of the system, the challenges of conceiving international investment law as a *multilateralized* system; recognizing global public interests –including the climate interest– within the scope of international investment law, and; providing the global climate interest with its own identity and rethinking investment arbitration disputes as tensions between global public interests. The article concludes by envisioning in the near future the relevance of the global climate interest in international investment law.

Keywords: investment law, international investment law, climate change, climate emergency, energy transition, public global interest, multilateralization, fragmentation.

INTRODUCCIÓN

Los conflictos de arbitraje internacional de inversión envuelven conflictos de cambio climático¹. Sin embargo, los laudos de los tribunales internacionales de inversión ignoran dentro de sus consideraciones el contexto del calentamiento global y el marco jurídico internacional del cambio climático.

En *Charanne v. Spain*, por ejemplo, se concluyó que el Estado-Anfitrión no era responsable de los daños causados a un inversionista en energía fotovoltaica –como consecuencia de la cancelación de los incentivos a las energías renovables– sin que el tribunal diera relevancia en sus consideraciones al rol que tiene la industria de energía solar para reducir las emisiones de carbono². Tampoco tuvo relevancia para el tribunal en *Copper v. Ecuador* –al condenar al Estado-Anfitrión a pagar alrededor de US\$ 20 millones–³ el hecho de que

1 Viñuales hace una afirmación análoga en relación con el medio ambiente: VIÑUALES, J. E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*, CUP, 2015, p. 23.

2 *Charanne (The Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain*, Stockholm Chamber of Commerce, 21.01.2016, par. 490 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2082>

3 *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA n.º 2012-2, 15.03.2016, sección 11.5 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>

la terminación de la concesión minera que originó la controversia obedeciera –entre otras razones– a la necesidad de proteger el área concesionada de la deforestación⁴.

Lo censurable de estos ejemplos no es necesariamente el sentido de la decisión a favor o en contra del inversionista o el Estado-Anfitrión –pues cada caso debe definirse en concreto–, sino ignorar dentro de los elementos de interpretación la posible promoción o afectación del interés (global) del clima, que suponen las medidas destinadas a evitar la deforestación o la cancelación de los esquemas de energías renovables. Una decisión que condene al Estado-Anfitrión a compensar por la adopción de medidas destinadas a evitar la deforestación, en principio, desincentiva a los Estados a regular en favor de la lucha contra el cambio climático. Análogamente, una decisión que absuelva de responsabilidad al Estado-Anfitrión, a pesar de que este haya cancelado los beneficios a los productores de energía solar, en general, desincentiva las inversiones en energías renovables.

La tendencia a ignorar las sinergias y conflictos entre la protección de la inversión y la lucha contra el cambio climático se traduce en un problema de fragmentación entre el sistema de derecho de inversión y el sistema de derecho de cambio climático. Esta falta de contacto entre sistemas puede llegar a entorpecer el alcance de la meta global de mantener el calentamiento global en una proporción máxima de 2 °C por encima de los niveles preindustriales.

Cabe anotar que lograr que los laudos de arbitraje internacional de inversión tengan en cuenta el sistema internacional de cambio climático y el interés (global) del clima no es tarea fácil, pues ambos obedecen a racionalidades distintas. Mientras la racionalidad del primero es impulsar el crecimiento de la economía por medio de la protección al inversionista contra el poder del Estado-Anfitrión, la racionalidad del segundo es la protección del ecosistema y de la humanidad del calentamiento global. Incluso hay quienes afirman que el derecho de inversión internacional es incompatible con la protección del interés (global) del clima⁵.

No obstante, pueden existir varias hipótesis en las que la racionalidad de los dos sistemas apunta hacia el mismo resultado. Tal es el caso de la protección

4 Ibid., pars. 4.25, 432.

5 HORST, J. y FRANZKI, H. “On the critical potential of law – and its limits: Double fragmentation of law in *Chevron v. Ecuador*”, en MARKARD, N. *et al.* (eds.), *Contested Regime Collisions*, CUP, 2016, pp. 355-358.

a la estabilidad de los inversionistas en energías renovables. La protección de esta industria a través del sistema de derecho de inversión va orientada, simultáneamente, al crecimiento de la economía y al impulso de la transición energética –neurálgica para el cumplimiento de las metas del Acuerdo de París.

Así las cosas, una visión prospectiva del sistema de derecho de inversión internacional está llamada a ponderar el interés (global) del clima, no solo con los intereses del inversionista, sino también con los intereses del Estado –pues con estos últimos también puede entrar en conflicto. Así mismo, la aproximación de este escrito lleva implícita una preferencia normativa que da prevalencia al interés (global) del clima sobre otros intereses. Claro está, la prevalencia que se propone no es absoluta, pues está sujeta a los límites que traza el mismo sistema de derecho internacional de inversión. Tampoco se pretende negar que en la práctica las condiciones particulares de cada caso son las que definen cuál interés debe prevalecer.

Este capítulo –de acuerdo con la línea editorial del libro– aborda los retos que reclama la emergencia climática en relación con la integración del marco jurídico internacional del cambio climático y de su contexto, dentro de disputas de arbitraje de inversión internacional. A este respecto, se identifican retos desde distintas aproximaciones. En la primera sección se describen los retos desde el punto de vista de las relaciones internacionales, donde las conclusiones de estudios económicos y socio-políticos revelan la necesidad de des-fragmentar la relación entre el sistema de derecho de cambio climático y el sistema de derecho internacional de inversión (1). Seguidamente, en la segunda sección, se hace referencia al reto de aplicar el marco jurídico internacional de cambio climático a disputas internacionales de inversión desde una perspectiva sistémica (2). Sobre este punto se propone entender al derecho internacional de inversión como comprensivo de intereses (públicos) globales. El artículo concluye en prospectiva, avizorando la recepción de consideraciones de emergencia climática por parte de la comunidad epistémica del derecho de inversión internacional, dentro de la tendencia de incluir intereses globales de tipo no-económico en el razonamiento del sistema.

I. LOS RETOS DE LAS DISPUTAS DE DERECHO DE INVERSIÓN INTERNACIONAL –RELACIONADAS CON EL CAMBIO CLIMÁTICO– DESDE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Dentro de la plétora de normas que componen el derecho internacional, corresponde a los árbitros definir cuáles aplican al caso concreto (*da mihi factum*,

*dabo tibi ius*⁶). El principio *iura novit curia* es renovado en derecho de inversión internacional por el principio de *iura novit abiter*⁷. En efecto, los árbitros que componen los tribunales de arbitraje de inversión no están limitados por las normas que invocan las partes en sus actos procesales y alegatos⁸. Aunque en la práctica cuando las partes de la disputa coinciden en las normas aplicables los árbitros generalmente avalan dicha coincidencia⁹, es la trama de la disputa –compuesta por los hechos, los problemas jurídicos, las circunstancias y el contexto que envuelve la controversia– la que encausa y limita el poder de los árbitros para definir el derecho aplicable –siempre que el tratado de inversión reenvíe de manera explícita o implícita al derecho internacional¹⁰.

-
- 6 Este aforismo popular del derecho romano se traduce como ‘dame los hechos, yo te daré el derecho’.
- 7 El principio *iura novit abiter* –el árbitro conoce el derecho– es una adaptación al arbitraje de inversión internacional del principio *iura novit curia*; véase *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case n.º ARB/06/2, 16.09.2015, par. 92 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/885>, *Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case n.º ARB/06/4, 15.04.2016, par. 118 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3616>
- 8 *Bogadov v. Moldova*, Stockholm Chamber of Commerce, 22.09.2005, p. 14 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/documents/171>; *Daimler Financial Services AG v. Republic of Argentina*, ICSID Case n.º ARB/05/1, 07.01.2015, Decision on Annulment, par. 295, [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1520>; *Jan Oostergetel v. The Slovak Republic*, UNCITRAL *Ad Hoc*, 23.04. 2013, par. 141 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1222>; *Metha-Tec v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case n.º ARB/10/3, 4.10.12, par. 287 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2272>; *Venezuela Holdings, B.V., et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case n.º ARB/07/27, 09.10.2014, par. 223, 287 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/713>; DOLZER, R. y SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*, 2.ª ed., OUP, 2012, p. 306; DE BRABANDERE, E. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, CUP, 2014, p. 106.
- 9 *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Stockholm Chamber of Commerce, Case n.º V079/2005, 05.09.2013, par. 249 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/923>; *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case n.º ARB/07/14, 22.06.10, par. 151 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1977>; *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case n.º AA280, 26.11.2009 pars. 166,167 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/documents/919>.
- 10 BJORKLUND, A. K. “Applicable Law in International Investment Disputes”, en GIORGETTI, CH. (ed.), *Litigating in International Investment Disputes*, Brill Nijhoff, 2014, p. 264.

El primer grupo de retos que debe ser superado para promover la eficacia de la aplicación del marco internacional de cambio climático y darle relevancia al interés global del clima en las disputas de derecho internacional de inversión, entonces, corresponde a revelar que dentro de las tramas que se desarrollan entre el inversionista y el Estado-Anfitrión hay de por medio asuntos climáticos que requieren ser solucionados. En otras palabras, lo que se pretende dejar ver en esta sección es que los árbitros deben entender que los tribunales de arbitraje internacional de inversión toman decisiones de cambio climático.

Las evidencias sobre la relevancia material del cambio climático que se propone presentar en esta sección no pueden verse sino desde un punto de vista externo al sistema de derecho de inversión. Los estudios de relaciones internacionales representan una aproximación válida para dicho fin. Por una parte, desde los estudios de análisis económico del derecho internacional de inversión se puede observar que uno de los retos de los árbitros es promover, simultáneamente, las inversiones en industrias verdes y las medidas estatales contra el cambio climático (I.1). Por otra parte, desde los estudios socio-políticos se puede entrever como retos adicionales la necesidad de que los tribunales conciban el arbitraje internacional de inversión como un instrumento de gobernanza de las políticas climáticas (I.2), y de que estos se tomen la tarea de remediar el desbalance genético que existe a favor del inversionista en derecho de inversión internacional, con el objetivo de promover el control de las emisiones globales de gases de efecto invernadero (I.3).

I.1. PROMOVER SIMULTÁNEAMENTE LAS INVERSIONES EN INDUSTRIAS VERDES Y LAS MEDIDAS REGULATORIAS CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

Los estudios de análisis económico del derecho sugieren que el derecho de inversión internacional es un arma de doble filo en relación con la promoción del interés global del clima y la transición energética¹¹. Visto desde un ángulo, el sistema de derecho de inversión promueve la transición a las energías

11 ALSCHNER, W. y TUERK, E. "The Role of International Investment Agreements in Fostering Sustainable Development", en BAETENS, F. (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, CUP, 2013, p. 217; GEHRING, M. W. y KENT, A. "International Investment Agreements and the Emerging Green Economy: Rising to the Challenge", en BAETENS, F. (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, CUP, 2013, p. 189.

renovables mediante la protección de la inversión extranjera relacionada con las industrias verdes. Sin embargo, desde otro ángulo, la producción de los Estados-Anfitriones de medidas contra el cambio climático puede verse reducida o paralizada, por el miedo de aquellos de verse envueltos en demandas multimillonarias de arbitraje de inversión internacional –fenómeno conocido comúnmente como *relajación regulatoria* o *enfriamiento regulatorio*.

La adopción masiva de tratados de inversión durante los últimos 30 años indica que –al menos desde el *mainstream*–¹² los tratados de inversión internacional son concebidos como positivos para el crecimiento de la economía –doméstica y global– y el desarrollo industrial de los países receptores del capital¹³. A través de estos tratados se busca incentivar las inversiones de países superavitarios de capital en países importadores de capital. Una situación donde aparentemente ganan todos los actores. Gana el Estado receptor por el crecimiento y el dinamismo que la inversión inyecta a la economía doméstica; gana el Estado exportador por la repatriación de las utilidades, y gana la economía mundial al crearse nuevos mercados¹⁴.

En efecto, el establecimiento de obligaciones a favor del inversionista a través de tratados de inversión, cuya finalidad es garantizar la estabilidad regulatoria de las condiciones existentes al momento de la inversión y la igualdad de trato, sumado a la posibilidad de acceder a un tribunal neutral en caso de incumplimiento, son factores que mitigan el riesgo legal y, por tanto, deberían incentivar la inversión extranjera¹⁵. La protección contra la expropiación, el derecho de recibir un trato justo y equitativo, la protección frente a la discriminación en relación con los inversionistas del Estado-Anfitrión y con inversionistas de otros Estados, la prohibición de establecer barreras a las transferencias de capitales o la obligación del Estado-Anfitrión de proveer seguridad física a los activos, son algunas de las garantías que normalmente se establecen a favor de los inversionistas extranjeros en los tratados, y que aquellos consideran esenciales para arriesgarse a invertir en un país foráneo.

12 MANGER, M. “Common Standards in a Bilateral Economy: a Political-Economy Perspective on International Investment Law”, *Japanese Yearbook of International Law*, 2010, n.º 53, pp. 41-42.

13 *Ibíd.*

14 PRICE, D. “Indonesia’s Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment?”, *Asian Journal of International Law*, 2017, vol. 7, n.º 1, pp. 126-127.

15 THURNELL, L. H. *Political risk in international business, investment behaviour of Multinational corporations*, Nueva York, Praeger Publisher, 1977, p. 4; LAX, B. L. *Political risk in the international oil and gas industry*, Boston, IHRDC, 1983, p. 9.

Los proyectos relacionados con las energías renovables requieren inversiones elevadísimas y el uso de tecnologías y conocimiento que muchos países no están en la posibilidad de proveer sin el apoyo de capital y expertos extranjeros¹⁶. Ahora bien, los inversionistas extranjeros solo estarían dispuestos a arriesgar estos capitales si el Estado-Anfitrión garantiza algún tipo de estabilidad y la posibilidad de acceder a un tribunal neutral para solucionar las controversias que surjan¹⁷. De ahí que la protección al inversionista extranjero a través del sistema de derecho de inversión sea necesaria para impulsar la transición energética. La sinergia entre arbitraje de inversión y lucha contra el cambio climático emerge, entonces, como un asunto ineludible para los tribunales en este tipo de disputas¹⁸.

Más aún, la necesidad de proteger a través de tratados de inversión los proyectos relacionados con energías renovables se revela como prioridad para la transición energética, dado que estos son especialmente susceptibles al riesgo regulatorio. Esto obedece en parte a la vocación de larga duración de los proyectos –tal como ocurre con proyectos de energía convencional– y en parte al uso de nuevas tecnologías y a los altos costos de producción –y para el consumidor– de las energías renovables¹⁹.

En efecto, las condiciones iniciales que fueron ofrecidas al inversionista pueden parecer con el tiempo ‘obsoletas’ a los ojos del Estado-Anfitrión²⁰. En consecuencia, este podría intentar regular nuevamente el sector de las energías

16 “La transición gradual a una economía de *low-carbon* require, primero y más que todo, tecnología y financiación”: ALSCHNER y TUERK. “The Role of International Investment Agreements in Fostering Sustainable Development”, cit., p. 221.

17 MOHAJERI, E. “Overview of political and regulatory risks in international energy investment”, *OGEL*, 2013, n.º 2, p. 4; ERKAN, M. *International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clause*, Wolters Kluwer, 2011, p. 24.

18 VIÑUALES. *Foreign Investment and the Environment in International Law*, cit., pp. 27-28.

19 “Mientras existen historias exitosas para las tecnologías de energías renovables. El tiempo para que el avance de las renovables desplace las energías fósiles es incierto. Por ejemplo, varias formas de producir paneles solares están disminuyendo los costos, pero todavía tenemos el costo de las intermitencias diarias y estacionales. La tecnología de etanol celuloso permite la producción de etanol a partir del *switchgrass* en lugar del maíz, pero la disponibilidad de tierra todavía tiene limitaciones para la producción del *switchgrass*. Mejor tecnología puede disminuir el costo de la energía renovable hasta cierto punto, pero no puede cambiar las características fundamentales de las fuentes de energía”: TIMMONS, D. *et al. The Economics of Renewable Energy*, Medford, Global Development and Environment Institute, Tufts University, 2014, p. 32.

20 CAMERON, P. D. *International energy investment law: the pursuit of stability*, OUP, 2010, pp. 4-7.

renovables y cancelar parte de los beneficios que incentivaron al inversionista a escoger ese determinado mercado sobre otro. La presión de las comunidades, la sociedad civil y/o de otros actores políticos por implementar fuentes de energía más económicas, confiables y eficientes puede llevar al gobierno a tratar de imponer (¿renegociar?) nuevas condiciones que podrían hacer más gravosa la situación del inversionista en energías renovables²¹. También puede ocurrir que el Estado-Anfitrión considere que, ante una baja en los costos de producción, las utilidades que está percibiendo el inversionista son exageradas en relación con lo previsto inicialmente²², y decida captar parte de esas ganancias a través de impuestos, regalías u otro tipo de cargas que impliquen una transferencia de utilidades o la cancelación de beneficios²³.

La susceptibilidad de la industria de energía renovable ante el riesgo legal y regulatorio se hizo evidente en las recientes disputas de arbitraje de inversión internacional relacionadas con la modificación de los esquemas de soporte de energía renovable en Europa. Más de 50 disputas surgieron a este respecto, la mayoría de ellas contra España²⁴. Poco después de que se materializaran las inversiones en países de la Unión Europea, incentivadas por la implementación de las directivas 2001/77/EC y 2009/28/EC en los países miembros, los demandados desmontaron los beneficios a los inversionistas, especialmente, en energía fotovoltaica²⁵. El desmonte de tarifas reguladas, bonos verdes, acceso prioritario, compra de producción garantizada y tarifas de alimentación garantizadas obedeció —entre otras razones— a la crisis financiera mundial de 2008 y al éxito en el logro de las metas de cobertura de energía solar²⁶. Algunos

21 *Ibíd.*, pp. 4-7, 27-28; BANKES, N. “Decarbonising the Economy and International Investment Law”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2012, vol. 30, n.º 4, p. 498 [consultado el 30 de abril de 2020], DOI: 10.1080/02646811.2012.11435309.

22 BANKES. “Decarbonising the Economy and International Investment Law”, *cit.*, p. 498.

23 CAMERON. *International energy investment law*, *cit.*, p. 5.

24 RESTREPO RODRÍGUEZ, T. “Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty: Eiser and Charanne in the Context of Climate Change”, *Goettingen Journal of International Law*, 2017, n.º 8, pp. 101-137 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: http://www.gojil.eu/issues/81/81_article_restrepo.pdf; RESTREPO RODRÍGUEZ, T. “(I)razonabilidad y (des)proporcionalidad en disputas de arbitraje de inversión internacional relacionadas con esquemas de soporte de energía renovable (ESER)”, en MORENO CASTILLO, L. F. (dir.) y ZAMORA ORTIZ, L. O. (coord.), *Anuario Iberoamericano de Regulación*, ASIER-Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 760-778.

25 *Ibíd.*

26 BEHN, D. y FAUCHALD, O. K. “Governments under cross-fire? Renewable energy and

laudos tomaron partido por proteger los intereses del inversionista, y otros a favor del Estado; sin embargo, ninguno hizo referencia a la importancia del interés global del clima como un factor que debe tener alguna influencia en la decisión.

Con lo anterior no estamos diciendo que en todos los casos se debió fallar a favor del inversionista —pues la trama de cada caso concreto es la que debe definir su resultado. Aquello que queremos afirmar es que estos fallos evidencian la fragmentación entre el derecho de inversión y el cambio climático. Esa tendencia a ignorar el contexto del cambio climático y el marco de cambio climático internacional en arbitraje internacional de inversión puede ser perjudicial para la consecución de los objetivos del Acuerdo de París. El inversionista en energías renovables espera, cuanto menos, que su posición como motor de la transición energética sea considerada a la hora de definir una disputa de desmonte de los esquemas de energía renovable. De lo contrario, se arriesga el éxito a mediano plazo de la transición energética, dado que pocos quisieran (¿podrían?) arriesgar su capital en un mercado sensible y carente de una protección jurídica reforzada.

Ahora bien, es tan importante proteger al inversionista en energías renovables para mantener controlado el calentamiento global como darle una protección especial al Estado-Anfitrión cuando toma medidas de cambio climático. Es decir, si bien cuando se trata de inversionistas en energías verdes la función del sistema de derecho de inversión de disuadir al Estado-Anfitrión de tomar medidas en contra de inversionistas es sinérgica respecto a la lucha contra el cambio climático, esta función disuasiva se torna conflictiva con la lucha contra el cambio climático, tratándose de medidas del Estado anfitrión para controlar los efectos del calentamiento global.

La *relajación regulatoria* en relación con la protección del interés global del clima también puede conducir al fracaso de las metas del Acuerdo de París, luego es importante que los laudos consideren la necesidad de incentivar a los

international Economic tribunals”, *Manchester Journal of International Economic Law*, 2015, vol. 12, n.º 2, p. 120; TIRADO, J., “Renewable Energy Claims under the Energy Charter Treaty: An Overview”, *OGEL*, 2015, vol. 13, n.º 3, p. 8; BELLANTUONO, G. “Regulatory stability in the energy sector: the Italian experience”, 2016, working paper, University of Trento, p. 4 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2790980>; VASANI, B. *et al.* “Bulgaria: International Remedies for Foreign Investors in Bulgaria’s Renewable Energy Sector”, 2015, *LEXOLOGY* [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b755a41f-d1bo-41a3-a485-6b4108a93505>

Estados-Anfitriones a tomar medidas de tipo climático. En efecto, enfrentar o vislumbrar la posibilidad de enfrentar una demanda en arbitraje de inversión internacional por adoptar políticas de cambio climático puede conducir a que el Estado-Anfitrión no tome dichas medidas o cancele las medidas que ya tomó²⁷.

Los estudios de derecho de inversión identifican tres tipos de *relajación regulatoria* —que obedecen a tres niveles de intensidad del mismo fenómeno: *relajación-internalizada* (*internalization chill*), *relajación-amenaza* (*threat chill*) y *relajación-transfronteriza* (*transboundary chill*)²⁸. La *relajación-internalizada* corresponde a la decisión de no regular, en vista del riesgo que representa el sistema de derecho de inversión en sí mismo, por el solo hecho de existir²⁹. La *relajación-amenaza* se refiere a la parálisis derivada de la puesta en marcha del sistema a través de la manifestación —formal o informal— del inversionista de presentar demanda en contra del Estado-Anfitrión, o a través de la presentación de reclamación³⁰. La *relajación-transfronteriza* está relacionada con la instrumentalización por parte de grandes corporaciones transnacionales del arbitraje de inversión, mediante campañas deliberadas de presentación de reclamaciones en distintos Estados-Anfitriones, con el fin de intimidar a nivel global a otros Estados para que no regulen contra los intereses de dichas corporaciones³¹.

Si bien es cierto que múltiples factores pueden incidir en la parálisis o la derogación de la regulación de cambio climático, existen razones que pueden llevar a concluir que la existencia del sistema de derecho de inversión para el Estado-Anfitrión es un factor determinante al respecto (*relajación-internalizada*). En primer lugar, están los enormes costos de las condenas de derecho de inversión, que en algunos casos llegan a representar una porción considerable del gasto público³². A esto es preciso sumar los enormes costos del

27 SCHILL, S. W. “Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change”, *Journal of International Arbitration*, 2007, vol. 24, n.º 5, p. 470; ALSCHNER y TUERK. “The Role of International Investment Agreements in Fostering Sustainable Development”, cit., p. 222; BANKES. “Decarbonising the Economy and International Investment Law”, cit., pp. 501-503.

28 TIENHAARA, K. “Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement”, *Transnational Environmental Law*, 2018, vol. 7, n.º 2.

29 *Ibid.*, p. 234.

30 *Ibid.*, p. 240.

31 *Ibid.*, p. 238.

32 JOHNSON, L. *et al.* *Costs and Benefits of Investment Treaties*, Policy Paper Columbia Center on

proceso³³ —i.e., costos de representación, árbitros, expertos, pruebas, etc.—, así como la exagerada inflación de las pretensiones de los inversionistas-demandantes en comparación con las condenas³⁴. Además, la falta de cohesión entre las decisiones de los tribunales, que en algunos casos ponen los intereses del inversionista por encima de los del Estado-Anfitrión, hace difícil pronosticar con un nivel aceptable de certeza el éxito o fracaso de la defensa³⁵.

Además de la racionalidad de la *relajación regulatoria* —en general y— aplicada específicamente a las medidas climáticas, existen casos donde podría evidenciarse este fenómeno (*relajación-amenaza*). En el caso *Transcanada v. United States*³⁶, por ejemplo, dos años después de que el gobierno de Estados Unidos decidiera cancelar el proyecto de oleoducto entre Nebraska y Alberta, argumentando que tenía la responsabilidad de liderar la transición energética a nivel global, decidió otorgar licencia de operación al inversionista bajo la presión de una demanda por US\$ 15 billones^[37]. Un caso similar es *Vattenfall [I] v. Germany*³⁸ por EU\$ 1.4 billones. En 2010 las partes de la disputa llegaron a un acuerdo y el gobierno de Alemania otorgó licencia ambiental al inversionista para operar una planta de carbón a las orillas de río Elba, pese

Sustainable Investment, 2018, p. 11 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/07-Columbia-IIA-investor-policy-briefing-ENG-mr.pdf>

- 33 JOHNSON, L. “International Investment Agreements and Climate Change: The Potential for Investor-State Conflicts and Possible Strategies for Minimizing It”, *ELR*, 2009, vol. 39, n.º 12, pp. 11147, 11150.
- 34 FRANCK, S. D. “Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide”, 2014, Washington & Lee Legal Studies Paper n.º 2014-13, p. 14 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2389763> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2389763>
- 35 MANN, H. “Reconceptualizing international investment law: Its role in sustainable development”, *Lewis & Clark Law Review*, 2013, n.º 17, pp. 529, 532.
- 36 *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America*, ICSID Case n.º ARB/16/21, 01.01.2019 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3823>
- 37 PETERSON, L. “TransCanada’s threatened \$15 billion claim against the United States could stoke debate over scope to take ‘politically-motivated’”, *IA Reporter*, 01.08.2016 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.iareporter.com/articles/transcanadas-threatened-15-billion-claim-against-the-united-states-could-stoke-debate-over-scope-to-take-politically-motivated-measures/>
- 38 *Vattenfall AB et al. v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case n.º ARB/09/6, 11.03.2011 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1654>

a haber manifestado con anterioridad su preocupación por las consecuencias para el clima de la operación de dicha planta³⁹.

Otro caso que evidencia la relajación regulatoria es la decisión de Nueva Zelanda de suspender la regulación sobre las restricciones a la publicidad en los paquetes de cigarrillo hasta tanto no se hubiera resuelto el caso *Philip Morris v. Australia (relajación-transfronteriza)*⁴⁰. Aunque no se refieren directamente al cambio climático, las características similares entre la industria de energías fósiles y las agroindustriales con la industria tabacalera –en cuanto al poder económico, político y extensión global del mercado– hacen que la relajación transfronteriza sea un peligro que acecha el desarrollo de la transición energética⁴¹.

De todo lo anterior se desprende que, desde una aproximación económica, dentro del derecho de inversión se gestan controversias climáticas. Estas disputas surgen de las sinergias y conflictos entre el sistema de derecho de inversión y el interés global del clima. El reto de los tribunales a este respecto consiste en fallar en línea con el interés global del clima y la consecución de los objetivos del Acuerdo de París. Para superar dicho reto los tribunales deben, de una parte, proteger especialmente a los inversionistas en industrias verdes cuando el Estado amenaza su estabilidad, y por el otro lado, justificar la afectación a los inversionistas cuando se origina en la acción climática de los Estados-Anfitriones. Esto no significa que fallar con fundamento en esta lógica económica sea siempre posible; el sistema de derecho de inversión tiene sus propios principios y reglas que limitan el alcance del razonamiento económico respecto a la promoción del interés del clima y que dan cabida –de acuerdo con el caso concreto– a que otros intereses eventualmente prevalezcan.

Además de las conclusiones de los estudios de análisis económico del derecho, la visión externa sobre el derecho de inversión –y su relación con el

39 “Parties announce settlement of dispute over German power plant”, *IA Reporter*, 28.08.2010 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.iareporter.com/articles/parties-announce-settlement-of-dispute-over-german-power-plant/>; PETERSON, L. “German media reveal details of Vattenfall claim v. Germany; NGOs raise enviro fears as two arbitrators named”, *IA Reporter*, 17, 07.2009 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.iareporter.com/articles/german-media-reveal-details-of-vattenfall-claim-v-germany-ngos-raise-enviro-fears-as-two-arbitrators-named/>; ISDS Platform, Case study: Vattenfall v. Germany I [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://isds.bilaterals.org/?case-study-vattenfall-v-germany-i&lang=en>

40 TIENHAARA. “Regulatory Chill in a Warming World”, cit., pp. 238-240.

41 *Ibid.*

cambio climático— puede ampliarse con estudios socio-políticos que analizan el mismo fenómeno desde otra perspectiva. En este sentido, estos estudios plantean retos adicionales —aunque interconectados— sobre la integración de consideraciones climáticas en disputas de inversión internacional. En el siguiente punto se explora el derecho de inversión como un instrumento de gobernanza que afecta las políticas climáticas globales y locales.

1.2. CONCEBIR EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN INTERNACIONAL COMO UN INSTRUMENTO DE GOBERNANZA CLIMÁTICA

El movimiento de derecho administrativo global (GAL) se ha esforzado por revelar que el derecho de inversión internacional es un instrumento de gobernanza⁴². Esta concepción es resultado —en gran medida— de lo explicado en el acápite anterior, en el sentido de que los tratados de inversión y las decisiones de arbitraje internacional incentivan o desincentivan la actuación de los inversionistas y el Estado-Anfitrión. Esta influencia vista desde la óptica de la ciencia política revela que los tribunales internacionales son actores que moldean la política doméstica de los Estados y ciertos aspectos de la política global. Estos estudios, entonces, no suponen una posición distinta a la del análisis económico, sino revelan otra forma de entender el mismo fenómeno.

Dada la inexistencia de tribunales de cambio climático y la posibilidad de los tribunales de censurar normas y decisiones domésticas que son válidas desde el punto de vista del derecho interno, el sistema de derecho de inversión internacional se impone como una fuerza estrepitosa en la definición de

42 “El concepto de derecho global administrativo asume que puede ser útil analizar una parte significativa de la gobernanza de la administración global. En lugar de separar tajantemente niveles de regulación (privada, local, nacional, inter-estatal), una masa de diferentes actores y diferentes capas conforman un ‘espacio global administrativo’ multifacético que incluye instituciones internacionales y redes transnacionales, así como entidades administrativas domésticas que operan dentro de regímenes internacionales o causan efectos regulatorios transfronterizos. La idea de un ‘espacio global administrativo’ difiere de aquella aproximación ortodoxa al derecho internacional ampliamente inter-gubernamental, y que supone una separación razonablemente tajante entre lo doméstico y lo internacional. En la práctica de la gobernanza global, redes transnacionales de productores de normas, intérpretes y operadores causan una desintegración de tales barreras estrictas”: KINGSBURY, B. y SCHILL, S. “Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”, 2 de septiembre de 2009, NYU School of Law, Public Law Research Paper n.º 09-46 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1466980>

las políticas climáticas de los Estados y de la comunidad internacional. En otras palabras, la política sobre cambio climático está dictada en parte desde los tribunales de arbitraje de inversión internacional –como una especie de gobernanza global.

El éxito de la adopción de tratados de inversión internacional, desde el punto de vista económico interno del Estado-Anfitrión, está ligado no solo al cumplimiento de las obligaciones establecidas en estos, sino también al seguimiento de los estándares que resultan de la interpretación de los tribunales de arbitraje de inversión. Si el Estado-Anfitrión es objeto de múltiples demandas y laudos en contra, la pertenencia al sistema de derecho de inversión se convertiría en un ‘mal negocio’, pues el crecimiento de su economía, por razón de la inversión extranjera atraída, sería menos que los gastos que implica la pertenencia a este. Así pues, si el Estado-Anfitrión no sigue los estándares establecidos por los tribunales de arbitraje internacional relacionados con asuntos climáticos puede poner en riesgo los beneficios económicos que derivan de la adopción de tratados. En consecuencia, su política climática tenderá hacia la adopción de dichos estándares de cambio climático.

La gobernanza *de facto* de los tribunales de inversión sobre la política interna de cambio climático se puede ver reflejada, por ejemplo, en procedimientos concernientes a permisos y/o licencias ambientales y/o de operación de proyectos energéticos, en relación con la adopción de estándares de transparencia, estabilidad, debido proceso, proporcionalidad, legítimas expectativas, razonabilidad, etc. Estos aspectos, típicos del control de los poderes administrativos del gobierno del Estado-Anfitrión y de la jurisdicción administrativa doméstica, terminan siendo moldeados por los laudos de arbitraje de inversión internacional.

En relación con la regulación internacional del cambio climático, no existen tribunales internacionales particularmente establecidos para dirimir disputas relacionadas con el incumplimiento de dichos tratados o que den luces sobre la interpretación de estos. Por el contrario, el sistema de derecho de inversión internacional es un sistema robusto, compuesto por más de 3.000 tratados, procedimientos para dirimir las controversias, tribunales legitimados para tomar decisiones y una multiplicidad de laudos que se han encargado de su interpretación. Además, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras⁴³ asegura –en

43 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)

gran medida— la eficacia del Sistema. Como consecuencia, se puede llegar a decir que, a nivel internacional, el arbitraje de inversión es uno de los pocos mecanismos que existen para darle eficacia al marco legal internacional de cambio climático.

El cambio climático es una preocupación común de la humanidad, y la aspiración al respecto es que haya algún tipo de administración global que coordine la protección del interés del clima. Sin embargo, el marco jurídico existente no llega a satisfacer dicha aspiración y los mecanismos de auto-regulación del mercado se han revelado como un fracaso en relación con dicha preocupación global⁴⁴. El reto de los tribunales es, entonces, tomar dicha responsabilidad de gobernanza del cambio climático de una forma consciente, y usar su poder bajo los preceptos establecidos en el marco legal internacional del cambio climático. Los árbitros deben dejar de concebir el arbitraje de inversión como un “medio inintencionado, pero efectivo para asegurar la eficacia del cambio climático en disputas mixtas”⁴⁵, para, en su lugar, ejercer la gobernanza de forma intencional.

La consciencia de los tribunales sobre su poder de gobernanza respecto al cambio climático es de suma importancia para evitar que su inacción sea copada por corporaciones transnacionales que tengan la intención de instrumentalizar el derecho de inversión para imponer su propia agenda sobre los intereses del clima. En efecto, un Sistema de Derecho de Inversión que no tenga en cuenta su función de proteger el interés global del clima se arriesga a quedar a la merced de las industrias de energías fósiles o industrias agroindustriales —involucradas en deforestación— para que estas impongan una regulación internacional hecha a su medida⁴⁶. Este riesgo resulta aún más álgido si se

[consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>

44 “Como bien público, el clima no puede ser fácilmente proveído por la ‘mano invisible’ del mercado. Más bien, un Sistema económico fundamentado en la extracción de recursos y el consumo ha disparado el cambio climático. El cambio climático producido por el hombre ha sido concebido como ‘la más grande falla del mercado que se haya visto’” (“*Human induced climate change has been conceived as ‘the biggest market failure the world has ever seen’*”). En razón de las características fundamentales de los bienes públicos, “el mercado por sí mismo es normalmente incapaz de asegurar su provisión eficiente”, requiriendo alguna forma de intervención gubernamental. VADI, V. “Beyond known worlds: climate change governance by arbitral tribunals?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48, n.º 5, 2015, p. 1286.

45 *Ibíd.*, p. 1318.

46 “Usar los tratados bilaterales de inversión hábilmente y aprovechando ciertas interpretaciones

tiene en consideración lo señalado por los estudios críticos del derecho, según los cuales el sistema de derecho de inversión no es neutral, sino que favorece los intereses de las grandes corporaciones y Estados desarrollados –tal como se explica en el siguiente subtítulo.

I.3. NIVELAR EL DESBALANCE GENÉTICO QUE FAVORECE A LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS CON LOS INTERESES DEL ESTADO-ANFITRIÓN Y EL INTERÉS GLOBAL DEL CLIMA

Todo parece indicar que desde sus orígenes el derecho de inversión internacional está desbalanceado en favor del inversionista, el centro de los tratados de inversión es claramente la protección de la inversión extranjera⁴⁷. En efecto, si se examina este tipo de tratados –en su mayoría– se encuentra que solo establecen obligaciones a cargo del Estado-Anfitrión y ninguna a cargo del inversionista. Este desbalance⁴⁸, sumado a la asimetría de poder de negociación entre los Estados-Parte de dichos tratados⁴⁹, ha conducido a los estudios críticos del derecho internacional a afirmar que el derecho de inversión reproduce patrones imperialistas de dominación de los países desarrollados sobre los otros países⁵⁰. Más aún, los estudios críticos señalan que los patrones imperialistas del derecho de inversión conducen a la mercantilización del medio ambiente⁵¹.

Dentro de este contexto, el neoliberalismo como sustento político-social y económico de los tratados de inversión difícilmente le da cabida a la ponderación de los intereses del inversionista con el interés global del clima⁵². El ex-

amplias que los tribunales han adoptado sobre qué está cubierto como una inversión por un tratado bilateral particular, puede hacer plausible la estructuración de activos en economías occidentales mediante compañías *off-shore*, de forma tal que los cobije la protección del tratado bilateral y, así, les permita a los inversionistas controvertir las medidas tomadas por Estados tradicionalmente exportadores de capital. Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje inversionista-Estado pueden entonces tornarse significativamente atractivos para actores económicos del sector privado como una garantía contra posibles políticas públicas de gobiernos occidentales”. KINGSBURY y SCHILL. “Investor-State Arbitration as Governance”, cit., p. 4.

47 MILES, K. *Origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*, CUP, 2015, p. 10.

48 PRICE. “Indonesia’s Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties”, cit., p. 127.

49 *Ibid.*, p. 128; MANGER. “Common Standards in a Bilateral Economy”, cit., p. 54.

50 MILES. *Origins of international investment law*, cit.

51 *Ibid.*

52 *Ibid.*, p. 18.

haustivo estudio de Kate Miles, presenta al derecho de inversión internacional como un apéndice del proceso de colonialismo europeo, que da la impresión de ser un marco legal neutral, pero que en realidad disfraza un esquema comercial de opresión excluyente de los intereses del Estado-Anfitrión⁵³. Según la autora, la falta de neutralidad se traduce en la ausencia de reacción del sistema cuando se trata de proteger actividades de las comunidades locales y el medio ambiente, así como en la comoditización de este último para el usufructo de las corporaciones extranjeras⁵⁴.

Los últimos 20 años evidencian un crecimiento de las disputas de arbitraje de inversión relacionadas con el medio ambiente, y se espera que aumenten todavía más⁵⁵. Ahora bien, estas son percibidas con desconfianza⁵⁶. Por una parte, en un sistema cuyo objeto y sujeto de protección es exclusivamente el inversionista, el conflicto entre los intereses de este y el interés del medio ambiente –incluyendo el clima– se espera que se resuelva dando prevalencia al interés del inversionista. Adicionalmente, enfrentar los intereses del inversionista –de contenido económico– con el interés del medio ambiente en un mismo sistema conduce a darle también contenido económico a este último interés.

Se ha llegado a afirmar que la colisión del interés del inversionista y el interés del medio ambiente es inconcebible dentro del Sistema de Derecho de Inversión, luego la solución adecuada de los tribunales de inversión, respecto a disputas relacionadas con el cambio climático, sería el rechazo de la jurisdicción⁵⁷. La lógica detrás de esta postura es que no existe forma de equiparar intereses de tipo no-pecuniario con intereses de tipo pecuniario –luego no habría forma de comparar el medio ambiente o el clima con los intereses del inversionista⁵⁸. Teniendo en cuenta que el Sistema de Derecho de Inversión

53 *Ibid.*

54 *Ibid.*, p. 3.

55 VIÑUALES. *Foreign Investment and the Environment in International Law*, cit., pp. 17-23.

56 “Existe una clara desconfianza entre la comunidad inversionista sobre la protección de medidas ambientales que se está manifestando en el arbitraje inversionista-Estado. Iniciar un proceso se está viendo ahora por los inversionistas como una respuesta al cambio regulatorio, y la amenaza de iniciar un procedimiento está siendo usada para hacer *lobby* contra la expedición de nueva regulación. La aproximación desorientadora vista en decisiones como *Tecmed* y *Santa Elena* [...] ilustra la primacía dada a las normas de protección del inversionista a expensas de otras normas que puedan entrar en juego y del interés del Estado-Anfitrión”. MILES. *Origins of international investment law*, cit., p. 26.

57 HORST y FRANZKI. “On the critical potential of law”, cit., p. 358.

58 *Ibid.*

se centra en el inversionista, cuyo interés es de tipo económico –según esta aproximación–, el medio ambiente no tiene cabida dentro de la racionalidad de dicho sistema⁵⁹.

Otra postura –menos radical– propone modificar el desbalance del Sistema de Derecho de Inversión Internacional, mediante la incorporación de intereses públicos no pecuniarios como límite a la protección del inversionista⁶⁰. Este escenario plantea dejar atrás la noción del derecho de inversión como un Sistema donde solo se ponderan intereses económicos⁶¹. Horst y Franzki presentan esta idea como la necesidad del Sistema de desarrollar un “desagrado contra sí mismo”⁶², con el objeto de evocar la tendencia del Sistema a reflexionar sobre su propia racionalidad como medio para oponerse internamente a su fetiche pro-inversionista y corregirse⁶³.

Una visión miope del derecho de inversión internacional, que ignora su desbalance genético, favorece a las corporaciones transnacionales por encima de los Estados que adoptan los tratados y de la comunidad internacional⁶⁴. Si bien los estudios críticos pueden ser exagerados en cuanto al desdén del derecho de inversión por los intereses globales públicos en la actualidad, son fundamentales al poner de presente que la racionalidad del sistema está soportada –históricamente– sobre la protección al inversionista y que el Sistema favorece un esquema global comercial donde el medio ambiente y el clima son bienes de contenido económico –como cualquier otro. Esta visión plantea el reto para los árbitros de buscar canales de entrada para la fluidez del interés del clima dentro del derecho de inversión; no como un bien de tipo económico, sino como interés global que requiere una tutela especial dentro de un contexto de emergencia climática.

Dada la racionalidad del sistema, en muchos casos los mecanismos para proteger el clima tienen (o tendrían) el carácter de contra-racionales, pues suponen (supondrían) la prevalencia de un valor no-económico y no estarían siempre dirigidos a proteger la inversión. Sin embargo, los mecanismos contra-racionales no son extraños dentro de los sistemas jurídicos, ni tampoco

59 *Ibid.*, pp. 355-358.

60 *Ibid.*

61 *Ibid.*

62 *Ibid.*, p. 358.

63 *Ibid.*

64 PRICE. “Indonesia’s Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties”, *cit.*, p. 127.

dentro del derecho internacional de inversión. Todavía más, estos mecanismos son necesarios para balancear los resultados indeseados a los que puede llevar la racionalidad de un sistema, tal como la irrelevancia de los intereses no-pecuniarios y el interés global del clima.

Ningún sistema existe en el vacío, luego su racionalidad no puede ser excusa para que los tribunales excluyan de su análisis el contexto de cambio climático y su marco jurídico internacional. El reto que envuelve el desbalance genético del derecho de inversión, que pone la protección de la inversión por encima de otros intereses globales y domésticos, requiere ser superado –como obstáculo– con miras a lograr el objetivo de mantener el cambio climático dentro de los límites establecidos en el Acuerdo de París.

Los estudios de relaciones internacionales revelan que dentro del derecho de inversión internacional se gestan conflictos climáticos, que plantean retos a los árbitros en relación con la promoción del interés global del clima dentro de dicho sistema.

Una aproximación, desde el análisis económico del derecho, sugiere que los árbitros se enfrentan al reto de analizar en el caso concreto cuál de los intereses de las partes se alinea con la lucha contra el cambio climático y decidir de acuerdo con este criterio. En este sentido, mientras la protección del inversionista en energías renovables es vital para incentivar la transición energética, por la sensibilidad de las industrias verdes al riesgo legal y la necesidad de una estabilidad reforzada para su crecimiento, la promoción de las medidas climáticas del Estado sobre los intereses del inversionista es fundamental para alcanzar las metas de control del calentamiento global, por la necesidad de sopesar los efectos de la *relajación regulatoria* que envuelve el sistema de derecho de inversión.

Por su parte, la aproximación de derecho administrativo global conduce a colegir que los tribunales tienen una responsabilidad enorme respecto a la lucha contra el cambio climático, dado el poder de gobernanza que tienen sobre las políticas domésticas y globales, así como por la falta de un tribunal global especial de asuntos climáticos. Esta responsabilidad se traduce en el reto de introducir la agenda global de cambio climático a través de sus decisiones y, simultáneamente, evitar que grandes corporaciones multinacionales impongan la suya.

El reto de los tribunales de arbitraje de inversión, proveniente de los estudios críticos del derecho internacional, se funda en el hallazgo de que el derecho de inversión, desde sus orígenes, es un sistema cuya racionalidad se traduce en un desbalance a favor del inversionista. El desafío, entonces,

consiste en luchar contra esa racionalidad mediante la introducción o el uso de mecanismos contra-rationales que nivelen la posición del interés del clima a un punto igual o superior al de los intereses del inversionista.

Ahora bien, los retos que emergen de las relaciones internacionales para los tribunales de arbitraje de inversión internacional –promover simultáneamente las inversiones en industrias verdes y las medidas regulatorias contra el cambio climático, concebir sus decisiones como un instrumento de gobernanza de cambio climático, nivelar el desbalance genético del sistema a favor del inversionista con el interés del clima– solo pueden ser alcanzados si desde el punto de vista interno del sistema existen canales que lo permitan. El derecho de inversión es un sistema que se desarrolla bajo sus propios parámetros y establece sus propios límites operativos. En consecuencia, las decisiones de los árbitros no pueden atender únicamente a una visión externa y a la decisión pragmática de favorecer el cambio climático, pues esta actitud equivaldría a saltarse el razonamiento jurídico que exige todo sistema legal. En consecuencia, la siguiente sección analiza desde el punto de vista sistémico los retos que deben superar los tribunales para promover el objetivo global de mantener controlado el cambio climático y sus efectos.

2. LOS RETOS DE LAS DISPUTAS DE DERECHO DE INVERSIÓN INTERNACIONAL –RELACIONADAS CON EL CAMBIO CLIMÁTICO– DESDE EL SISTEMA

El grupo de retos desde el punto de vista sistémico implica identificar formalmente el interés global del clima y el marco jurídico internacional del cambio climático como constitutivo del ámbito de protección del arbitraje de inversión internacional. Valga anotar que la mayoría de los tratados de inversión internacional hacen referencia directa al derecho internacional como derecho aplicable o por referencia a normas procedimentales del arbitraje. Sin embargo, considerando que la racionalidad del derecho de inversión tiene que ver con la protección de intereses económicos, la integración del interés global del clima –desde el punto de vista interno del sistema– requiere un mayor esfuerzo. Al respecto, los académicos se han esforzado por proponer aproximaciones fundamentadas en la práctica de los tribunales y en la tónica, que podrían justificar la relevancia de intereses de tipo no-económico dentro de las disputas de derecho de inversión internacional –entre estos los intereses climáticos.

Dichos estudios indican como retos particulares la necesidad de entender el derecho de inversión como un sistema multilateralizado que refleja intereses

comunitarios (2.1), así como de reconocer intereses (globales) públicos dentro del sistema (2.2). Ahora bien, dado que aquellos autores que sugieren la integración de intereses (globales) públicos tienden a identificar estos intereses exclusivamente con las medidas regulatorias del Estado-Anfitrión, es necesario asumir también el reto de desligar el interés global del clima de estas medidas, con el fin de reconocer que este interés puede estar también alineado con la actividad del inversionista (2.3).

2.1. CONCEBIR EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIÓN COMO UN SISTEMA MULTILATERALIZADO

Sin Sistema Internacional de Derecho de Inversión los árbitros solo estarían legitimados para resolver la controversia que se les presente a través de aquello que las partes hubieren manifestado en el tratado de inversión. Esto excluiría la aplicación de normas de cambio climático y la relevancia del clima como preocupación común de la humanidad —a menos que el tratado de inversión expresara directa o indirectamente que el calentamiento global fuera relevante para la interpretación del tratado. A este respecto, la investigación de Schill plantea que la operación del derecho de inversión es mucho más compleja que la negociación de tratados aislados cuyas controversias son resueltas por tribunales aislados, y prueba que, por el contrario, el derecho de inversión experimenta un proceso de *multilateralización* que captura intereses de la comunidad internacional⁶⁵.

La *multilateralización* se refiere al “fenómeno paradójico del derecho internacional de inversión, desarrollándose hacia un sistema multilateral de protección de la inversión sobre la base de tratados bilaterales”⁶⁶. Este fenómeno representa la síntesis entre bilateralismo y multilateralismo: tratados bilaterales interpretados por tribunales internacionales, que arrojan como resultado un conjunto de principios y reglas que reflejan los intereses de la comunidad⁶⁷. En consecuencia, bajo el proceso de *multilateralización* los tratados deben entenderse como pertenecientes a un universo más amplio que el

65 SCHILL, S. W. *The Multilateralization of International Investment Law*, CUP, 2009; SCHILL, S. W. “Multilateralization: an Ordering Paradigm for International Investment Law”, en BUNGENBERG, M. *et al.* (eds.), *International Investment Law: A Handbook*, Nomos, Ch. Beck y Hart, Baden-Baden, München y Oxford, 2015, p. 1835.

66 *Ibid.*, p. 1834.

67 *Ibid.*, pp. 1834-1835.

reflejado en el simple *quid pro quo* de la negociación⁶⁸. Schill fundamenta su tesis en las siguientes observaciones.

LA ESTANDARIZACIÓN EN LA CONFECCIÓN DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN⁶⁹

El autor sostiene que la adopción de cláusulas estandarizadas en los tratados bilaterales obedece a planeación intencional de los Estados, cuyo fin es establecer un marco común global⁷⁰. El sustento de esta afirmación yace en el proceso de creación histórico de los tratados visto desde una perspectiva evolutiva, según la cual la parte sustantiva de los tratados bilaterales de inversión internacional corresponde a modelos anteriores de tratados multilaterales que fracasaron y cuyo contenido fue reproduciéndose en los tratados modelo de los Estados⁷¹. En consecuencia, Schill concluye que los tratados bilaterales en realidad son instrumento para concretar aspiraciones multilaterales —más que un instrumento de flexibilización⁷².

LOS MECANISMOS DE MULTILATERALIZACIÓN DE LOS TRATADOS DE INVERSIÓN⁷³

Según el autor, la operación de la cláusula de *nación más favorecida* (MFN) junto a la estrategia de la *compra del tratado* (*treaty shopping*) *multilateralizan* el derecho de inversión internacional⁷⁴. En efecto, de una parte —explica Schill—, la cláusula de nación más favorecida, que legitima al inversionista para exigir al Estado-Anfitrión las mismas condiciones que fueron negociadas con inversionistas de otros Estados, es un instrumento que resulta en la multiplicación de la aplicación de las mismas cláusulas a distintas relaciones inversionista-Estado y, por ello, en *multilateralización*⁷⁵. De otra parte, el autor descubre que la capacidad de las corporaciones para trasladar su residencia de un país

68 *Ibid.*, p. 1821.

69 *Ibid.*, pp. 1822-1826.

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*, pp. 1822-1824.

72 *Ibid.*, p. 1824.

73 *Ibid.*, pp. 1826-1829.

74 *Ibid.*, pp. 1826-1829.

75 *Ibid.*, pp. 1826-1827.

a otro según el tratado que les brinde las condiciones más favorables, aunada a la amplitud de la definición de la calidad de inversionista y del concepto de inversión en los tratados, permite que cualquier inversionista de cualquier país pueda optar por entrar dentro del ámbito de cualquier tratado⁷⁶. Esta flexibilidad de escoger el tratado que más convenga indica que el bilateralismo está cediendo ante el *multilateralismo*⁷⁷.

REFERENCIAS CRUZADAS EN LOS LAUDOS⁷⁸

Esta observación de Schill se refiere a la práctica de los tribunales de arbitraje de acudir a otros tratados distintos a aquellos que hacen parte de la trama del caso, así como a distintos laudos de arbitraje de inversión internacional para resolver la controversia concreta⁷⁹. La práctica de la interpretación *in pari materia*⁸⁰, por referencia cruzada⁸¹ a otros tratados de inversión, impulsa la *multilaterización* del derecho de inversión en el sentido de contribuir a la unificación de un marco jurídico uniforme⁸². Análogamente el autor considera que *uso del precedente*⁸³ en las decisiones de los tribunales –entendido como la práctica de fundamentar las decisiones a través de decisiones anteriores o expresar los motivos para separarse de estas–⁸⁴ ha dado lugar a una suerte de *jurisprudencia constante*⁸⁵. Esta práctica constituye un mecanismo para establecer el contenido de los estándares de los tratados de inversión y de creación de derecho⁸⁶, que va mucho más allá de desentrañar aquello que las partes quisieron negociar en el tratado, y representa el proceso de *multilateralización* del derecho de inversión internacional⁸⁷.

76 *Ibid.*, p. 1828.

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*, pp. 1829-1834.

79 SCHILL. *The Multilateralization of International Investment Law*, cit., p. 278.

80 SCHILL. “Multilateralization”, cit., p. 1829.

81 *Ibid.*, p. 1833.

82 *Ibid.*, pp. 1829-1830.

83 *Ibid.*, p. 1830.

84 *Ibid.*, pp. 1830-1834.

85 *Ibid.*, p. 1831.

86 *Ibid.*

87 *Ibid.*, p. 1833.

El aporte de Schill al derecho de inversión internacional es enorme, arropa más de 3.000 tratados bilaterales de inversión y más de 900 laudos de arbitraje internacional en un sistema multilateralizado de derecho, exhibiendo que el arbitraje de inversión internacional es mucho más rico que negociaciones entre Estados y decisiones aisladas. De una forma general, su investigación permite afirmar que el cambio climático tiene cabida dentro del ámbito del derecho de inversión, pues el proceso de *multilateralización* implica el giro de intereses de las partes a intereses de la comunidad internacional.

Adicionalmente, Schill llega a definir la operación del sistema como “auto-poietica, auto-referente, y normativamente cerrada”⁸⁸. La autopoiesis⁸⁹ se refiere a la capacidad del sistema de reproducirse a sí mismo, de replicar en cada operación su funcionalidad e influir con cada operación en la funcionalidad futura⁹⁰. Esto, lejos de significar que el derecho de inversión no está abierto a comunicarse con otros sistemas⁹¹ –como con el marco jurídico internacional del cambio climático–, implica que aquel constituye un sistema autónomo, que se diferencia de otros y, como tal, es susceptible de entrar en contacto con otros sistemas.

La identidad del sistema es un presupuesto básico de su comunicación con otros sistemas. Sin identidad ni mecanismos de cierre no podríamos hablar de sistema, y sin sistema, no podríamos hablar de comunicación con otros (sub)sistemas de derecho internacional⁹² –como el marco legal internacional del cambio climático. Así pues, la autopoiesis –y la capacidad del sistema de operar por referencia a sí mismo– del derecho de inversión internacional es presupuesto fundamental para integrar a este el derecho de cambio climático y el interés global del clima.

88 SCHILL. *The Multilateralization of International Investment Law*, cit., p. 280.

89 Esta concepción de Schill debe entenderse a la luz de la aproximación a la teoría de los sistemas del constructivismo social epistemológico de Luhmann. Bajo esta clave, la *autopoiesis*, típica de la biología, la matemática y la neurofisiología, permea la teoría del derecho para describir la capacidad del sistema de subsistir y reproducirse por sí mismo, mediante la auto-referencia como rasgo característico de su identidad. LUHMANN, N. “Law as a Social System”, *Revista –Journal– Derecho & Poder, Diritto & Potere, Right & Power, Recht und Macht, Direito & Poder, Droit & Pouvoir*, 2009, pp. 180-183 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: https://www.researchgate.net/publication/200026833_Law_as_a_Social_System

90 “En cada una de sus propias operaciones debe reproducir su propia capacidad operacional”: *ibid.*, p. 184.

91 Según Di Benedetto, la definición de Schill de derecho de inversión tiene el riesgo de aislarlo del resto del derecho internacional: véase DI BENEDETTO, S. *International investment law and the environment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 41-44.

92 LUHMANN. “Law as a Social System”, cit., p. 185.

De lo dicho en esta subsección se desprende que el reto de los tribunales de arbitraje de derecho internacional, desde el punto de vista sistémico, y en relación con la emergencia climática, comienza por concebir el derecho internacional de inversión como un sistema multilateralizado; un sistema que enmarca aquello que las partes negociaron en el tratado de inversión dentro de un panorama de intereses comunitarios, cuya operación se reproduce de forma independiente y autopoietica, y que es capaz de entrar en comunicación con otros sistemas de derecho internacional –tal como el sistema internacional de derecho de cambio climático.

Ahora bien, la definición de Schill del derecho de inversión internacional multilateralizado señala que el interés de la comunidad es el *funcionamiento del sistema económico internacional*⁹³. Esta formulación de tipo abierto da pie a muchas interpretaciones que podrían depender de factores ideológicos particulares. De hecho, si se concibe que los intereses comunitarios que tienen cabida dentro del marco del funcionamiento de la economía internacional se reducen –bajo una tendencia neoliberal radical– a la protección de las inversiones, el crecimiento económico, la igualdad de los inversionistas y el flujo de capitales transnacional, el interés global del clima quedaría por fuera del ámbito del derecho de inversión internacional. En este sentido, además de la definición de este como sistema que comprende intereses comunitarios, un reto adicional para los tribunales en relación con la integración de la preocupación del cambio climático al derecho de inversión internacional está constituido por la identificación de intereses (globales) públicos como los intereses comunitarios relevantes en las disputas de arbitraje –este es el objeto de la siguiente sección.

2.2. RECONOCER INTERESES (GLOBALES) PÚBLICOS –INCLUIDO EL INTERÉS DEL CLIMA– DENTRO DEL ÁMBITO DEL DERECHO DE INVERSIÓN INTERNACIONAL

La relevancia de intereses públicos en arbitraje de inversión es uno de los temas más estudiados por la academia dedicada al derecho de inversión internacional. Normalmente este reto se enmarca dentro de la tensión entre la regulación de interés público del Estado-Anfitrión y los intereses del inversionista. El reconocimiento de la aplicación de intereses climáticos a través del sistema

93 SCHILL. *The Multilateralization of International Investment Law*, cit., p. 280; SCHILL, “Multilateralization”, cit., p. 1835.

requiere de teorías generales y/o métodos de interpretación que capturen o propongan la inclusión de mecanismos contra-rationales que den balance a la relación entre Estado-Anfitrión e inversionista. Esta aproximación, por supuesto, está influenciada por la preferencia hacia un concepto de sistema de derecho de inversión cuya función sea promover el funcionamiento de la economía internacional, pero entendiendo que parte de ese funcionamiento incluye la limitación a la protección del flujo de capitales cuando esta amenaza intereses (globales) públicos –más si estos intereses son preocupación común de la humanidad, como el clima.

La mayoría de las teorías y métodos que tienden a justificar la protección de intereses públicos en derecho de inversión internacional lo hacen definiéndolo como derecho (internacional) público. Estos pueden servir a los tribunales para superar el reto de integrar el interés (global) del clima al derecho de inversión internacional. Particularmente, las siguientes teorías han encontrado acogida dentro de la comunidad epistémica del derecho de inversión.

MÉTODO DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO

En este punto, es forzoso citar nuevamente a Schill, pues él ha sido el promotor más destacado del uso del derecho público comparado para resolver disputas de derecho de inversión internacional⁹⁴. El punto de partida de esta aproximación es la posibilidad de describir el Sistema Derecho de Inversión como análogo al derecho público y su entendimiento como un instrumento de gobernanza global⁹⁵.

El autor encuentra que la *materia de las disputas*, la *naturaleza de las obligaciones*, la *relación entre las partes y el consentimiento para el arbitraje* de las controversias de derecho de inversión internacional son características que se encuentran en el derecho público de los Estados. En cuanto a la primera de las características, *materia de las disputas*, Schill evidencia que el arbitraje de inversión internacional tiene como objeto asuntos sobre los límites y el ejercicio de los poderes regulatorios del Estado-Anfitrión⁹⁶. En relación con la *naturaleza de las obligaciones*, señala que el derecho de inversión está cimentado

94 SCHILL, W. (ed.). *International Investment Law and Comparative Public Law*, OUP, 2010.

95 SCHILL, W. “International Investment Law and Comparative Public Law. An Introduction”, en SCHILL (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, cit.

96 *Ibid.*, p. 14.

sobre las obligaciones del Estado que surgen de tratados de inversión⁹⁷. Sobre la *relación de las partes*, manifiesta que el inversionista está en una relación de subordinación en relación con el Estado-Anfitrión⁹⁸. Y, finalmente, al referirse al *consentimiento para el arbitraje*, observa que la oferta de arbitraje del tratado –tal como opera una ley– es una manifestación unilateral, general y prospectiva del Estado⁹⁹.

La características enumeradas por Schill son base para argumentar que un método de interpretación de derecho público comparado es ajustado para balancear la protección de la inversión con intereses públicos¹⁰⁰. Ahora bien, el autor es cauto, y no llega al punto de afirmar que los instrumentos de derecho internacional público –como aquellos del cambio climático– o el derecho público doméstico sean directamente aplicables al derecho de inversión por vía del derecho comparado, ni que estos tengan el pedigrí de fuentes formales¹⁰¹. En últimas, aquello que él propone es la utilización del derecho público comparado como método no-exclusivo de interpretación del contenido de las normas de derecho de inversión –que además puede fungir de sustento para proponer cambios normativos¹⁰².

VALIDEZ SUSTANTIVA DEL DERECHO PÚBLICO

A pesar de haber sido escrito hace más de 10 años, el trabajo Van Harten sobre “derecho internacional de los tratados de inversión y derecho público”¹⁰³ es todavía uno de los más influyentes en la academia. Aunque por momentos

97 *Ibid.*, p. 15.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*, pp. 15–16.

100 *Ibid.*, p. 25.

101 *Ibid.*, p. 27.

102 “El derecho público comparado sirve varios propósitos: ayuda (1) a concretar y clarificar la interpretación de los normalmente vagos estándares de protección a la inversión y determina la extensión de la responsabilidad del Estado en un contexto particular; (2) a balancear la protección a la inversión con preocupaciones de no-inversión; (3) a asegurar la consistencia en la interpretación y aplicación de los tratados de inversión [...]; (4) a asegurar la consistencia entre regímenes y a mitigar los efectos negativos de la fragmentación [...]; (5) a legitimar la existencia de la jurisprudencia arbitral, y (6) a sugerir reformas legales al diseño de los tratados de derecho de inversión o a cambiar la práctica arbitral [*changing to arbitral practice*]”: *ibid.*, p. 25.

103 VAN HARTEN, G. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP, 2007.

parece que este estudio solo propone el derecho público como mecanismo de interpretación del tratado de inversión¹⁰⁴, el autor va más allá al contemplar la aplicación directa de normas de derecho público a las disputas de inversión –incluso por encima de principios de derecho internacional.

Van Harten le da validez sustantiva a la caracterización del derecho de inversión como derecho público. Se esfuerza por demostrar a través de su tesis que la complejidad del sistema enmascara la supra-realidad de que el derecho de inversión es esencialmente derecho público¹⁰⁵. Su razonamiento es que el arbitraje de inversión, como todo proceso de administración de justicia de derecho público, debe tomar en cuenta los intereses públicos a la hora de definir las controversias¹⁰⁶.

El autor expresa la necesidad de ajustar el marco jurídico del sistema de derecho público dentro del contexto de las disputas inversión internacional¹⁰⁷. Este ajuste –según Van Harten– tiene principalmente tres consecuencias. La primera, la supremacía del derecho público doméstico sobre los principios de derecho internacional¹⁰⁸; la segunda, que las normas sobre responsabilidad civil y valoración de daños deben reflejar el derecho público doméstico¹⁰⁹; la última, que la interpretación del tratado de inversión debe tener en cuenta intereses públicos que hagan contrapeso¹¹⁰.

A diferencia de Schill –que ve el derecho público doméstico como una forma para interpretar el tratado de inversión por analogía y como un modelo para proponer modificaciones al derecho de inversión–, Van Harten pone el centro de validez del sistema en el derecho público, por encima del tratado de inversión que enmarca la disputa y de los principios operativos que ha definido

104 “La perspectiva que la aproximación apropiada es aceptar el contexto regulatorio de las disputas de inversión, y entonces la relevancia del derecho público, dentro de los límites establecidos por la negociación entre Estados de un tratado de inversión”: *ibid.*, p. 6.

105 *Ibid.*

106 *Ibid.*

107 *Ibid.*, p. 143.

108 *Ibid.*, p. 135.

109 *Ibid.*, p. 150.

110 “Preocupaciones regulatorias [...], incluyendo intereses que hacen contrapeso que estén representados en manifiesta oposición a actividades negociales particulares; la implicación de una inversión particular para la economía del Estado-Anfitrión; el impacto sobre la habilidad del Estado-Anfitrión para priorizar la estabilidad social, la salud pública y la moral, y preocupaciones ambientales sobre objetivos de eficiencia económica y la confianza del inversionista”: *ibid.*, p. 144.

el propio sistema de derecho de inversión. Así pues, bajo esta aproximación, las medidas de cambio climático tomadas por el Estado-Anfitrión siempre estarían llamadas a superponerse a las normas que protegen al inversionista, dada la supremacía del derecho público sobre el derecho internacional.

VALIDEZ SUSTANTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Kulick –siguiendo a Van Harten– observa que el carácter de derecho público es inherente al derecho de inversión internacional¹¹¹, y ve la necesidad de ajustar aquel dentro de este como un medio para balancear la protección al inversionista con el poder regulatorio del Estado-Anfitrión¹¹². Sin embargo –a diferencia de Van Harten– su tesis acepta como un axioma del sistema de derecho de inversión la primacía del derecho internacional sobre el derecho doméstico¹¹³. Aceptar la primacía del derecho internacional sobre el derecho doméstico conduce a que Kulick aborde la respuesta al reto de incluir intereses públicos en el derecho de inversión desde una aproximación más compleja que predica la primacía de estos sobre la protección al inversionista.

El autor propone la introducción de defensas de derecho internacional a favor del Estado a partir de lo que él mismo llama la *Teoría del Interés Global Público*¹¹⁴. Esta teoría postula que, si el interés detrás de la medida regulatoria del Estado-Anfitrión coincide con la protección de un interés público-global, entonces es oponible como defensa frente a la demanda del inversionista extranjero¹¹⁵. Por ejemplo, si el Estado anfitrión cancela la licencia de una planta de carbón para luchar contra el calentamiento global y esta medida coincide

111 KULICK, A. *Global Public Interest in International Investment Law*, CUP, 2012, p. 5.

112 “Entonces, cualquier medida de interés público tomada por el Estado-Anfitrión que entre en conflicto con las –siempre muy abiertas– prescripciones del tratado bilateral de inversión que garantizan los derechos del inversionista, será derrotada en las disputas de inversión. En otras palabras, si el Estado-Anfitrión aplica la medida de interés público que conflictúa con una cláusula del tratado bilateral de inversión, el inversionista tiene un reclamo bajo el ámbito del derecho internacional de inversión –independientemente de la urgencia y de la importancia de aplicar dicha medida. Yo llamo esta problemática el reto del interés público”: *ibíd.*, p. 51.

113 *Ibíd.*, p. 4.

114 *Ibíd.*, pp. 4-5.

115 *Ibíd.*

con el marco legal internacional de cambio climático, el Estado puede oponer el interés global del clima como defensa internacional.

Ahora bien, la internacionalización del interés público de la medida del Estado-Anfitrión a través de la *Teoría del Interés Global Público* no garantiza el éxito de la defensa. La supremacía del interés global público sobre el interés del inversionista extranjero, según Kulick, depende de la proporcionalidad de la medida¹¹⁶. En este sentido, la defensa solo prosperaría dependiendo del análisis de la necesidad, la gravedad del incumplimiento, las expectativas legítimas del inversionista y la seriedad del interés público de la medida¹¹⁷.

VALIDEZ FORMAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

De Brabandere –al igual que Kulick, Van Harten y Schill– estudia la forma en que intereses públicos distintos a aquellos relacionados con la protección del inversionista se integran con el derecho de inversión internacional¹¹⁸, e incluso dedica parte de su trabajo al análisis de las obligaciones de derechos humanos en este sistema¹¹⁹. Sin embargo, este autor descarta que el derecho inversión internacional tenga un carácter inherente de derecho público. Al contrario, el autor observa –bajo una óptica neo-formalista– que la operación del arbitraje de inversión internacional está nutrida preponderantemente por el derecho internacional público¹²⁰. Esto implica que bajo esta aproximación la relevancia de los intereses públicos en derecho de inversión no está fundamentada en la validez sustantiva del derecho (internacional) público sino en la práctica de los tribunales de arbitraje de inversión internacional.

En efecto, De Brabandere se cuida de no tomar una postura naturalista que predique la superioridad del derecho público internacional como fundamento de la aplicación de intereses públicos internacionales al derecho de

116 *Ibid.*, p. 209.

117 *Ibid.*, p. 214

118 DE BRABANDERE. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, cit.

119 *Ibid.*, pp. 129-147.

120 “El hecho de que el arbitraje de inversión contemporáneo sea predominantemente un mecanismo de resolución de disputas de derecho internacional público, en efecto, resulta de los aspectos procedimentales del método de resolución de la disputa, y al mismo tiempo influencia el procedimiento”: *ibid.*, p. 11.

inversión internacional. Para dicho fin, el autor no solo manifiesta que su tesis no plantea una teoría general¹²¹, sino que acepta que la operación del sistema también tiene una dimensión de derecho privado¹²². Más importante aún, De Brabandere concluye que no existen razones para rechazar *ipso facto* consideraciones relacionadas con la aplicación de derechos humanos en derecho de inversión internacional, porque los tratados contienen –en general– cláusulas que establecen la aplicación del derecho internacional, y seguidamente cita una multiplicidad de tratados cuyas cláusulas contemplan a este como derecho aplicable¹²³.

El pensamiento de De Brabandere tendría la capacidad de facilitar más la recepción por los tribunales de arbitraje internacional de la preocupación del cambio climático, en comparación con las posturas que abogan por una validez sustantiva de los intereses (internacionales) públicos. Esto se debe a que la perspectiva neo-formalista que él propone se fundamenta en la práctica de los mismos tribunales, a través de la identificación de normas que tienen el pedigrí de fuentes para estos –tal como los tratados de inversión.

A este respecto, cabe citar a Kulick nuevamente, pues su argumentación sobre la cabida de intereses públicos en derecho de inversión es hasta cierto punto formalista –a pesar de que el autor se matricule normalmente dentro de las teorías de validez sustantiva del derecho público¹²⁴. En efecto, él se basa en la operación del sistema para desarrollar su *Teoría del Interés Global Público*. Por una parte, Kulick acepta como límite de la aplicación del derecho público doméstico el axioma de la superioridad del derecho internacional¹²⁵ –que proviene de la práctica de los tribunales. Por la otra, ejemplifica a través de laudos de arbitraje de inversión¹²⁶ el reconocimiento de una “política pública”

121 *Ibid.*

122 *Ibid.*, p. 9.

123 *Ibid.*, pp. 135-136.

124 *Ibid.*, p. 5.

125 “La prominencia del derecho internacional ha llegado actualmente a un punto donde los tribunales no solo reconocen su supremacía sobre el derecho doméstico dentro del ámbito del derecho internacional de inversión, sino que también asignan a aquel el rol de fuente primaria en una disputa de inversión. Yo llamo a este desarrollo ‘internacionalización’ del derecho de inversión internacional”. KULICK. *Global Public Interest in International Investment Law*, cit., p. 4.

126 *Ibid.*, pp. 163-165.

internacional¹²⁷ y de “valores del sistema legal internacional”¹²⁸. Adicionalmente, el autor soporta su postura sobre la aplicación de la proporcionalidad para ponderar los intereses del inversionista con el interés público global a través de los artículos 42 CIADI, 31(1) y 31(3)(c) de la Convención de Viena, y 38(1) CIJ¹²⁹ –todas estas fuentes comunes en la práctica de los tribunales.

Tal como se puede apreciar de esta breve exposición sobre los esfuerzos por introducir intereses públicos en el derecho de inversión internacional como mecanismo para restablecer el equilibrio entre el Estado-Anfitrión y el inversionista, el reto de los tribunales pendula entre aceptar teorías de validez sustantiva y positivismo. Entre más lejos esté la argumentación de concepciones de derecho natural sobre la superioridad inherente de intereses públicos respecto de intereses del inversionista, más probabilidades existen para el interés del cambio climático de ser tenido en cuenta por los tribunales en sus decisiones. Dicho de otra forma, mientras más se acerque la argumentación al positivismo jurídico, en el sentido de buscar la respuesta dentro de la dinámica operativa del sistema a partir de la práctica de los tribunales de arbitraje de inversión, estos en sus laudos estarán más inclinados a aceptar la relevancia del cambio climático. En consecuencia, revestir las teorías de validez sustantiva que ponen en el centro del sistema el derecho (internacional) público con fuentes formales –según la práctica de los tribunales– es esencial para darle eficacia al interés global del clima en derecho de inversión.

A este respecto no se puede olvidar que la relevancia formal del marco legal internacional del cambio climático, en lo que tiene que ver con su aplicación directa, depende de las cláusulas del tratado de inversión sobre ley aplicable y de la introducción de mecanismos dentro de otras cláusulas que hacen referencia explícita o implícita a dicho marco –tal como puede ocurrir con las excepciones generales. Adicionalmente, aunque no surja directamente de las cláusulas de los tratados, la defensa internacional del estado de necesidad o incluso el principio internacional de *equidad* pueden servir de canal para la aplicación de normas de cambio climático al derecho de inversión internacional, dado que aquellas constituyen fuentes formales que los tribunales han usado en sus laudos. En contraste con la aplicación directa del marco jurídico internacional del cambio climático, recurrir a la emergencia climática como un

127 *Ibid.*, p. 165.

128 *Ibid.*, p. 165.

129 *Ibid.*, pp. 169-171.

factor relevante para la interpretación del contenido del tratado de inversión no requiere mayor justificación, pues el artículo 31 de la Convención de Viena –ampliamente citado por los tribunales de inversión– obliga a los árbitros a recurrir al contexto para desentrañar el significado del texto del tratado¹³⁰.

Si bien las teorías expuestas en esta subsección dan sustento para que los tribunales de arbitraje de inversión internacional adopten decisiones en concordancia con el marco jurídico internacional del cambio climático y el contexto global de la emergencia climática, estas están orientadas para defender los intereses del Estado-Anfitrión, bajo el entendido de que el interés público está representado en sus decisiones. Sin embargo, en lo referente al cambio climático esta generalización puede resultar equívoca, ya que muchas veces –como se explicó arriba– es la actividad del inversionista la que incentiva la lucha contra el cambio climático y la del Estado-Anfitrión la que torpedea la misión de cumplir con los objetivos del Acuerdo de París –tal ha sido el caso de la cancelación de los esquemas de energía renovable. Así pues, otro de los retos de los tribunales es desligar el interés del clima del interés del Estado-Anfitrión –en lo que se refiere a resaltar su propia identidad– con el fin de entender que la tensión entre intereses que se da dentro de las disputas relacionadas con cambio climático en derecho de inversión es más compleja –este es el objeto de la siguiente y última subsección.

2.3. OTORGARLE IDENTIDAD PROPIA AL INTERÉS GLOBAL DEL CLIMA Y REPLANTEAR LAS DISPUTAS DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN COMO TENSIONES ENTRE INTERESES GLOBALES PÚBLICOS

La operación del derecho de inversión internacional es sincrética. Con la expresión ‘sincretismo’ se quiere evocar la paradoja del sistema de derecho de inversión internacional que, mientras conserva su autonomía e independencia, concibe la aplicación del derecho internacional público dentro de su ámbito material. Bajo esta aproximación, el derecho internacional público tiene aplicación, en tanto los principios y límites derivados de la operación del sistema

130 VADI. “Beyond known worlds”, cit.; BAETENS, F. *Foreign Investment Law and Climate Change: Legal Conflicts arising from Implementing the Kyoto Protocol through Private Investment*, 01.II.2010, The Center for International Sustainable Development Law & The International Development Law Organization, Working Paper Series [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117950

de derecho de inversión lo permitan –pues este sistema permanece como el eje de validez.

El sincretismo del derecho de inversión internacional revela que el sistema está constituido por una multiplicidad de intereses públicos globales que están en constante movimiento, alineándose y colisionando dentro del mismo universo. Estos intereses globales públicos no solo atienden a las preocupaciones compartidas por la comunidad internacional de índole no económica –tales como el cambio climático, el medio ambiente, la seguridad internacional, los derechos humanos, etc.–, sino también a los intereses económicos que están detrás de la protección al inversionista –por ejemplo, el flujo transnacional de capitales, el crecimiento económico, la protección de expectativas legítimas, la igualdad en el trato a los inversionistas, etc.

La alineación y colisión entre distintos intereses públicos globales –de índole económica y no-económica– dentro del sistema supone ver al derecho de inversión desde un ángulo distinto al conflicto clásico entre los intereses del inversionista y los intereses del Estado-Anfitrión –el cual solo revela la dimensión privada de las disputas de inversión internacional. Esta perspectiva sincrética, que enfatiza la dimensión global pública de las disputas de inversión, permite concebir el interés global del clima como independiente y desligado de las medidas del Estado-Anfitrión.

El reto de darle una identidad propia al interés global del clima –dentro del sistema de derecho de inversión– es fundamental para afrontar la emergencia climática, pues se acompasa con la realidad de que, muchas veces, las medidas regulatorias del Estado-Anfitrión se contraponen a dicho interés mientras que la actividad del inversionista, en cambio, se alinea con dicho interés. La experiencia de las industrias de energía renovable y las disputas alrededor de la cancelación de los beneficios que incentivaron inversiones de este tipo en Europa, es un claro ejemplo de la necesidad entender que el interés global del clima puede entrar en conflicto con otros intereses públicos que soportan las medidas del Estado-Anfitrión –*e.g.*, bienestar económico o social, derechos humanos, etc. Esta perspectiva, permitiría que los tribunales de arbitraje de inversión tengan en consideración, como factor determinante de su fallo, que si bien en algunos casos la protección a las medidas del Estado-Anfitrión incentiva la lucha contra el cambio climático, en otros casos es la protección al inversionista lo que incentiva la lucha contra el cambio climático.

CONCLUSIONES

La des-fragmentación entre el derecho de inversión internacional y el marco jurídico internacional del cambio climático enfrenta retos desde la perspectiva de las relaciones internacionales y desde el sistema (i).

Desde las relaciones internacionales, los estudios de análisis económico del derecho plantean el reto para los tribunales de incentivar la transición energética y la lucha contra el cambio climático mediante la protección de los intereses de los inversionistas en la economía verde (ii) y, al mismo tiempo, de incentivar al Estado-Anfitrión a tomar medidas climáticas (iii). En efecto, la particular vulnerabilidad de las inversiones en energías renovables frente al riesgo regulatorio reclama de los tribunales una protección reforzada a estas inversiones (iv). Así mismo, debe ser reforzada la protección del Estado-Anfitrión cuando sus medidas están destinadas a promover el interés del clima, pues el fenómeno de la *relajación regulatoria* en sus distintos niveles de intensidad —*relajación-internalizada*, *relajación-amenaza* y *relajación transfronteriza*— indica que la actividad de los árbitros puede llevar a la parálisis de la producción normativa relacionada con el cumplimiento del Acuerdo de París (v).

Por su parte —también desde las relaciones internacionales—, los estudios de ciencia-política abordados por el movimiento de Derecho Global Administrativo evidencian el reto para los tribunales de ser conscientes de su función de trazar la política y la regulación climática de tipo doméstico e internacional de forma responsable (vi). El poder de gobernanza *de facto* que han demostrado tener los tribunales de arbitraje internacional de inversión —por encima de los órganos de gobierno institucionales— tiene el potencial de definir los estándares que debe seguir y exigir el Estado-Anfitrión para el otorgamiento de licencias y permisos a proyectos energéticos (vii).

No menos importante dentro de las relaciones internacionales son los hallazgos de los estudios críticos de derecho internacional, que ponen en evidencia el reto de balancear la asimetría genética del derecho internacional que existe a favor del inversionista (viii). La racionalidad del derecho de inversión, en cuyo centro están el inversionista y su protección, requiere de la proactividad de los árbitros para dar relevancia a mecanismos contra-rationales que permitan proteger las medidas climáticas del Estado-Anfitrión (ix).

La superación de los retos desde el punto de vista de las relaciones internacionales está ligada a la superación de los retos de tipo sistémico. Esto se debe a que las consideraciones externas al derecho de inversión relacionadas con el cambio climático no pueden encontrar aplicación sino a través de

mecanismos que pertenezcan a la lógica del sistema de derecho de inversión internacional. El caso contrario –la imposición de la perspectiva externa sobre las consideraciones internas del sistema– equivaldría a superponer la visión de las relaciones internacionales al sistema de derecho.

Desde el punto de vista interno del sistema de derecho de inversión internacional, el gran reto consiste en resolver por qué unos árbitros designados para administrar justicia bajo una racionalidad de protección al inversionista deben tener en cuenta intereses climáticos.

El primer desafío que se deriva de este gran reto sistémico consiste en definir al mismo derecho de inversión como un sistema (x). La teoría de la *multilateralización* resuelve esto al plantear que el derecho de inversión experimenta un proceso de tránsito, de tratados bilaterales aislados y decisiones aisladas a un sistema multilateralizado (xi). La estandarización de las cláusulas en los distintos tratados, la referencia cruzada entre estos y la adopción del precedente en las decisiones de los tribunales, así como la existencia de mecanismos –como la cláusula de *nación más favorecida* y la *compra del tratado*– que virtualmente permiten a los inversionistas cobijarse bajo las condiciones de cualquier tratado a su acomodo, conduce a afirmar que el derecho de inversión es un sistema que sirve a intereses de la comunidad internacional (xii), cuyo marco legal es mucho más amplio que lo negociado entre las partes (xiii), y que es cerrado, auto-referente, autopoietico y capaz de comunicarse con otros sistemas(xix) –como con el Sistema de Derecho Internacional de Cambio Climático.

Una vez entendido el derecho de inversión como un sistema, el segundo reto desde el punto de vista sistémico consiste en identificar los intereses comunitarios de dicho sistema como intereses (globales) públicos (xx), de tal manera que el interés global del clima encuentre cabida dentro del derecho internacional de inversión. Las tesis sobre el tema coinciden en buscar la respuesta en la identificación del derecho internacional de inversión como derecho (internacional) público (xxii), partiendo del problema de la tensión entre el interés público del Estado-Anfitrión y el interés del inversionista extranjero.

Una primera tesis acude al derecho público comparado como instrumento de interpretación de los tratados de inversión (xiii), basado en la idea de que el derecho de inversión es similar al derecho público de los Estados porque las disputas que se generan en aquel están asociadas con poderes regulatorios del Estado, obligaciones del Estado, la posición de subordinación del inversionista frente al Estado y prescripciones unilaterales y generales (xiv).

Otras aproximaciones encuentran la respuesta en la validez sustantiva del derecho (internacional) público sobre el derecho de inversión internacional (xxii). Mientras una de estas teorías de validez sustantiva postula que las medidas regulatorias de interés público doméstico –como las de cambio climático– deben triunfar siempre sobre la protección al inversionista, con fundamento en que el proceso de arbitraje de inversión es por naturaleza de derecho público (xxiii), la otra teoría, si bien acepta que el derecho de inversión internacional tiene un carácter inherente de derecho público, propone que las medidas regulatorias de interés público solo pueden oponerse como defensa si corresponden a un interés global público (xxiv). Además, esta última teoría no supone que el interés global público sea automáticamente superior al interés del inversionista, sino que propone un juicio de proporcionalidad para llegar a esta conclusión (xxv).

Otra perspectiva, deja atrás la validez sustantiva del derecho público, y sostiene que los intereses globales públicos –como el interés del clima– son aplicables al derecho de inversión porque hacen parte de la práctica de los tribunales de arbitraje de inversión (xxvi). Esta visión neo-formalista evidencia el uso de fuentes de derecho público internacional en las decisiones de arbitraje de inversión, y trata de encontrar el fundamento de la integración de intereses de tipo no-económico en principios y límites propios del sistema, incluyendo la escogencia del derecho aplicable en los tratados de inversión y el artículo 31 de la Convención de Viena sobre interpretación de los tratados (xxvii).

Un último reto desde la visión interna del sistema consiste en concebir al interés público del clima como relevante con independencia del interés del Estado-Anfitrión (xxviii), dado que la realidad del derecho de inversión demuestra que el interés global-público del clima muchas veces corresponde al interés del inversionista y no al del Estado-Anfitrión. Para estos efectos, el *sincretismo* del derecho de inversión representa una superación de las teorías que asocian al interés global público exclusivamente con el interés del Estado-Anfitrión, pues concibe que –sujeto a los límites operativos del sistema– los intereses globales públicos hacen parte del sistema, independientemente de si están alineados con los intereses del inversionista o con los intereses del Estado-Anfitrión (xxix). Esto permite que un tribunal pueda darle relevancia al hecho de que el interés global del clima coincida con el interés del inversionista (xxx) –como sucede en las disputas de arbitraje de inversión acerca de inversiones en energías renovables.

PROSPECTIVA

No son accidentales los estudios de relaciones internacionales relacionados con la relevancia del cambio climático en el Sistema de Derecho de Inversión, ni tampoco lo son las teorías acerca de la integración de intereses de tipo no-económico –como el interés global del clima– en dicho sistema. Por el contrario, aquellos estudios y teorías obedecen a una preocupación vigente y a una tendencia que va creciendo dentro de la comunidad epistémica del derecho de inversión internacional.

Si bien el *boom* del derecho de inversión internacional y la proliferación de tratados de inversión en la década de los noventa y comienzos del nuevo milenio estaban acompañados por una narrativa económico-política neoliberal-radical que influenciaba académicos, árbitros y practicantes, y que llevó a la operación del arbitraje de inversión casi que a identificarse con una sobreprotección del inversionista extranjero, actualmente el péndulo está girando hacia un derecho de inversión internacional más balanceado en lo que se refiere a la protección de intereses no-económicos.

En efecto, una nueva generación de académicos, árbitros y practicantes, que inciden en las decisiones de derecho de inversión, ha sido educada bajo una narrativa más mesurada del neoliberalismo y viene forjando un derecho de inversión internacional cuyo desarrollo tiende a la promoción de aquellos bienes comunes que son compartidos por toda la humanidad –destacándose dentro de estos el bien común del clima. En este sentido, se avizora en el futuro cercano un giro hacia un derecho internacional de inversión más verde y preocupado por la emergencia climática.

La emergencia climática reclama respuestas globales e inmediatas. Si bien el derecho de inversión internacional no es la clave de la respuesta a este problema de administración y gobernanza internacional, sí es un mecanismo cuyo alcance puede incidir significativamente en la toma de decisiones domésticas y globales relacionadas con el calentamiento global y la transición energética. Ante este *contexto*, los tribunales de arbitraje de inversión *no tienen otra opción* sino incluir estas preocupaciones en el razonamiento de sus decisiones. Se insiste en este punto *de no tener otra opción* sino darle relevancia al cambio climático y a la transición energética porque, más allá de la urgencia global del tema en términos de supervivencia, ignorar estas problemáticas es un imposible jurídico, pues la única forma de interpretar el derecho es dentro del *contexto* del que hace parte.

REFERENCIAS

- ALSCHNER, W. y TUERK, E. “The Role of International Investment Agreements in Fostering Sustainable Development”, en BAETENS, F. (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, CUP, 2013.
- BAETENS, F. *Foreign Investment Law and Climate Change: Legal Conflicts Arising from Implementing the Kyoto Protocol Through Private Investment*, 1.º de noviembre de 2010, The Center for International Sustainable Development Law & The International Development Law Organization, Working Paper Series [consultado el 30 de abril de 2020] disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117950
- BANKES, N. “Decarbonising the Economy and International Investment Law”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2012, vol. 30, n.º 4, 498 [consultado el 30 de abril de 2020], DOI: 10.1080/02646811.2012.11435309.
- BEHN, D. y FAUCHALD, O. K. “Governments under cross-fire? renewable energy and international Economic tribunals”, *Manchester Journal of International Economic Law*. 2015, vol. 12, n.º 2.
- BELLANTUONO, G. *Regulatory stability in the energy sector: the Italian experience*, 2016, working paper, University of Trento [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2790980>.
- BJORKLUND, A. K. “Applicable Law in International Investment Disputes”, en GIORGETTI, CH. (ed.), *Litigating in International Investment Disputes*, Brill Nijhoff, 2014.
- CAMERON, P. D. *International energy investment law: the pursuit of stability*, OUP, 2010.
- DE BRABANDERE, E. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, CUP, 2014.
- DI BENEDETTO, S. *International investment law and the environment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013.
- DOLZER, R. y SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*, 2.ª ed., OUP, 2012.
- ERKAN, M. *International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clause*, Wolters Kluwer, 2011.
- FRANCK, S. D. *Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide*, 2014, Washington & Lee Legal Studies Paper n.º 2014-13

- [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2389763> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2389763>
- GEHRING, M. W. y KENT, A. “International Investment Agreements and the Emerging Green Economy: Rising to the Challenge”, en BAETENS, F. (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, CUP, 2013.
- HORST, J. y FRANZKI, H. “On the critical potential of law – and its limits: Double fragmentation of law in *Chevron v. Ecuador*”, en MARKARD, N. et al. (eds.), *Contested Regime Collisions*, CUP, 2016.
- ISDS Platform. *Case study: Vattenfall v. Germany I* [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://isds.bilaterals.org/?case-study-vattenfall-v-germany-i&lang=en>
- JOHNSON, L. et al. *Costs and Benefits of Investment Treaties*. 2018, Policy Paper Columbia Center on Sustainable Investment [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/07-Columbia-IIA-investor-policy-briefing-ENG-mr.pdf>
- JOHNSON, L. “International Investment Agreements and Climate Change: The Potential for Investor–State Conflicts and Possible Strategies for Minimizing It”, *ELR*. 2009, vol. 39, n.º 12.
- KINGSBURY, B. y SCHILL S. “Investor–State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law”, 2 de septiembre de 2009, NYU School of Law, Public Law Research Paper n.º 09–46 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1466980>
- KULICK, A. *Global Public Interest in International Investment Law*, CUP, 2012.
- LAX, B. L. *Political risk in the international oil and gas industry*, Boston, IHRDC, 1983.
- LUHMANN, N. “Law as a Social System”, en *Revista -Journal- Derecho & Poder, Diritto & Potere, Right & Power, Recht und Macht, Direito & Poder, Droit & Pouvoir*, 2009 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: https://www.researchgate.net/publication/200026833_Law_as_a_Social_System
- MANGER, M. “Common Standards in a Bilateral Economy: a Political–Economy Perspective on International Investment Law”, *Japanese Yearbook of International Law*, 2010, n.º 53, pp. 41–42.

MANN, H. “Reconceptualizing international investment law: Its role in sustainable development”, en *Lewis & Clark Law Review*, 2013, n.º 17.

MILES, K. *Origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*, CUP, 2015.

PETERSON, L. “German media reveal details of Vattenfall claim v. Germany; NGOs raise enviro fears as two arbitrators named”, en *IA Reporter*, 17 de julio de 2009 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.iareporter.com/articles/german-media-reveal-details-of-vattenfall-claim-v-germany-ngos-raise-enviro-fears-as-two-arbitrators-named/>

PETERSON, L. “TransCanada’s threatened \$15 billion claim against the United States could stoke debate over scope to take ‘politically-motivated’”, en *IA Reporter*, 1.º de agosto de 2016 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.iareporter.com/articles/transcanadas-threatened-15-billion-claim-against-the-united-states-could-stoke-debate-over-scope-to-take-politically-motivated-measures/>

PRICE, D. “Indonesia’s Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment?”, *Asian Journal of International Law*, 2017, vol 7, n.º 1.

RESTREPO RODRÍGUEZ, T. “(I)razonabilidad y (des)proporcionalidad en disputas de arbitraje de inversión internacional relacionadas con esquemas de soporte de energía renovable (ESER)”, en MORENO CASTILLO, L. F. (dir.) y ZAMORA ORTIZ, L. O. (coord.), *Anuario Iberoamericano de Regulación*, ASIER-Universidad Externado de Colombia, 2019.

RESTREPO RODRÍGUEZ, T. “Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty: Eiser and Charanne in the Context of Climate Change”, *Goettingen Journal of International Law*, 2017, n.º 8 [consultado el 30 de abril de 2020] disponible en: http://www.gojil.eu/issues/81/81_article_restrepo.pdf

SCHILL, S. W. “Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change”, *Journal of International Arbitration*, 2007, vol. 24, n.º 5.

SCHILL, S. W. “Multilateralization: an Ordering Paradigm for International Investment Law”, en BUNGENBERG, M. et al. (eds.), *International Investment Law: A Handbook*, Nomos, Ch. Beck y Hart, Baden-Baden, München y Oxford, 2015.

SCHILL, S. W. *The Multilateralization of International Investment Law*, CUP, 2009.

SCHILL, W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, OUP, 2010.

SCHILL, W. “International Investment Law and Comparative Public Law. An Introduction”, en SCHILL, W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, OUP, 2010.

THURNELL, L. H. *Political risk in international business, investment behaviour of Multinational corporations*, Nueva York, Praeger Publisher, 1977.

TIENHAARA, K. “Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement”, *Transnational Environmental Law*, 2018, vol. 7, n.º 2.

TIMMONS, D. *et al. The Economics of Renewable Energy*, Medford, Global Development and Environment Institute, Tufts University, 2014.

TIRADO, J. “Renewable Energy Claims under the Energy Charter Treaty: An Overview”, *OGEL*, 2015, vol. 13, n.º 3.

VADI, V. “Beyond known worlds: climate change governance by arbitral tribunals?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2015, vol. 48, n.º 5.

VAN HARTEN, G. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, OUP, 2007.

VASANI, B. *et al. Bulgaria: International Remedies for Foreign Investors in Bulgaria’s Renewable Energy sector*, 2015, LEXOLOGY [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b755a41f-d1b0-41a3-a485-6b4108a93505>

VIÑUALES, J. E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*, CUP, 2015.

LAUDOS

Bogadov v. Moldova, Stockholm Chamber of Commerce, 22.09.2005 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/documents/171>

Charanne (The Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain, Stockholm Chamber of Commerce, 21.01.2016, [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2082>

Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA n.º 2012-2, 15.03.2016, sección 11.5 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>

Daimler Financial Services AG v. Republic of Argentina, ICSID Case n.º ARB/05/1, 07.01.2015, Decision on Annulment [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1520>

Jan Oostergetel v. The Slovak Republic, UNCITRAL *Ad Hoc*, 23.04. 2013 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1222>

Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case n.º ARB/07/14, 22.06.10 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1977>

Metha-Tec v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case n.º ARB/10/3, 4.10.12, par. 287 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/2272>

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case n.º ARB/06/2, 16.09.2015 [consultado el 30 de abril de 2020] disponible en: <https://www.italaw.com/cases/885>

Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case n.º AA280, 26.11.2009 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/documents/919>.

RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, Stockholm Chamber of Commerce, Case n.º Vo79/2005, 05.09.2013 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/923>

TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America, ICSID Case n.º ARB/16/21, 01.01.2019 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3823>

Vattenfall AB et al. v. Federal Republic of Germany, ICSID Case n.º ARB/09/6, 11.03.2011 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1654>

Venezuela Holdings, B.V., et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case n.º ARB/07/27, 09.10.2014 [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/713>

Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case n.º ARB/06/4, 15.04.2016, [consultado el 30 de abril de 2020], disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3616>

JULIANA ZAPATA GALVIS*

MARTA ANDRICH**

CAPÍTULO 4

Agroecología, cambio climático y derecho a la alimentación

Agroecology, Climate Change and the Right to Food

RESUMEN

La evidencia empírica recaudada por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (ORCID, por su sigla en inglés) prueba la existencia de un cambio climático que ya está afectando el sistema agroalimentario mundial. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y las sucesivas conferencias de las partes (COP), especialmente el Acuerdo de París, proponen políticas de adaptación y mitigación integradas a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

En estos parámetros tienen que ubicarse las políticas agroalimentarias, y es con esta base que se cuestiona la falta de legitimidad y de eficiencia de políticas que se basan en el fomento de insumos químicos, semillas patentadas, monocultivos, acaparamiento de la tierra, concentración de los procesos de transformación industrial y distribución de los alimentos.

Y se presenta el modelo agroecológico, como una alternativa para garantizar el derecho a la alimentación, que, siendo más coherente con el objetivo mundial de proteger los recursos naturales y reducir el calentamiento global, propone un sistema de producción que disminuye la dependencia a la industria química, promueve la diversidad biológica y fortalece la organización social y económica.

Palabras clave: cambio climático, agroecología, derecho a la alimentación.

ABSTRACT

The empirical evidence gathered by the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) proves the existence of a climate change that is already affecting the global agro-food system. The United Nations Framework Convention on Climate Change and successive Conferences of the Parties (COP), especially

* Profesora de planta de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Candidata a doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, magíster en Derecho Ambiental de las universidades de Huelva e Internacional de Andalucía, y abogada de la Universidad Santiago de Cali. Contacto: juliana.zapata@javerianacali.edu.co ORCID: 0000-0003-3952-8251.

** Investigadora permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctora en Derecho y abogada de la misma universidad. Contacto: martaada@yahoo.com.ar ORCID: 0000-0002-0190-2490.

the Paris Agreement, propose adaptation and mitigation policies integrated into the Agenda 2030 for Sustainable Development.

It is within these parameters that agrifood policies must be placed, and it is on this basis that the lack of legitimacy and efficiency of policies based on the promotion of chemical inputs, patented seeds, monocultures, land grabbing, concentration of industrial transformation processes and food distribution is questioned.

And the agro-ecological model is presented as an alternative to guarantee the right to food, which, being more coherent with the global objective of protecting natural resources and reducing global warming, proposes a production system that reduces dependence on the chemical industry, promotes biological diversity, and strengthens social and economic organization.

Keywords: climate change, agroecology, right to food.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo reflexiona sobre el cambio climático y sus impactos en la agricultura y en la alimentación. Esta investigación se desarrolló a partir del método hermenéutico orientado por la teoría garantista del derecho de Luigi Ferrajoli, que concibe a los derechos fundamentales como límites y vínculos de los poderes político y económico, y se estructuró en cuatro secciones.

En la primera de ellas, titulada “El agronegocio: un modelo insostenible”, se afirma la necesidad de cambiar el curso de las políticas agrarias que vienen impulsando este modelo como el único modelo de desarrollo posible, argumentando que su dependencia del mercado y sus efectos adversos en el ambiente y en los derechos fundamentales a la alimentación y a la salud lo hacen inviable.

En la segunda sección, titulada “Política internacional frente al cambio climático y sus efectos en la alimentación”, se identifican y describen las respuestas políticas internacionales a través de las cuales se pretende llegar a una solución a la crisis climática, entendida esta como consecuencia del actual modelo de desarrollo. Esta revisión del marco jurídico internacional se focaliza en lo relativo a la garantía del derecho a la alimentación, que en el lenguaje del derecho internacional ha sido desarrollado a partir del concepto de seguridad alimentaria.

En la tercera sección, titulada “La agroecología: una alternativa ambiental y socialmente sostenible”, se reflexiona sobre los fundamentos epistemológicos,

políticos y técnicos de esta ciencia que ha sido construida a partir del diálogo de saberes y que se presenta como una alternativa para la construcción de políticas agroalimentarias más democráticas, que respondan a las verdaderas necesidades de la población en armonía con la necesidad de protección ambiental.

Para finalizar, en la cuarta sección, titulada “Garantía del derecho a la alimentación y del ambiente”, se plantea, siguiendo a Ferrajoli, la necesidad de un constitucionalismo global, que implica democratizar la política internacional y construir mecanismos de garantía de los derechos fundamentales acordes con la realidad de un mundo globalizado. Se presentan, como un paso en ese camino, las acciones lideradas por Vía Campesina, movimiento social y global contrahegemónico.

I. EL AGRONEGOCIO: UN MODELO INSOSTENIBLE

Cuando se reflexiona sobre la realidad agraria en América Latina se identifica la imposición de un modelo basado en desarrollos tecnológicos que subordina las tradiciones de los pueblos que han conservado y enriquecido el agro en los países americanos, desconociendo su potencial para construir un modelo de desarrollo agrario adecuado a sus realidades, territorios y necesidades. La participación en el mercado global de alimentos está condicionada a la especialización productiva que reduce la agricultura a unas cuantas variedades, contexto en el cual los países de la periferia mundial se han tenido que especializar en la producción de cacao, café, algodón, tabaco, frutas tropicales, maíz, soja, palma africana y caña de azúcar, algunos destinados a la producción de alimentos industriales, otros al engorde de animales y a la producción de agrocombustibles, porque la lógica que se impone es la de producir para exportar descuidando la demanda del mercado interno¹.

Esta lógica de desarrollo agrario se enmarca en un modelo neoextractivista a partir del cual el neoliberalismo ha establecido su relación con la naturaleza, donde esta solo es valorada como un bien transable que se explota de manera desmedida para favorecer la acumulación económica de los grandes capitales, que, además, externalizan los costos ambientales². El escenario internacional

1 TAPIA PONCE, NELSON. *Agroecología y agricultura campesina sostenible en los Andes bolivianos: el caso del ayllu Majasya Mujilli, departamento de Cochabamba, Bolivia*, Bolivia, AGRUCO, Plural Editores, 2006.

2 SVAMPA, MARISTELLA. *Del cambio de época al fin del ciclo: gobiernos progresistas, extractivismo y movimientos sociales en América Latina*, Buenos Aires, Edhasa, 2017.

se configura en función del mercado y los Estados quedan subordinados a los intereses de las empresas transnacionales que, a través de organismos multilaterales, tales como, la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), prescriben las normas del comercio global³.

La vieja estructura colonial se mantiene, los países del Sur Global, antiguas colonias, participan con materias primas y los países del Norte Global, antiguas metrópolis, con los productos transformados y con la tecnología⁴. Al interior de los países de América Latina y el Caribe (ALC) también se puede identificar una estratificación productiva de al menos tres niveles; en el nivel superior se encuentra “un sector corporativo con uso intensivo de capital y de tecnología que ha logrado integrarse con éxito a los mercados agroalimentarios globales”; en el nivel inferior se encuentra la economía de subsistencia, de campesinos sin tierra y excluidos de los circuitos económicos, y en el nivel intermedio se encuentra un sector económico que logra integrarse al mercado, pero cuya posición es muy frágil frente a cambios económicos, políticos y climáticos⁵.

Esta desigualdad, presente tanto en el plano internacional como en el nacional, es el resultado del consenso de los *commodities*, acuerdo tácito que involucra a todos los países de la región, quienes aceptaron este modelo agroexportador sin distinguir de color político, consolidando la creencia de que no existe un modelo alternativo. Gobiernos conservadores fieles a la ideología neoliberal, al igual que gobiernos progresistas críticos de esta ideología, han puesto en el centro de su política económica la implementación de proyectos extractivos. Sin embargo, el rol del Estado varía de un gobierno a otro: los gobiernos progresistas han destinado la renta derivada de la actividad extractiva-exportadora al fortalecimiento de la política social, favoreciendo a los sectores más vulnerables de la población e incrementando la presencia del Estado en la economía; en cambio, los gobiernos conservadores mantienen

3 ZAPATA GALVIS, JULIANA y LLANO FRANCO, VLADIMIR. “El poder transnacional del neoliberalismo”, en LLANO FRANCO, JOSÉ y VELASCO CANO, NICOLE. *Globalización hegemónica y alternativas locales de justicia por las comunidades étnicas*, Cali, Ibañez, 2018.

4 MONTAGUT, XAVIER y DOGLIOTTI, FABRICIO. *Alimentos globalizados: soberanía alimentaria y comercio justo*, Barcelona, Icaria, 2006.

5 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). *Enfoque especial: América Latina, en Perspectivas Agrícolas 2019-2028*, OECD, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Roma, 2019, p. 79.

una mayor sincronía entre la política extractiva y la ideología neoliberal que se inclina por Estados mínimos en materia de inversión social⁶.

Las políticas nacionales se enfocan en la promoción de proyectos que se vinculen a la cadena de mercado impuesta por el comercio internacional, que implica la especialización y una producción destinada a la exportación, la cual a su vez desarrolla una mayor dependencia nacional a la importación de comida, perdiendo cada vez más las cadenas de producción internas y de autoabastecimiento, es decir, perdiendo la soberanía alimentaria⁷. Por otro lado, el precio de los alimentos ha quedado sujeto a los movimientos bursátiles, particularmente a la especulación financiera de la industria alimentaria en el mercado de los *commodities*, que, ante la volatilidad de los precios y la dependencia de los países del Norte Global de alimentos importados, ha agravado el fenómeno del acaparamiento de tierras en los países del Sur Global⁸.

El control sobre la tierra sigue estando en el centro de la cuestión agraria, y en el mercado global de alimentos la carrera hacia la acumulación de capital trae aparejada la acumulación de la tierra, cuyo efecto directo siempre es la profundización de la desigualdad rural, que se materializa en el despojo de comunidades locales, la pérdida de conocimientos ancestrales, la afectación a la diversidad biológica y cultural, la concentración de la riqueza y una mayor pobreza. Este fenómeno ha recibido “diversas conceptualizaciones asociadas a comprensiones políticas y económicas, y a visiones disímiles del desarrollo y de las relaciones ambientales”⁹, entre las cuales se destacan las transacciones masivas de tierras, expresión utilizada por organismos como el FMI y que pretende darle un tono de neutralidad para favorecer su aceptación; la concentración de tierras, propia del lenguaje institucional y académico; el acaparamiento de tierras y control territorial, concepto que desarrolla una postura esencialmente crítica y asociada a la especulación; la acumulación de tierras, que parte de los límites impuestos legalmente a la adjudicación de

6 SVAMPA. *Del cambio de época al fin del ciclo*, cit.

7 DELGADO CASTAÑO, PAULA SIGRID. *Estado crítico de la propiedad rural colectiva en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2018.

8 ÁLVAREZ ROA, PAULA. *Mercado de tierras en Colombia: ¿acaparamiento o soberanía alimentaria?*, Bogotá, Arfo, 2012.

9 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). *Marco conceptual, legal e institucional, contribución a la aplicación de las directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, en acaparamiento y extranjerización*, 2017, p. 81, disponible en: <http://www.fao.org/3/a-i7843s.pdf>

tierras baldías; o la extranjerización de la tierra, concepto relacionado con la pérdida de soberanía de los Estados al quedar su tierra bajo el dominio de capitales extranjeros¹⁰.

Se puede afirmar que el sistema agroalimentario está siendo controlado por un poder corporativo que ha estructurado un sistema dependiente del petróleo, el cual concibe el alimento, las semillas, la tierra, el agua y la naturaleza en su conjunto, como mercancías cuyo propósito exclusivo es la rentabilidad. Y cabe decir que la contracara de un sistema que se concibe de esta manera es la falta de garantía del derecho a la alimentación¹¹. A pesar del crecimiento de la producción de alimentos, es decir, de la disponibilidad de estos, las personas en condición de pobreza no pueden acceder a ellos: “el número de personas subalimentadas aumentó por tercer año consecutivo en 2017 y alcanzó la cifra de 39.3 millones”¹².

Cuando se reflexiona sobre la relación entre alimentos y poder, se identifica en primer lugar el predominio de la tecnología patentada, principalmente de semillas transgénicas e insumos químicos, evidenciando incluso una contradicción con la lógica del libre mercado, pues estos derechos de propiedad han permitido la consolidación de grandes monopolios transnacionales. En segundo lugar, se identifica el predominio de la ideología neoliberal presente en las normas internacionales que regulan las relaciones comerciales y también en convenios que regulan la protección medioambiental, tales como el Convenio de Diversidad Biológica (CDB), porque priorizan los intereses del mercado frente a todo lo demás. Aunque se puede recurrir al concepto de sistema para referirse a las conductas en torno a los alimentos, como sistema económico global, porque “tiene su propia lógica y motivaciones”, “se retroalimenta y se reproduce”. Este no es un sistema político, porque no asegura el “flujo de bienes y servicios para todos los integrantes del sistema”, por el contrario, aumenta la brecha entre ricos y pobres¹³.

10 *Ibid.*, p. 207.

11 ZAPATA GALVIS, JULIANA. “El derecho fundamental a la alimentación: entre la soberanía alimentaria y la mercantilización global”, en VELASCO CANO, N. y LLANO FRANCO, J. (eds.), *Neoconstitucionalismo: derechos fundamentales y derecho internacional de los derechos humanos*, Cali, Ibáñez, 2018, pp. 109-119.

12 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). *Enfoque especial*, cit., p. 79.

13 ANDRICH, MARTA. *Alimentos, palabras y poder*, Argentina, IDES, 2004, p. 208.

A pesar de todos los embates sufridos por parte del capitalismo, la agricultura campesina sobrevive y continúa siendo la fuente principal de producción de alimentos¹⁴, mostrando todo su potencial para hacer frente a la actual crisis ambiental, desde un enfoque garantista de los derechos fundamentales y de defensa de la diversidad biológica y cultural. Por el contrario, la visión del desarrollo rural que se impone a nivel global, conocida como *agrobusiness* y que tiene a la cabeza a las más poderosas empresas transnacionales del sector –basada en fertilizantes e insecticidas derivados del petróleo, grandes niveles de tecnificación y semillas patentadas que requieren del uso extensivo de la tierra–, es una de las principales causas de la crisis medioambiental:

El aumento del uso de fertilizantes sintéticos para suplir la degradación del suelo –el cual ha aumentado en 500% en los últimos cincuenta años (Running, 2012)–, no solo ha degradado la fertilidad de la tierra, sino que contamina el agua, provocando proliferación de algas y muerte de peces. El fósforo por ejemplo se está acumulando en los suelos agrícolas, causando eutroficación en ríos, lagos y costas oceánicas (MEA, 2015). Sin embargo, el peor efecto de los fertilizantes sobre el ambiente es la emisión de óxido nitroso: un gas implicado en la destrucción del ozono estratosférico y el calentamiento global. Este gas tiene un efecto invernadero 300 veces más potente que el dióxido de carbono. De hecho, por cada 100 kilos de fertilizante nitrogenado utilizados para abonar el suelo, un kilo acaba en la atmósfera como óxido nitroso (Lin *et al.*, 2011) [...] [E]stimaciones realizadas por Grain (2013) indican que si se incluye el total del sistema agroalimentario industrializado la cifra podría representar la mitad de todas las emisiones a escala planetaria¹⁵.

Los daños causados al ambiente terminan siendo asumidos por la población rural que sufre los efectos sociales, económicos y culturales, y por el Estado que debe compensar los efectos adversos a través de políticas públicas, mientras las empresas y los grandes capitales que se quedan con la mayor parte de las ganancias no asumen ningún costo por este deterioro ambiental: “El mercado no garantiza que la economía encaje en la ecología, ya que el mercado

14 ZAPATA GALVIS, JULIANA y LLANO FRANCO, VLADIMIR. “Acuerdo de paz territorio y diversidad en el norte del Cauca”, en LLANO FRANCO, JOSÉ *et al.* (ed.), *Pos acuerdo y territorio en las comunidades indígenas afro y campesinas en el norte de Cauca*, Cali, Ibáñez, 2019.

15 GIRALDO, OMAR FELIPE. *Ecología política de la agricultura: agroecología y posdesarrollo* [en línea], México, El Colegio de la Frontera Sur, 2018, disponible en: <https://www.semillas.org.co/apc-aa-files/5d99b14191c59782eab3da99d8f95126/ecologia-politica-de-la-agricultura.pdf>

infravalora las necesidades futuras y no cuenta los perjuicios externos a las transacciones mercantiles”¹⁶.

Ahora bien, se debe destacar que los daños no solo los sufre el ambiente, pues el conjunto de la sociedad también se ve impactada por la vulneración del derecho a la alimentación y de otros derechos conexos. Esta afectación se da en tres vías: por la falta de acceso a los alimentos, por la falta de inocuidad de los alimentos que se ofertan en el mercado y por la pérdida de autonomía con relación a qué se produce y cómo se produce¹⁷. La desprotección del derecho a la alimentación, en su componente de inocuidad, tal como se deriva del derecho a la seguridad alimentaria, afecta directamente el derecho a la salud y los daños se ven reflejados en el aumento del cáncer, enfermedades huérfanas, problemas respiratorios, malformaciones, entre muchas otras enfermedades, que hoy padecen millones de personas en el mundo y que, a su vez, impactan el gasto público en salud. Los Estados, particularmente en la región de ALC, no asumen su responsabilidad de regulación frente al uso de semillas transgénicas y sustancias químicas, aun existiendo evidencia científica suficiente para la aplicación del principio de precaución, porque priorizan los intereses del mercado¹⁸.

El mundo rural se debate entre lo moderno y lo tradicional, donde el agrobusiness se presenta como lo moderno, lo innovador, la encarnación del desarrollo, y lo tradicional es representado por las prácticas milenarias de campesinos

16 MARTÍNEZ ALIER, JOAN. “Conflictos ecológicos y justicia ambiental” [en línea], *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, 13, 2008, n.º 103, p. 3 [consultado el 16 de febrero de 2020], disponible en: https://www.fuhem.es/papeles_articulo/conflictos-ecologicos-y-justicia-ambiental/

17 “Manifiesto de las Organizaciones Campesinas Sociales”, en Foro Declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Campesinado: propuestas y desafíos en Colombia [video], YouTube, Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), 4 de abril de 2019, 11:08 minutos [consultado el 12 marzo de 2020], disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lcxCjuPfVxQ&t=6s>

18 Véase, sobre los efectos adversos de las sustancias químicas en la salud y la responsabilidad del Estado de regularlos como garantía primaria del derecho a la seguridad alimentaria, ECHEVERRY GALLEGO, NOHORA. “La responsabilidad del Estado en la regulación de los disruptores endocrinos como garantía del derecho a la seguridad alimentaria”, trabajo de grado, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2020, p. 22. Y sobre los riesgos derivados de las semillas transgénicas y los derechos fundamentales afectados, ZAPATA GALVIS, JULIANA y DOMÍNGUEZ ZAPATA, ALEJANDRA MARÍA. “Relaciones entre la diversidad biológica y cultural: efectos jurídicos por liberación de semillas transgénicas en Colombia”, en *Estado constitucional y diversidad cultural*, Cali, Universidad Santiago de Cali, 2009.

y comunidades que habitan el campo. Lo tradicional queda relegado ante la pretensión de lo moderno y se termina legitimando la violenta ruptura de las estructuras sociales y el despojo de las comunidades locales¹⁹. El agronegocio configura lo que desde los años setenta se ha venido conceptualizando como maldesarrollo, es decir, un desarrollo insostenible, que degrada la naturaleza, vulnera derechos fundamentales y restringe la participación política²⁰. Sin embargo, las voces críticas resisten, y desde distintos sectores de la sociedad dialogan y construyen alternativas para la configuración de otro modelo de desarrollo rural; en el apartado tercero se presenta a la agroecología como una de estas alternativas.

La identificación de los impactos del modelo de desarrollo predominante en el ambiente y las recíprocas consecuencias que esto trae para la vida humana y sus formas de organización social ha estado liderada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que, partiendo del reconocimiento de los efectos globales de los daños ambientales y de sus consecuencias, viene liderando los estudios científicos de diagnóstico y los espacios internacionales para la construcción de políticas a partir de acuerdos interestatales que permitan abordar las respuestas a la problemática desde una escala igualmente global. La discusión sobre el modelo agrícola estructurado en un mercado internacional vertical, sus consecuencias en el deterioro ambiental y las medidas para garantizar la protección de los elementos que componen la naturaleza como bienes fundamentales, también son objeto de discusión en el plano internacional.

2. POLÍTICA INTERNACIONAL FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO Y SUS EFECTOS EN LA ALIMENTACIÓN

En el año 2018, el Panel Intergubernamental para el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) publicó tres informes. El primero se dio a conocer en octubre, y se esperaba con una gran expectativa. Se trata de un informe especial que se ocupa de lo que le ocurre al planeta con un calentamiento de 1,5 °C. En él se analiza el calentamiento global, se lo compara con los períodos preindustriales y se manifiesta la urgencia de poner límites a las emisiones

19 TAPIA PONCE. *Agroecología y agricultura campesina sostenible en los Andes bolivianos*, cit.

20 SVAMPA. *Del cambio de época al fin del ciclo*, cit.

de gases de efecto invernadero para frenar el cambio climático porque se está llegando a un punto en el que este será irreversible²¹.

El IPCC, continuando con su labor, publicó un segundo informe, en esta ocasión dedicado al cambio climático y a la tierra; la desertificación y la degradación de la tierra como consecuencia del cambio climático; la importancia de una gestión sostenible del suelo para conseguir la seguridad alimentaria; y también los flujos de los gases de efecto invernadero y su impacto sobre los ecosistemas terrestres. Colaboraron en este informe los tres grupos de trabajo del IPCC en cooperación con el Grupo Especial para los Inventarios Nacionales de Gases de Efecto Invernadero con apoyo técnico del Grupo Tres.

También interesa al IPCC conocer qué ocurre con el océano y la criósfera²² (grandes masas de hielo o nieve) en esta situación de clima cambiante. Todavía elaborará otro informe más sobre el cambio climático y las ciudades. Todos estos documentos sirven a la comunidad científica para crear consenso y así guiar las políticas públicas; formarán el contenido de las futuras grandes convenciones sobre el porvenir del planeta que serán cumplimentadas por los países que ahora las suscriben. De este modo también se difunde la preocupación por el clima, tema crítico y global que desde su reconocimiento oficial en la conferencia de Estocolmo en junio de 1972^[23] no ha dejado de crecer.

El IPCC publicó, además, un informe de síntesis²⁴ que resume varios temas: cambios observados y sus causas; futuros cambios climáticos, riesgos; futuras trayectorias de adaptación, impactos, mitigación y desarrollo sostenible.

Los organismos internacionales prefieren referirse al cambio climático y no al calentamiento global porque el calentamiento no es uniforme e incluso

21 Scoping Meeting Background Document [en línea], 15 a 18 de agosto de 2016, Ginebra, Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) [consultado el 22 de enero de 2020], disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/03/sr15_scoping_background_doc.pdf

22 Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). *The Ocean and Cryosphere in a changing climate*, IPCC, Special report on the Ocean and cryosphere in changing climate (SROCC) 43rd Session, Nairobi, Kenia, 11-13 April 2016 [consultado el 27 de febrero de 2020], disponible en: <https://www.ipcc.ch/srocc/>

23 Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Humano, 16 de junio de 1972, Declaración de Estocolmo [en línea], Estocolmo, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>

24 Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). AR5 Synthesis Report: Climate Change [en línea], 2014 [consultado el 26 de febrero de 2020], disponible en: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>

puede haber excepciones temporarias. Parece más apropiado hablar de la frecuencia de eventos extremos como olas de calor, sequías, inundaciones o incendios. No obstante, los registros de la temperatura muestran que esta se ha incrementado desde el inicio de la era industrial.

A esto hay que sumar un aumento de la población mundial. La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)²⁵ advierte que habrá que aumentar en un 60% la producción de alimentos para abastecer la mayor demanda, y ambos fenómenos inciden sobre la seguridad alimentaria. Hay un cambio climático y este afecta la seguridad alimentaria; es posible proyectar los efectos del calentamiento sobre la seguridad alimentaria; a mayor nivel de calentamiento, mayor será el porcentaje de la población mundial que experimentará tanto la escasez de agua como las inundaciones o la ocurrencia de eventos extremos. Tal como lo anunciara el quinto informe del IPCC, especialmente en su capítulo 7^[26].

Se espera una reducción de los recursos hídricos renovables tanto en aguas superficiales como en las subterráneas en la mayoría de las regiones subtropicales. Habrá mayor competencia por el agua. Por el contrario, en las latitudes altas aumentarán los recursos. Habrá derretimiento de glaciares, aumento de las precipitaciones, crecidas, aumento del nivel del mar y, por lo tanto, de la cuña salina que pone en riesgo la calidad del agua potable. La mayor afluencia de líquido desbordará la capacidad de salubricación.

Se proyecta que habrá variaciones en la atmósfera, en los ciclos del agua y, especialmente, en los ciclos del carbono y del nitrógeno. Estos cambios influyen en la respiración de las plantas, en la fotosíntesis, sin la cual no hay vida vegetal.

El cambio climático afecta la seguridad alimentaria en la forma de producción de los alimentos, en la selección de semillas, las cepas, los rindes, la frontera agrícola, cultivos de riego o de secano, las cosechas, el acopio, el silage, la calidad, la conservación, la distribución, el monocultivo, el riesgo de una mayor contaminación, el uso de agroquímicos, de fertilizantes, la estabilidad de los precios, el uso mismo de los alimentos, e impacta en el acceso al alimento en general y aun en su disposición final.

25 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). *El estado de la seguridad alimentaria y nutrición en el mundo 2019* [en línea], Roma, 2019, disponible en: <http://www.fao.org/3/ca5162es/ca5162es.pdf>

26 Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). AR5 Synthesis Report: Climate Change, cit.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC, por sus siglas en inglés, o CMNUCC, por sus siglas en español)²⁷ de 1992 convoca a los países a controlar la emisión de gases de efecto invernadero. La Convención entró en vigor en 1994. El objeto de la UNFCCC está expresado en su artículo 2, y es el de lograr la estabilización de la concentración de gases de efecto invernadero como causantes del cambio climático, con el propósito de dar tiempo a los ecosistemas para que se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de un modo sustentable.

Desde 1987 el Informe Brundtland “Nuestro futuro común” definió así el concepto de desarrollo sostenible ante la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo: “Desarrollo sostenible es la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”²⁸.

Las conferencias de las partes (COP) son el órgano supremo de la Convención, se reúnen todos los años y tienen capacidad de decisión. En 1995 se reunió la primera COP en Berlín, y en ella se concretó el procedimiento para llegar a la adopción del Protocolo de Kioto (Japón), que se firmó en diciembre de 1997, constituyendo un hito fundamental. El Protocolo propone la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero en un 5% respecto de los niveles de 1990. Divide a los países según sus responsabilidades y entró en vigor en 2005.

El Protocolo²⁹, en su artículo 2 apartado 3, dice que las partes incluidas en su Anexo A, al conseguir la limitación de sus emisiones, en orden a promover un desarrollo sustentable implementarán políticas y medidas que “promuevan formas de agricultura sostenibles a la luz de las consideraciones climáticas”; y en el apartado 6 se refiere a “estimular las reformas apropiadas en sectores relevantes que promuevan políticas y medidas que reduzcan o limiten los gases de efecto invernadero”.

27 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 9 de mayo de 1992 [en línea], New York, Organización de las Naciones Unidas, 1992, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>

28 Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD). Informe Brundtland [en línea], 4 de agosto de 1987, disponible en: http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE _ LECTURE _ 1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

29 Organización de las Naciones Unidas (ONU). Protocolo de Kioto, cit.

En la COP 21 se suscribió el Acuerdo de París³⁰, el 12 de diciembre de 2015, que en sus considerandos dice: “Teniendo presente la prioridad fundamental de salvaguardar la seguridad alimentaria y acabar con el hambre, y la particular vulnerabilidad de los sistemas de producción de alimentos a los efectos adversos del cambio climático”.

Tomando en cuenta así mismo que la adopción de estilos de vida y pautas de consumo y producción sostenibles es un proceso encabezado por las partes que son países desarrollados, es claro que se trata de una contribución importante a los esfuerzos para hacer frente al cambio climático; y más adelante observando la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad, reconocida por algunas culturas como la Madre Tierra, señalando también la relevancia que tiene para algunos el concepto de “justicia climática”.

En el artículo 2, la misma COP 21 define su objeto y dice en el inciso b): “aumentar la capacidad de adaptación de modo que no comprometa [...] la producción de alimentos”³¹. Y allí expresa que la finalidad del Acuerdo es mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, e incluso limitar el aumento a 1.5 °C. Se establece igualmente la necesidad de hacer sustentable la agricultura³², para que sea respetuosa de los ecosistemas. Lo anterior concuerda también con los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, del año 2000^[33].

Para que la agricultura sea sustentable se requiere: cuidar el *suelo*, limpiar la tierra, hacer rotación de cultivos, planificar los cultivos rotativos, procurar

30 Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP 21), 30 de noviembre a 11 diciembre de 1995, Vigésimo primer periodo de sesiones, Acuerdo de París [en línea], París, Organización de las Naciones Unidas, 2015, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/logs.pdf>

31 Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP 21), cit.

32 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). Post 2015 y ODS: alimentar a las personas, nutrir al planeta [en línea], FAO y Agenda de Desarrollo post-2015, informe temático, 2015, disponible en: <http://www.fao.org/3/a-az775s.pdf>

33 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, Objetivos del Desarrollo Sostenible, Septuagésimo periodo de sesiones, temas 15 y 116 del programa Naciones Unidas, A/RES/70/1, Nueva York, 21 de octubre de 2015, disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

conservar la cubierta vegetal; manejar el *agua*, recolectar el agua de lluvia, construir reservorios, organizar el riego; conocer los *procesos de la naturaleza*, recuperar las prácticas tradicionales, fortalecer las asociaciones de usuarios, medir el impacto de los cambios, respetar la biodiversidad, hacer un manejo holístico de las pasturas, evitar la dependencia de insumos externos, moderar el uso de fertilizantes y agroquímicos, usar abonos vegetales y orgánicos; manejar las poblaciones de insectos, algas y bacterias y otras plagas; tener en cuenta la huella de carbono; evitar pérdidas y desperdicios; y *plantear nuevas formas de alimentación*, recordando la difusión de los movimientos veganos y vegetarianos.

Para la FAO, un *sistema alimentario* es la suma de los diversos elementos, actividades y actores que mediante sus interrelaciones hacen posible la producción, transformación, distribución y consumo de los alimentos. Esta organización indica que el desafío actual es transformar el modo en el que producimos, comercializamos, consumimos y hasta pensamos en los alimentos³⁴.

Sería necesario no solo encontrar una respuesta, sino cambiar el paradigma que subyace en el pensamiento de la sociedad contemporánea. En vez del actualmente vigente del “desarrollo sustentable”, habrá que buscar e instalar la conveniencia de cierto decrecimiento o desaceleración, y eso es así porque ha aparecido el imperativo de *proteger el ambiente*: los ecosistemas, el hábitat, la biósfera. Habrá que hacer los cambios urgentemente, dado que ya estamos transitando por formas *insostenibles de producción y de consumo*. Y sin duda el cambio climático incide sobre el alimento y este debe adecuarse al cambio climático. La agroecología se plantea como una alternativa superadora de la actual incompatibilidad entre el alimento y el ambiente, porque parte de otra concepción de la relación con la naturaleza, en la cual el ser humano hace parte de la naturaleza, no está por encima³⁵.

También es necesario reflexionar sobre la justicia ambiental. Si abandonáramos una visión antropocéntrica y tomáramos como punto de partida la protección del ambiente, eso conllevaría cambios radicales en toda la cadena alimentaria, de la producción al consumo e incluso hasta el descarte; y también

34 FAO/WHO/AU. *International Food Safety Conference Addis Abeba*, 12-13 de febrero de 2019 [en línea], disponible en: <https://www.who.int/news-room/events/international-food-safety-conference>

35 DE SOUZA CASADINHO, JAVIER. “Sobre la necesidad de articular la economía y la ecología. Un análisis de la producción agroecológica realizada en Argentina”, material de Cátedra de Extensión y Sociología Rurales, Facultad de Agronomía, Universidad de Buenos Aires.

sería así si se apuntara a un enfoque de justicia en las relaciones entre los integrantes del sistema y de ellos con el ambiente.

Tanto la subsistencia de todo ser humano como la permanencia de un grupo dependen del acceso seguro al alimento, en otras palabras, de que pueda lograr la seguridad alimentaria. El acceso debe ser factible, para lo que se requiere tener los medios materiales para conseguirlo; seguro, porque no se puede comer hoy sí y mañana no; y seguro también en el sentido de sano. El alimento debe ser sano, nutritivo, seguro y culturalmente aceptable.

En el informe de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Alimentación, Hilal Elver, de su visita a Argentina, recuerda los compromisos contraídos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), particularmente en el artículo 11, que habla del derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre (entre otros enunciados). El informe menciona la pérdida del poder adquisitivo de los ingresos familiares, el modelo agrícola con tendencia a la concentración de la propiedad de la tierra, el modelo industrial, la promoción de la soja y los cultivos industriales, la deforestación y el uso de agroquímicos. Pero destaca también la importancia de la agricultura familiar para la producción de frutas y hortalizas; elogia la producción agroecológica de apio, acelga, kale, puerro, rúcula, repollo, espinaca, brócoli y azúcar, y apoya así mismo el uso libre de las semillas³⁶.

El PIDESC es el complemento de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y la mayoría de los Estados lo adoptan en sus constituciones. Estos derechos son interpretados a través de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos y Sociales. La observación general número 12 se refiere e interpreta el artículo 11 del Pacto que corresponde al derecho a una alimentación adecuada.

El primer párrafo del artículo 11 establece que todos tienen derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso al alimento, el vestido y la vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de su existencia. En el segundo párrafo dice que “deberán adoptarse medidas inmediatas y urgentes para garantizar el derecho fundamental de toda persona a estar protegido contra el hambre”. El derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos.

36 ELVER, HILAL. *Visita a la Argentina. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación* [en línea], disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5c65e2c84.pdf>

¿Qué significa seguridad alimentaria? Según la definición elaborada en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, realizada en Roma en 1996, “[l]a *seguridad alimentaria* existe cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico, económico y culturalmente aceptable, a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos que satisfacen sus necesidades energéticas diarias y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana”³⁷.

La seguridad alimentaria está influida por este fenómeno también en su aspecto jurídico como derecho fundamental al acceso seguro al alimento porque el cambio climático dificulta la posibilidad de hacer efectivo el goce del derecho.

3. LA AGROECOLOGÍA: UNA ALTERNATIVA AMBIENTAL Y SOCIALMENTE SOSTENIBLE

Svampa³⁸ identifica, a partir de 1994, el resurgimiento de las organizaciones y movimientos sociales en sentido fuerte, que luchan contra la globalización neoliberal. Estos movimientos son conformados por la población víctima de la exclusión sistemática, campesinos, comunidades indígenas y desposeídos. Las acciones lideradas por ellos han obligado a mantener abierto el debate sobre la reivindicación de derechos, el reconocimiento de la diversidad cultural y la protección ambiental. Ante la crisis de la representación política que ha sido cooptada por el poder económico y que se encuentra cada vez más lejana de las verdaderas necesidades e intereses de la población, las comunidades organizadas conciben otras formas de participación política y de las relaciones sociales, que reivindican mecanismos directos de participación ciudadana.

La movilización social ha recibido también el respaldo y su fundamento teórico a partir del diálogo horizontal con sectores de la academia que, desde diversas disciplinas, como el derecho, la sociología, la economía, la ciencia política, la medicina, la ecología y la agronomía, continúan reflexionando sobre los conflictos sociales, económicos y ambientales, y consolidando alternativas que desde la marginalidad y sin contar con el apoyo del Estado aportan evidencias significativas de que otro modelo de desarrollo rural es posible,

37 Cumbre Mundial sobre la Alimentación. Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, 13-17 de noviembre de 1996, disponible en: <http://www.fao.org/3/w3613s/w3613soo.htm>

38 SVAMPA, MARTISTELLA. *Debates latinoamericanos: indianismo, desarrollo, dependencia y populismo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edhasa, 2016, p. 434.

uno que garantice plenamente el derecho a la alimentación en armonía con la protección ambiental.

La agroecología, como “ciencia que estudia e intenta explicar el funcionamiento de los agroecosistemas”³⁹, es el resultado de estos diálogos epistémicos entre dos cosmovisiones: la de la institucionalidad científica y la de las comunidades locales, campesinas e indígenas. Además, transita entre las ciencias naturales y sociales, no se ubica de manera exclusiva en las ciencias naturales, porque vincula también elementos sociales, políticos y económicos. La visión agroecológica integra y valora todos los elementos que intervienen en la dinámica agraria⁴⁰.

La construcción del saber agroecológico se enmarca dentro de lo que de Sousa Santos⁴¹ ha denominado la ecología de saberes, como postura epistemológica que reivindica el valor del conocimiento de aquellos que, dentro del sistema capitalista y colonial, se ubican más allá de la línea abismal, es decir, de los excluidos. La articulación entre los saberes no-científicos y científicos tiene una finalidad contrahegemónica, que reconoce los límites de todo conocimiento e identifica en la posibilidad de establecer relaciones una ampliación de la intersubjetividad. La ecología de saberes presupone la diversidad cultural y epistémica, en donde, a pesar de expresarse en lenguajes distintos, tales saberes pueden llegar a ser traducidos a través de la construcción de un lenguaje común, como es el caso de la agroecología que rescata los saberes populares y los articula con saberes científicos. Para que esto sea posible, el diálogo de saberes parte de relaciones horizontales, superando la jerarquía occidental que le da preponderancia al conocimiento científico.

La superioridad en abstracto del conocimiento no es posible porque depende del valor de sus intervenciones en el mundo real⁴²; por ejemplo, los saberes vinculados al capitalismo en los agroecosistemas agrarios han causado una secuencia de efectos negativos, pérdida de biodiversidad, contaminación hídrica, desprecio por la diversidad cultural, aumento de las desigualdades y de enfermedades asociadas a la contaminación. Por el contrario, la agricultura campesina se mantiene como la mayor productora de alimentos en el mundo

39 ROSSET, PETER y ALTIERE, MIGUEL. *Agroecología: ciencia política*, Barcelona, Icaria, 2018.

40 TAPIA. *Agroecología y agricultura campesina sostenible en los Andes bolivianos*, cit.

41 DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Una epistemología del Sur*, Ciudad de México, Clacso y Siglo XXI Editores, 2009, p. 186.

42 *Ibid.*, p. 189.

y promueve círculos virtuosos de conservación de los ecosistemas naturales y de adaptación a los cambios climáticos. Aunque las prácticas tradicionales se caracterizan por su diversidad, Altieri y Toledo identifican 5 características que las distinguen:

(1) altos niveles de diversidad biológica, que desempeñan un papel clave en la regulación del funcionamiento de los ecosistemas y en la prestación de servicios ecosistémicos de importancia local y mundial; (2) aplicación de ingeniosos sistemas y tecnologías para el manejo y conservación del paisaje y la tierra, así como para la gestión de los recursos hídricos; (3) sistemas agrícolas diversificados que contribuyen a la alimentación local y nacional; (4) agroecosistemas que presenta resistencia y solidez para hacer frente a perturbaciones y al cambio (humanos y medio ambiente), minimizando el riesgo en medio de la variabilidad; (4) agroecosistemas que se nutren de los sistemas de conocimientos tradicionales y las innovaciones de los agricultores y las tecnologías, y (5) instituciones socio-culturales reguladas por fuertes valores culturales y formas colectivas de organización social⁴³.

Es clave tomar consciencia sobre las diferencias epistemológicas que entraña la agroecología con relación al capitalismo y al neoliberalismo, porque estos últimos suelen apropiarse de los discursos que los cuestionan y, como un camaleón, evaden la responsabilidad frente a los daños que han ocasionado y se reciclan reafirmando la idea del único modelo posible⁴⁴. Ahora, el capital se ha teñido de verde y pretende de esta manera camuflar la racionalidad económica que ha llevado a la actual crisis socio-ambiental: “con títulos evocadores, como ‘agricultura climáticamente inteligente’ (Delvaux, Ghani, Bondi y Durbin 2014; Pimbert 2015) o la ‘intensificación sostenible’ (Scoones 2014)”⁴⁵.

Ante la crisis del modelo extractivista-exportador, “en entredicho por sus emisiones de gases de efecto invernadero y que está sufriendo una caída en la productividad y una subida de los costos de producción debido a la degradación

43 ALTIERI, MIGUEL y TOLEDO, VÍCTOR. *La revolución agroecológica en Latinoamérica: rescatar la naturaleza, asegurar la soberanía alimentaria y empoderar al campesino* [en línea], Sociedad Científica Latinoamericana de Agroecología, 2011, p. 8, disponible en: <https://www.semillas.org.co/es/publicaciones/la-revoluci>

44 ZAPATA GALVIS, JULIANA y LLANO FRANCO, VLADIMIR. “El poder transnacional del neoliberalismo”, en LLANO FRANCO, VLADIMIR y VELASCO CANO, NICOLE, *Globalización hegemónica y alternativas locales de justicia por las comunidades étnicas*, Cali, Ibañez, 2018.

45 ROSSET y ALTIERE. *Agroecología*, cit.

ecológica que provoca en los recursos productivos⁴⁶, la agroecología empieza a ser reconocida por la institucionalidad internacional como una alternativa que le puede servir de salvavidas al agronegocio. Pero esta ciencia se funda en unos principios políticos y ecológicos que la hacen incompatible con los postulados del neoliberalismo, que lo que pretenden es reemplazar dicho modelo. Desde la política, reivindica la participación horizontal que cuestiona las actuales relaciones de poder, y se orienta hacia la garantía de la soberanía alimentaria; y, desde la ecología, se funda en la diversidad agroecosistémica, en contraposición a los monocultivos.

Con relación a la concepción fragmentaria del conocimiento occidental, el paradigma agroecológico plantea una revolución integrando tres frentes: el epistemológico, el técnico y el social. El epistemológico, con la revalorización de los conocimientos no-científicos; el social, como proceso que surge desde abajo, desde la sociedad civil; y el técnico, que rechaza las fórmulas mágicas, tal como las presenta el agronegocio (semillas transgénicas e insumos químicos) y, en cambio, reconoce que la técnica adecuada varía según el ecosistema y los conocimientos y prácticas culturales de los agricultores⁴⁷.

4. GARANTÍA DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y DEL AMBIENTE

El derecho como ordenamiento jurídico positivo que limita y vincula a los poderes político y económico se estructura como un sistema de garantías a favor de los derechos fundamentales y de los bienes fundamentales (el ambiente). Pero ante la globalización económica, cuya regulación ha quedado por fuera de la esfera democrática y en manos de los poderes del mercado, Ferrajoli reivindica la necesidad de un constitucionalismo internacional como tercera fase del positivismo jurídico⁴⁸. La vulneración de los derechos fundamentales y la mercantilización y degradación del ambiente se presentan como la consecuencia de un orden constitucional limitado al territorio nacional, y subordinado a un poder global que se impone.

La institucionalidad estatal y en consecuencia sus políticas se han visto fuertemente influenciadas por este poder global que desconoce el deber de

46 *Ibid.*, p. 25.

47 ALTIERI y TOLEDO. *La revolución agroecológica en Latinoamérica*, cit., p. 16.

48 FERRAJOLI, LUIGI. *Constitucionalismo: más allá del Estado*, Madrid, Trotta, 2018, p. 86.

garantía, como razón jurídica del artificio estatal. Por su parte, la política ligada a la institucionalidad no representa los intereses y necesidades de la población, en particular de la población rural pobre, tradicionalmente excluida. De aquí que la alternativa para la reivindicación de los derechos reconocidos internacionalmente, pero a la vez desprotegidos por la institucionalidad internacional, ha sido la lucha social global y contrahegemónica, que apunta a la construcción de ese constitucionalismo internacional desde abajo, desde prácticas democráticas directas. Porque el estado actual de la política y de la economía pueden ser transformados, no corresponden a un hecho de la naturaleza inmodificable. Para lograr los cambios deseados se requieren actos derivados de la voluntad popular.

Vía Campesina, movimiento social internacional que reúne a millones de campesinos de todo el mundo, plantea un ejemplo de esa exigencia social de garantía de un derecho fundamental, como una acción que se inscribe en una práctica democrática a nivel global. El derecho a la soberanía alimentaria, que se adscribe⁴⁹ a la disposición normativa que consagra el derecho a la alimentación (art. II PIDESC), es fruto de una construcción desde abajo, llevada a cabo por los movimientos sociales que lideran la lucha global contra el neoliberalismo, campesinos e indígenas excluidos por este modelo:

La soberanía alimentaria es el DERECHO de los pueblos, de sus Países o Uniones de Estados a definir su política agraria y alimentaria, sin dumping frente a países terceros. La soberanía alimentaria incluye:

- priorizar la producción agrícola local para alimentar a la población, el acceso de los/as campesinos/as y de los sin tierra a la tierra, al agua, a las semillas y al crédito. De ahí la necesidad de reformas agrarias, de la lucha contra los OGM (organismos genéticamente modificados), para el libre acceso a las semillas, y de mantener el agua en su calidad de bien público que se reparta de una forma sostenible.
- el derecho de los campesinos a producir alimentos y el derecho de los consumidores a poder decidir lo que quieren consumir y, cómo y quién se lo produce.

49 Véase, sobre normas adscritas de derecho fundamental, ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 66.

- el derecho de los Países a protegerse de las importaciones agrícolas y alimentarias demasiado baratas.
- unos precios agrícolas ligados a los costes de producción: es posible siempre que los Países o las Uniones tengan el derecho de gravar con impuestos las importaciones demasiado baratas, que se comprometan a favor de una producción campesina sostenible y que controlen la producción en el mercado interior para evitar unos excedentes estructurales.
- la participación de los pueblos en la definición de política agraria.
- el reconocimiento de los derechos de las campesinas que desempeñan un papel esencial en la producción agrícola y en la alimentación⁵⁰.

La agroecología, en esta misma vía, acoge como lineamiento político y ecológico la defensa de la soberanía alimentaria y de sistemas agrícolas diversificados que implican la protección del suelo, del agua, de la diversidad genética, y de los conocimientos y las prácticas culturales de los agricultores, construyendo las bases de otro modelo de desarrollo rural más coherente con la garantía plena del derecho fundamental a la alimentación y del ambiente como bien fundamental.

CONCLUSIONES

La crisis ambiental que ha sido diagnosticada por el IPCC y cuyos efectos ponen en riesgo el sistema agroalimentario demandan políticas concretas tanto a nivel nacional como internacional que permitan atender dos frentes: 1) la reducción de las acciones generadoras del cambio climático y 2) la concreción de mecanismos que garanticen los derechos fundamentales en riesgo. Esta investigación se enfoca en el estudio de la conexión entre el modelo de producción agrario como causa del cambio climático, los impactos de este fenómeno climático en la alimentación y la agroecología, que se presenta como una alternativa para enfrentar la crisis.

El modelo del agronegocio controlado por el poder corporativo global, que se basa en insumos químicos, en la concentración de la tierra y en monocultivos,

50 Vía Campesina. *Qué es la soberanía alimentaria* [blog], 15 de enero de 2003 [consultado el 11 de enero de 2020], disponible en: <https://viacampesina.org/es/que-es-la-soberania-alimentaria/>

contamina y mercantiliza el ambiente y los alimentos. La política internacional en el marco de las Naciones Unidas ha reconocido los efectos adversos de este modelo y ha acordado tomar medidas enfocadas a la protección de los sistemas agroalimentarios, fortaleciendo la agricultura familiar y agroecológica como mecanismo hacia la garantía de la seguridad alimentaria.

La agroecología, como ciencia que se construye colectivamente a partir del diálogo de saberes, procura la conservación de los ecosistemas, reduce el uso de insumos químicos externos, fortalece los lazos de solidaridad entre productores y consumidores, proponiendo un sistema agroalimentario que privilegia el consumo local y el autoabastecimiento. De esta manera, se ha venido tejiendo una verdadera alternativa de desarrollo contraria a la lógica capitalista y neoliberal causante de la actual crisis ambiental.

Aquí se afirma que los cambios sociales y ambientales que se requieren deben comenzar por escuchar las voces de los excluidos y valorar sus saberes, y esto solo se logra a través de una democracia robusta que garantice el diálogo horizontal. Por eso se argumenta a favor de la reinención de un constitucionalismo global que se funde en mecanismos de garantía de los derechos fundamentales como límites y vínculos al poder económico transnacional.

El movimiento social Vía Campesina, a partir de la organización comunitaria, dialoga y actúa a nivel global como una gran red de ciudadanos que reivindican su derecho a la tierra, al uso libre de las semillas, a la diversidad biológica y cultural, y a decidir cómo producir sus alimentos. Por ese camino ha construido el concepto de soberanía alimentaria, que desarrolla el derecho a la alimentación y que demanda mecanismos de garantía a partir de un ejercicio democrático a nivel planetario, respondiendo de esta manera a las presiones económicas que los Estados nacionales no pueden resistir de manera aislada, y materializando el tipo de acciones que gestarán el constitucionalismo global desde abajo.

REFERENCIAS

- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALTIERI, MIGUEL y TOLEDO, VÍCTOR. *La revolución agroecológica en Latinoamérica: rescatar la naturaleza, asegurar la soberanía alimentaria y empoderar al campesino* [en línea], Sociedad Científica Latinoamericana de Agroecología, 2011, disponible en: <https://www.semillas.org.co/es/publicaciones/la-revoluci>

ÁLVAREZ ROA, PAULA. *Mercado de tierras en Colombia: ¿acaparamiento o soberanía alimentaria?*, Bogotá, Arfo, 2012.

ANDRICH, MARTA. *Alimentos, palabras y poder*, Argentina, IDES, 2004.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). 25 de septiembre de 2015. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. Objetivos del Desarrollo Sostenible. Septuagésimo período de sesiones, temas 15 y 116 del programa Naciones Unidas, A/RES/70/1, Nueva York, 21 de octubre de 2015, disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD). Informe Brundtland [en línea], 4 de agosto de 1987, disponible en: http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE _ LECTURE _ 1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP 21), 30 de noviembre al 11 diciembre de 1995, Vigésimo primer periodo de sesiones, Acuerdo de París [en línea], París, Organización de las Naciones Unidas, 2015, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/109s.pdf>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Humano, 16 de junio de 1972. Declaración de Estocolmo [en línea], Estocolmo, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>

Cumbre Mundial sobre la Alimentación. Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, 13-17 de noviembre de 1996, disponible en: <http://www.fao.org/3/w3613s/w3613s00.htm>

DE SOUZA CASADINHO, JAVIER. “Sobre la necesidad de articular la economía y la ecología. Un análisis de la producción agroecológica realizada en Argentina”, material de Cátedra de Extensión y Sociología Rurales, Facultad de Agronomía, Universidad de Buenos Aires.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Una epistemología del Sur*, Ciudad de México, Clacso y Siglo XXI Editores, 2009.

DELGADO CASTAÑO, PAULA SIGRID. *Estado crítico de la propiedad rural colectiva en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2018.

ELVER, HILAL. Visita a la Argentina. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación [en línea], disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5c65e2c84.pdf>

FAO/WHO/AU. International Food Safety Conference Addis-Abeba 12-13 febrero 2019 [en línea], disponible en: <https://www.who.int/news-room/events/international-food-safety-conference>

FERRAJOLI, LUIGI. *Constitucionalismo: más allá del Estado*, Madrid, Trotta, 2018.

GIRALDO, OMAR FELIPE. *Ecología política de la agricultura: agroecología y posdesarrollo* [en línea], México, El Colegio de la Frontera Sur, 2018, disponible en: <https://www.semillas.org.co/apc-aa-files/5d99b14191c59782eab3da99d8f95126/ecologia-politica-de-la-agricultura.pdf>

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). AR5 Synthesis Report: Climate Change [en línea], 2014 [consultado el 26 de febrero de 2020], disponible en: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). The Ocean and Cryosphere in a changing climate, IPCC, Special report on the Ocean and cryosphere in changing climate (SROCC), 43rd Session, Nairobi, Kenia, 11-13 april 2016 [consultado el 27 de febrero de 2020], disponible en: <https://www.ipcc.ch/srocc/>

“Manifiesto de las Organizaciones Campesinas Sociales”, en Foro Declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos del Campesinado: propuestas y desafíos en Colombia [video], Bogotá, YouTube, Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), 4 de abril de 2019 [consultado el 12 de marzo de 2020], disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lcxCjuPfVxQ&t=6s>

MARTÍNEZ ALIER, JOAN. “Conflictos ecológicos y justicia ambiental” [en línea], Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global, 13, 2008, n.º 103, pp. 11-27, disponible en: https://www.fuhem.es/papeles_articulo/conflictos-ecologicos-y-justicia-ambiental/

MONTAGUT, XAVIER y DOGLIOTTI, FABRICIO. *Alimentos globalizados: soberanía alimentaria y comercio justo*, Barcelona, Icaria, 2006.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). *El estado de la seguridad alimentaria y nutrición en el mundo 2019* [en línea], Roma, 2019, disponible en: <http://www.fao.org/3/ca5162es/ca5162es.pdf>

- Organización de las Naciones Unidas (ONU). “Post 2015 y ODS: alimentar a las personas, nutrir al planeta” [en línea], *La FAO y la Agenda de Desarrollo post-2015*, Informe temático, 2015, disponible en: <http://www.fao.org/3/a-az775s.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Marco conceptual, legal e institucional. Contribución a la aplicación de las directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, en acaparamiento y extranjerización*, 2017, disponible en: <http://www.fao.org/3/a-i7843s.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). “Enfoque especial: América Latina” [en línea], en *Perspectivas agrícolas 2019-2028*, OECD, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), Roma, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.1787/7b2e8ba3-es>
- “Qué es la soberanía alimentaria” [blog]. Vía Campesina, 15 de enero de 2003 [consultado el 11 de enero de 2020], disponible en: <https://viacampesina.org/es/que-es-la-soberania-alimentaria/>
- ROSSET, PETER y ALTIERE, MIGUEL. *Agroecología: ciencia política*, Barcelona, Icaria, 2018.
- Scoping Meeting Background Document [en línea], 15 al 18 de agosto de 2016, Ginebra, Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) y Working Group I (WG I), disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/03/sr15_scoping_background_doc.pdf
- SVAMPA, MARISTELLA. *Del cambio de época al fin del ciclo: gobiernos progresistas, extractivismo y movimientos sociales en América Latina*, Buenos Aires, Edhasa, 2017.
- SVAMPA, MARISTELLA. *Debates latinoamericanos: indianismo, desarrollo, dependencia y populismo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edhasa, 2016.
- TAPIA PONCE, NELSON. *Agroecología y agricultura campesina sostenible en los Andes bolivianos: el caso del ayllu Majasya Mujilli, departamento de Cochabamba, Bolivia*, Bolivia, AGRUCO, Plural Editores, 2006.
- United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), 9 de mayo de 1992 [en línea], Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1992, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>
- ZAPATA GALVIS, JULIANA. “El derecho fundamental a la alimentación: entre la soberanía alimentaria y la mercantilización global”, en VELASCO, NICOLE y LLANO FRANCO,

JOSÉ (eds.), *Neoconstitucionalismo: derechos fundamentales y derecho internacional de los derechos humanos*, Cali, Ibáñez, 2018, pp. 109-119.

ZAPATA GALVIS, JULIANA y LLANO FRANCO, VLADIMIR. “Acuerdo de paz territorio y diversidad en el norte del Cauca”, en LLANO FRANCO, J. *et al.* (eds.), *Pos acuerdo y territorio en las comunidades indígenas afro y campesinas en el norte de Cauca*, Cali, Ibáñez, 2019, pp. 43-65.

ZAPATA GALVIS, JULIANA y LLANO FRANCO, VLADIMIR. “El poder transnacional del neoliberalismo”, en LLANO FRANCO, JOSÉ y VELASCO CANO, NICOLE, *Globalización hegemónica y alternativas locales de justicia por las comunidades étnicas*, Cali, Ibáñez, 2018, pp. 19-37.

SEGUNDA PARTE
ACTORES DE LA TRANSFORMACIÓN

JAVIER TOUS CHIMÁ*

CAPÍTULO I

*Cambio climático, litigio y gobernanza:
hacia la responsabilidad empresarial en derechos humanos*

*Climate Change, Litigation and Governance:
Towards Corporate Responsibility in Human Rights*

RESUMEN

Para analizar la responsabilidad empresarial en derechos humanos ligada al contexto del cambio climático, este artículo proporciona una primera reflexión sobre los impactos del cambio climático en los derechos humanos, para luego analizar cómo el cambio climático podría configurar un caso de violación a los derechos humanos. Para que se pueda establecer una violación, debe existir un titular de derechos, por un lado, y un titular de obligaciones o deberes respecto a dicho derecho, por el otro lado. Solo así el titular de derechos, en caso de afectación, tendría el sustento jurídico para reclamar al titular de obligaciones determinada compensación u otro tipo de medida tendiente a eliminar, mitigar o compensar la afectación sufrida. En el contexto del cambio climático, la contribución analiza en un primer momento qué responsabilidades podrían estar en cabeza de las empresas en lo que respecta a la relación entre cambio climático y derechos humanos. En un segundo momento, analiza cómo, a través de los litigios climáticos y de la gobernanza climática, se podrían hacer exigibles o establecer responsabilidades empresariales en materia de derechos humanos.

Palabras clave: derechos humanos, empresas, cambio climático, litigio climático, gobernanza climática.

ABSTRACT

To analyze corporate responsibility in human rights linked to the context of climate change, this article provides a first reflection on the impacts of climate change on human rights, to then analyzes how climate change could set a case of human rights violation. For a violation to be established, there must be a right holder, on the one hand, and a duty bearer regarding to that right, on the other hand. Only in thus way, the right holder in case of affectation, would have the legal bases to claim from the duty bearer, certain compensation or

* Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte. Doctorando de la Universidad de París 2 Panthéon-Assas y magíster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario por la misma universidad; magíster en Organizaciones Internacionales y Protección de los Derechos Humanos de la Universidad Católica de Lyon; magíster en Historia, Teoría y Práctica de los Derechos Humanos por la Universidad Pierre Mendès France (Grenoble, Francia); abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Contacto: tousj@uninorte.edu.co ORCID: 0000-0001-6129-5410.

the type of measure aimed at eliminating, mitigating or compensating the affectation suffered. In the context of climate change, the contribution will first analyze what responsibilities could be in the companies head regarding to the relationship between climate change and human rights. In a second moment, it will be analyzed how, through climate litigation and climate governance, corporate responsibilities in terms of human rights could be demanded or established.

Keywords: human rights, business, climate change, climate change litigation, climate governance.

INTRODUCCIÓN

Los impactos del cambio climático en la vida de los seres humanos y las comunidades son indiscutibles. El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) estima que, entre otras graves afectaciones, el cambio climático a lo largo del siglo XXI ocasionará: incremento de la mala salud en muchas regiones, especialmente en los países en desarrollo de bajos ingresos, incluidas mayor probabilidad de muerte, desnutrición y enfermedades, y riesgo de pérdida de capacidad de trabajo y producción laboral; aumento del desplazamiento de personas; dificultades en la reducción de la pobreza, lo que exacerbará los niveles de desigualdad, tanto en países desarrollados como en países en desarrollo; afectaciones a la seguridad alimentaria; disminución del crecimiento económico, e incremento indirecto de los riesgos de conflictos violentos¹.

Desde la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos (HRC), junto con sus mecanismos de procedimientos especiales, ha advertido, en varios informes y resoluciones², sobre los vínculos existentes entre el cambio climático y los derechos humanos. En su Resolución 7/23 de

1 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [IPCC]. *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, FIELD, C. B.; BARROS, V. R.; DOKKEN, D. J.; MACH, K. J. *et al.* (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, 1132, 2014, pp. 19-20.

2 Véase Consejo de Derechos Humanos [HRC]. “Reports on human rights and climate change” [en línea], A/HRC/10/61, A/HRC/42/26, A/HRC/41/26, A/HRC/38/21, A/HRC/37/CRP.4, A/

2008, el Consejo de Derechos Humanos reconocía que “el cambio climático crea una amenaza inmediata y de gran alcance para la población y las comunidades de todo el mundo y tiene repercusiones sobre el pleno disfrute de los derechos humanos”³. En efecto, el calentamiento del planeta impacta todos los derechos humanos, y más directamente aquellos a la vida, a la alimentación adecuada, al agua, a la salud, a la vivienda adecuada y a la libre determinación⁴. El aumento de la temperatura global por encima de los 1.5 °C pone en peligro el futuro de los derechos humanos y amenaza con anular los últimos 50 años de avances en el desarrollo, la salud mundial y la reducción de la pobreza⁵.

Cuanto antes se den cuenta de que el calentamiento global es mucho más que la difícil situación de los osos polares y otros animales, o simplemente un calentamiento abstracto del planeta o la acidificación del océano; cuanto antes vengan a Jesús y se den cuenta de que las personas están siendo perjudicadas en este momento, y los perjuicios no harán más que aumentar; es una mejor manera de abogar por una política de cambio climático, en vez de protestar por la defensa del oso polar. Entonces, si Leonardo DiCaprio quería ser un jugador importante frente al calentamiento global, debería intensificar y abogar por las personas y no por los osos polares⁶.

HRC/35/14, A/HRC/35/13, A/HRC/32/24, A/HRC/32/23, disponibles en: <https://www.ohchr.org/EN/n.ºs/HRandClimateChange/Pages/Reports.aspx>

- 3 Consejo de Derechos Humanos [HRC] Resolución 7/23, Los derechos humanos y el cambio climático, 28 de marzo de 2008.
- 4 Consejo de Derechos Humanos [HRC]. A/HRC/10/61, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, 15 de enero de 2009.
- 5 Consejo de Derechos Humanos [HRC]. A/HRC/41/39, “Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. El cambio climático y la pobreza”, 17 de julio de 2019.
- 6 Cita original: “*The sooner that they realize that global warming is much more than the plight of polar bears and other animals or just some abstract warming of the planet or ocean acidification; the sooner that they come to Jesus and realize that the people are being harmed right now and will be increasingly harmed; that’s a much better way to advocate for climate change policy than arguing for protections for the polar bear. So if Leonardo DiCaprio wanted to be a bigger player on global warming he should step up and advocate for people instead of polar bears*”. Entrevista para el *Australian Research Council Project*, “Transition to a Clean Energy Future: The Role of Climate Change Litigation in Shaping Our Regulatory Path”, Participante 10, 14 de enero de 2013, San Francisco, CA, citado en PEEL, JACQUELINE y OSOFSKY, HARI M. “A Rights Turn in Climate Change Litigation?”, *Transnational Environmental Law*, 7:1, Cambridge University Press, 2018, pp. 37-67.

Esta enunciación parcial de efectos del cambio climático evidencia que se trata de una gran amenaza para los derechos humanos. Es más, parecería obvio concluir que el cambio climático, al interferir en el goce efectivo de ciertos derechos, viola derechos humanos. Sin embargo, no es tan obvio qué obligaciones jurídicas, en términos de derechos humanos, surgen frente a los riesgos que plantea el cambio climático⁷. De allí que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos haya considerado que “[I]os efectos físicos del calentamiento del planeta no pueden clasificarse fácilmente como violaciones de los derechos humanos, sobre todo porque a menudo los daños relacionados con el cambio climático no pueden atribuirse claramente a los actos u omisiones de determinados Estados”⁸.

En términos generales, para que se configure una violación a los derechos humanos se requieren tres elementos: un titular de derechos, un titular de deberes u obligaciones y un vínculo causal entre la afectación sufrida por el titular de derechos y la conducta del titular de obligaciones. Dicho de otro modo, el uso de los derechos humanos como herramienta para enfrentar los daños o amenazas del cambio climático, por medio de una reclamación, dependerá de la posibilidad de sustentar que un titular de deberes ha contribuido de tal manera al cambio climático que ha causado una violación a los derechos humanos⁹.

En el marco de la crisis climática, la relación entre derechohabientes y titulares de deberes u obligaciones no es exclusivamente entre los Estados, por un lado, y los individuos o comunidades, por el otro. Las empresas también tienen un papel fundamental por desempeñar en dicha relación, especialmente a partir de la publicación tanto del trabajo de John Ruggie (*Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*)¹⁰ como de la investigación de Richard Heede, del Climate Accountability Institute (“*Carbon*

7 KNOX, JOHN H. “Climate Change and Human Rights Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n.º 1, 2009, pp. 164-165.

8 Consejo de Derechos Humanos [HRC]. A/HRC/10/61, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, 15 de enero de 2009, para. 96.

9 SAVARESI, ANNALISA y HARTMANN, JACQUES. “Using Human Rights Law to Address the Impacts of Climate Change: Early Reflections on the Carbon Majors Inquiry” [en línea], en *Workshop Climate Change Litigation in the Asia Pacific*, University of Singapore, junio de 2018, disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3277568>

10 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’*, Nueva York y Ginebra, 2011.

majors)¹¹. En esta última se documentó que casi dos tercios de las emisiones históricas (entre 1854 y 2010) de CO₂ y metano, principales fuentes de gases de efecto invernadero antropogénico que están impulsando y continuarán impulsando el cambio climático, pueden atribuirse a 90 empresas¹². De estas, el principal emisor es Chevron, con una contribución del 3,52% de las emisiones históricas totales¹³. Además de Chevron, también resaltan ExxonMobil (3,22%), Saudi Aramco (3,17%), BP (2,47%), Gazprom (2,22%), Shell (2,12%), Pemex (1,38%), Petróleos de Venezuela (1,11%) y Total (0,82%)¹⁴.

Colombia no es ajena a esta situación. En primer lugar, el cambio climático es un fenómeno global, cuyos efectos impactan a todo el planeta, especialmente a los países en desarrollo¹⁵. Los desastres climáticos están muy concentrados en los países pobres. Unos 262 millones de personas fueron afectadas cada año por desastres climáticos entre 2000 y 2004, más del 98% de ellas en el mundo en desarrollo. En los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), una de cada 1.500 personas se vio afectada por un desastre climático. La cifra comparable para los países en desarrollo es uno de cada 19, un diferencial de riesgo de 79^[16]. En segundo lugar, en el más reciente reporte *Carbon majors*¹⁷, correspondiente al periodo 1988-2015, se evidencia que tan solo 100 empresas han sido responsables de más del 70% de las emisiones de GEI

11 HEEDE, RICHARD. “Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010”, *Climatic Change*, 122, 2014, pp. 229-241.

12 *Ibid.*, p. 238.

13 *Ibid.*, p. 237.

14 *Ibid.*, p. 237.

15 “Los altos niveles de pobreza y los bajos niveles de desarrollo humano limitan la capacidad de los hogares pobres para gestionar los riesgos climáticos. Con un acceso limitado a un seguro formal, bajos ingresos y escasos activos, los hogares pobres tienen que lidiar con los choques relacionados con el clima en condiciones muy limitadas”. United Nations Development Programme (UNDP). *Human Development Report 2007/2008, Fighting climate change: Human solidarity in a divided world*, 2007, p. 16.

16 *Ibid.*, p. 16. “Las comunidades pobres [...] [t]ienen a tener capacidades de adaptación más limitadas, y son más dependientes de recursos sensibles al clima como el suministro local de agua y comida”. Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [IPCC]. *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, M. L. PARRY, O. F. CANZIANI, J. P. PALUTIKOF, P. J. VAN DER LINDEN y C. E. HANSON (eds.), Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2007.

17 GRIFFIN, PAUL. “Carbon Disclosure Project CDP”, *The Carbon Majors Database, CDP Carbon Majors Report 2017* [en línea], julio de 2017, disponible en: <https://www.cdp.net/en/articles/media/new-report-shows-just-100-companies-are-source-of-over-70-of-emissions>

en el mundo. En este listado, figuraba la empresa colombiana Ecopetrol S.A. en el puesto número 53, como responsable del 0.3% de las emisiones globales industriales de GEI. En tercer lugar, sin ser colombianas, otras empresas del citado listado operan en Colombia, por ejemplo, Chevron (puesto 12, con el 1.31%), Río Tinto (puesto 24, con el 0.75%), Anglo American (puesto 31, con el 0.59%), Glencore (puesto 43, con el 0.38%), Occidental Petroleum Corp (puesto 55, con el 0.26%) y Drummond (puesto 91, con el 0.09%).

En este contexto de emergencia climática, afectaciones a los derechos humanos y emisiones empresariales, para alcanzar el objetivo fundamental de proteger a las personas que se encuentran amenazadas o que se han visto afectadas es importante “identificar a los derechohabientes y sus prerrogativas, así como a los titulares de deberes y sus obligaciones, a fin de hallar los medios de fortalecer las capacidades de los derechohabientes para formular reclamaciones y las de los titulares de derechos para cumplir con sus obligaciones”¹⁸. Así las cosas, los objetivos de esta contribución se centrarán en identificar: en un primer momento, qué deberes u obligaciones tendrían las empresas frente a los derechos humanos en el escenario de la crisis climática (1), y en un segundo momento, cómo, o a través de qué medios, hacer exigible o establecer dicha responsabilidad (2). Este último punto es especialmente interesante si se toman en cuenta, por un lado, las últimas tendencias que en el litigio climático se vienen desarrollando a nivel mundial, en particular a partir de casos representativos que involucran la relación cambio climático-derechos humanos, como *Urgenda* y *Leghari*, y otros, como *Milieudefensie v. Shell* o *Greenpeace Filipinas v. Carbon majors*, que además involucran el elemento “empresas”; y por otro lado, la interacción de doble vía que se puede generar entre los litigios climáticos y la gobernanza climática, la cual fortalecería las reclamaciones de derechos humanos y asignaría de forma efectiva deberes u obligaciones en el contexto de la crisis climática.

Con el fin de desarrollar los objetivos mencionados, la metodología empleada en esta contribución se basa en el análisis comparativo y deductivo de fuentes bibliográficas y documentales, tales como artículos científicos, reportes de organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales, instrumentos internacionales y jurisprudencia internacional.

18 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *Applying a human rights-based approach to climate change negotiations, policies and measures* [en línea], disponible en: <http://hrbportal.org/wp-content/files/InfoNoteHRBAI.pdf>

I. EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y CAMBIO CLIMÁTICO

I.1. RESPONSABILIDAD MORAL

La responsabilidad empresarial por afectaciones a los derechos humanos causadas por el cambio climático tiene, más que un fundamento jurídico, una base moral. Toft propone analizar el cambio climático como una cuestión de empresas y derechos humanos, desde una tipología moral¹⁹. Esta tipología, a partir de varios factores, intenta responder a la pregunta: ¿por qué las empresas deberían ser responsables por los impactos en los derechos humanos causados a partir del cambio climático? Tres elementos de esta tipología moral resaltan: proporción (1.1.1), conocimiento culpable (1.1.2) y poder (1.1.3).

I.1.1. PROPORCIÓN

¿Las empresas han contribuido al cambio climático? ¿Es posible determinar en qué proporción ha sido dicha contribución? Si ambas respuestas son afirmativas se sentarían las bases para hablar de un deber de remediar, puesto que se superaría, en una primera etapa, uno de los desafíos en materia de responsabilidad empresarial y cambio climático: el vínculo de causalidad. Este sería un primer paso para establecer una proporcionalidad o correlatividad entre emisiones y responsabilidad. Sin embargo, el desarrollo actual de la ciencia no permite aún establecer de forma clara y suficiente un vínculo de causalidad entre un fenómeno natural X ocasionado por el cambio climático y las emisiones de una empresa Y. Por ejemplo, entre la sequía en La Guajira, que afecta los derechos humanos al agua, a la salud y a la vida, y el 0,3% de las emisiones históricas atribuibles a Ecopetrol. Ahora bien, que no sea posible establecer este vínculo individual de forma exacta no quiere decir que no exista. Por un lado, tomadas de forma separada, las emisiones de cada empresa suman y cuentan en el acumulado de emisiones históricas, que a su vez impacta sustancialmente en el cambio climático. Por otro lado, si se toman las emisiones históricas acumuladas en conjunto, se tiene que indiscutiblemente las empresas son responsables del cambio climático. En términos de derechos humanos se podría decir que tanto los principales emisores corporativos (*Carbon majors*) como el colectivo

19 TOFT, KRISTIAN HØYER. “Climate Change as a Business and Human Rights n.º: A Proposal for a Moral Typology”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 5:1, 2020.

industrial han afectado los derechos humanos, ya que individualmente y como colectivo han contribuido y siguen contribuyendo al cambio climático²⁰.

I. I. 2. CONOCIMIENTO CULPABLE

Las empresas no pueden excusarse en el desconocimiento del cambio climático para evadir sus responsabilidades frente a la crisis climática y sus correlativos impactos en los derechos humanos. El punto de ruptura se marcó en 1990 con el primer informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC)²¹, puesto que este reconoció públicamente la existencia del cambio climático y sus consecuentes problemáticas. A pesar de la imposibilidad de tapan el sol con las manos, y de alegar desconocimiento o ignorancia de las realidades del cambio climático como forma de evasión de responsabilidad, algunas empresas recurren a estrategias poco éticas. Por ejemplo, la *Global Climate Coalition*²², coalición corporativa creada por grandes empresas de la industria de los combustibles fósiles (Shell, Texaco, ARCO, BHP-Utah International, Peabody, Exxon, entre otras), buscaba, a través del *lobbying*, convencer a políticos, entes reguladores, opinión pública y demás tomadores de decisión de que no había evidencia que soportara el tal cambio climático. Peor aún, empresas parte de la coalición, como Exxon, contaban con evidencias internas sobre la relación causal entre GEI y cambio climático²³.

I. I. 3. PODER

En el escenario internacional actual el poder no se encuentra exclusivamente en cabeza de los Estados. En 2002 se estimaba que 29 de las 100 economías más grandes del mundo eran empresas. En el año 2000, la empresa multinacional

20 *Ibíd.*, p. 13.

21 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [IPCC]. *Cambio climático: las evaluaciones del IPCC de 1990 y 1992*, 1992.

22 Climate Liability News. “Global Climate Coalition: Fighting Global Climate Action in Favor of Fossil Fuels’ Survival”, 25 de abril de 2019, disponible en: <https://www.climate-liabilitynews.org/2019/04/25/gcc-global-climate-coalition-un-fossil-fuels/>

23 COOK, J.; SUPRAN, G. y LEWANDOWSKY, S. *et al. America Misled: How the fossil fuel industry deliberately misled Americans about climate change* [en línea], Fairfax, George Mason University Center for Climate Change Communication, 2019, disponible en: <https://www.climatechangecommunication.org/america-misled/>

más grane del mundo era ExxonMobil, con un valor agregado de 63.000 millones de dólares, superando el PIB de países como Pakistán, Hungría y Vietnam. En 2012, las empresas representaban el 58% de las 150 primeras potencias económicas²⁴. En este contexto vale la pena tomar en consideración al “poder” como criterio de asignación de responsabilidad, el cual va más allá de lo económico y de la eventual capacidad de las empresas de compensar por los daños y pérdidas ocasionados. En el contexto del cambio climático, los impactos a los derechos humanos obedecen a procesos estructurales más amplios y complejos. En este sentido, el poder debería generar la responsabilidad de influenciar procesos estructurales, a partir de los recursos financieros, tecnológicos, sociales, de consumo y políticos con que cuentan las empresas²⁵.

I.2. RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Analizar la cuestión de la responsabilidad empresarial respecto al cambio climático a través de la óptica de los derechos humanos se justificaría a partir de dos razones: por un lado, el cambio climático es un problema para el goce de los derechos humanos; por otro lado, las empresas contribuyen al cambio climático, y como el cambio climático es una problemática que impacta en los derechos humanos, parecería obvio que las empresas deben asumir cierto nivel de responsabilidad en materia de derechos humanos. El argumento base que fundamentaría la responsabilidad empresarial en derechos humanos en el escenario de la crisis climática partiría de tres premisas básicas²⁶:

- Premisa 1: El cambio climático impacta de forma negativa el goce efectivo de los derechos humanos.

- Premisa 2: No solo los Estados, sino también las empresas contribuyen, con sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), al cambio climático.

- Premisa 3: Quienes hayan contribuido y sigan contribuyendo al cambio climático son responsables por las vulneraciones a los derechos humanos.

- Conclusión: En el contexto de la crisis climática, las empresas son responsables por las vulneraciones a los derechos humanos ocasionadas a partir de sus emisiones de GEI.

24 VOILLAT, CLAUDE. “Fomentar la acción humanitaria a través del diálogo y la cooperación con los actores económicos: la experiencia del CICR”, *International Review of the Red Cross*, n.º 887, 2012, p. 2.

25 TOFT. “Climate Change as a Business and Human Rights”, cit., p. 19.

26 *Ibid.*, pp. 3-4.

Este argumento ha encontrado soporte directo por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que respecto al tema ha sido clara en resaltar que, frente al cambio climático, las empresas son sujeto de obligaciones, por lo que deben ser responsables por sus impactos climáticos y participar responsablemente en los esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático con pleno respeto de los derechos humanos²⁷. A pesar de este pronunciamiento concreto, el argumento base, en apariencia simple, se enfrenta a una serie de desafíos que dificultan llegar a la conclusión, esto es, establecer una responsabilidad empresarial en derechos humanos por las contribuciones al cambio climático. Entre los desafíos sobresalen, en primer lugar, el vínculo de causalidad entre emisiones históricas y consecuencias para los derechos humanos; en segundo lugar, la dificultad de determinar en qué medida un fenómeno concreto relacionado con el cambio climático con consecuencias para los derechos humanos se debe al calentamiento del planeta²⁸; y en tercer lugar, que mientras que los efectos adversos del calentamiento del planeta suelen ser proyecciones de efectos futuros, las violaciones de los derechos humanos suelen quedar establecidas después de que se haya producido el daño²⁹. Por lo tanto, es necesario analizar alternativas que logren superar estas barreras y asignar una responsabilidad efectiva a las empresas.

1.2.1. PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

Las dinámicas de la triada empresas-cambio climático-derechos humanos exigen responsabilidades que respondan a la complejidad de las situaciones que se generan en la vida de los seres humanos y las comunidades en el contexto de la crisis climática. El instrumento base del derecho internacional de los derechos humanos en materia de responsabilidad empresarial respecto a los

27 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *Understanding Human Rights and Climate Change*, Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 2015, p. 4.

28 “[E]l calentamiento del planeta suele ser uno de los diversos factores que contribuyen a los efectos relacionados con el cambio climático”. Consejo de Derechos Humanos [HRC]. A/HRC/10/61, cit., p. 25.

29 *Ibid.*, p. 25.

derechos humanos, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, asignan a las empresas la responsabilidad de respetar: “Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”³⁰. A la luz de la crisis climática, se trataría de una responsabilidad empresarial basada en dos deberes: un deber positivo, consistente en remediar los impactos negativos ocasionados en los derechos humanos a partir de sus contribuciones al cambio climático, y un deber negativo, fundamentado en prevenir o no ocasionar vulneraciones a los derechos humanos a partir del cambio climático.

Sin embargo, uno de los grandes desafíos consiste en cuáles pueden ser los alcances de los Principios Rectores para regular las conductas empresariales en el contexto de la crisis climática, considerando que el cambio climático, más allá del mero “respetar”, exige obligaciones tipo “proteger” y “remediar” en función de la necesidad de mitigación, adaptación o compensación por daños y pérdidas³¹. La cuestión es reflexionar sobre si la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos puede ser interpretada o extendida de forma que puedan incluirse otros deberes positivos que vayan más allá del mero respeto, acorde con las exigencias del contexto ambiental. Las empresas podrían estar obligadas por deberes positivos de proporcionar protección y reparación de los derechos humanos a las víctimas del cambio climático.

Si bien el cambio climático no figura expresamente en los Principios Rectores, la responsabilidad empresarial frente a los derechos humanos, en el escenario de la crisis climática, podría enmarcarse dentro del segundo pilar: respetar los derechos humanos. Más concretamente, partiendo de la base de que las emisiones de GEI tienen la capacidad de impactar el goce efectivo de los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, en el contexto de la crisis climática, significaría un compromiso implícito de cumplir con el Acuerdo de París, esto es, mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales³².

30 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’*, cit., p. 15.

31 TOFT. “Climate Change as a Business and Human Rights”, cit., p. 3.

32 IGLESIAS MÁRQUEZ, DANIEL. “Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del

I.2.2. PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDARES CLIMÁTICOS

En el mismo sentido, pese a la no mención expresa del cambio climático en los Principios Rectores, David Boyd, Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, resaltó en su más reciente informe que, en lo que respecta a los derechos humanos y el cambio climático, lo primero que deben hacer las empresas es cumplir con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Esto tiene dos implicaciones: una general y una específica. De forma general, implicaría para las empresas, además de respetar los derechos humanos, “adoptar políticas de derechos humanos, ejercer la diligencia debida en materia de derechos humanos, reparar las violaciones de los derechos humanos de las que sean responsables directas y trabajar para persuadir a otros actores a que respeten los derechos humanos cuando existan relaciones de influencia”³³. De forma específica, se traduciría en cinco estándares concretos que las empresas deberían cumplir frente al cambio climático³⁴:

- Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de sus propias actividades y filiales.
- Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de sus productos y servicios.
- Reducir al mínimo las emisiones de gases de efecto invernadero de sus proveedores.
- Informar públicamente de sus emisiones, su vulnerabilidad al clima y su riesgo de activos en desuso.
- Garantizar que las personas afectadas por violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas tengan acceso a recursos eficaces.

cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, Ciudad de México, 2020, p. 108.

33 Consejo de Derechos Humanos [HRC]. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/74/161, 15 de julio de 2019, párr. 71.

34 *Ibid.*, párr. 72.

1.2.3. HACIA UNA DEBIDA DILIGENCIA CLIMÁTICA

Ahora bien, como mecanismo para cumplir con el respeto de los derechos humanos, los Principios Rectores establecen en el Principio 17, en cabeza de las empresas, el deber de actuar con debida diligencia:

Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos³⁵.

La debida diligencia les indica a las empresas que deben “evaluar” los impactos de sus actividades en los derechos humanos. Evaluar, en el contexto del cambio climático, implica tanto la búsqueda del conocimiento como el reconocimiento del consenso científico sobre dos relaciones de causalidad: emisiones-cambio climático y cambio climático-derechos humanos. De forma tal que, con base en el conocimiento de los impactos negativos del cambio climático en los derechos humanos, se crea una obligación positiva de actuar; en los términos del Principio 19: “Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas”³⁶.

La clave para la aplicación de la debida diligencia en el contexto del cambio climático puede encontrarse en el Principio 18: “A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales”³⁷. Este proceso de debida diligencia empresarial incluye “evaluaciones de riesgo o de impacto ambiental (tomando) como punto de referencia todos los derechos humanos internacionalmente

35 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’*, cit., p. 20.

36 *Ibid.*, p. 24.

37 *Ibid.*, p. 22.

reconocidos”³⁸. En este sentido, teniendo en cuenta que existe un impacto considerable del cambio climático en los derechos humanos, y que las emisiones empresariales contribuyen a esos impactos, los Principios Rectores pueden ser interpretados a fin de ser aplicados en el contexto del cambio climático. Por lo tanto, para respetar los derechos humanos, las empresas deben cumplir con los procesos de debida diligencia y evaluar sus impactos ambientales que contribuyen al cambio climático. En caso de afectaciones a los derechos humanos, deben participar en los procesos de reparación a las víctimas³⁹.

2. LITIGIOS CLIMÁTICOS: DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

El cambio climático es un problema mundial estructural, en el que intervienen diversos factores, y en el que participan varios actores, principalmente los Estados y las empresas, quienes son en últimas los que cuentan con las herramientas y el poder para emprender cambios importantes en el sistema internacional, que faciliten una verdadera transición energética, económica, ambiental y de consumo, que enfrente seriamente las graves afectaciones a los derechos humanos originadas por la crisis climática. Solo si se toman medidas estructurales se podrá lograr, por ejemplo, el objetivo de los 1,5 °C del Acuerdo de París, consistente con lo recomendado por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático.

¿QUÉ VÍAS PUEDEN PERMITIR ESOS CAMBIOS ESTRUCTURALES?

Se podría reflexionar en torno a un compromiso empresarial, que como resultado ya sea de la presión de los inversionistas, de las preferencias de los consumidores o del mismo mercado, establezca como estándar el que las emisiones de GEI respeten los objetivos del Acuerdo de París. Sin embargo, por un lado, si bien hay que reconocer que existen varias iniciativas empresariales, una golondrina no hace verano, y por más iniciativas individuales voluntarias que se puedan emprender de forma independiente, las afectaciones a los derechos humanos causadas por el cambio climático no solo permanecerán, sino que

38 *Ibíd.*, p. 23.

39 TOFT. “Climate Change as a Business and Human Rights”, *cit.*, p. 24.

amenazan con incrementarse, mientras no sean tomadas medidas estructurales. Por otro lado, las grandes empresas ya han anunciado el compromiso de enfrentar el cambio climático, pero no cómo ni cuándo⁴⁰. Por lo tanto, actualmente las soluciones para las vulneraciones a los derechos humanos causadas por la contribución empresarial al cambio climático se movilizan en la vía de los litigios climáticos.

A la fecha, el Sabin Center for Climate Change Law registra, por fuera de Estados Unidos, 35 litigios climáticos en curso contra empresas⁴¹. De ellos, 8 son por reducción de GEI, 1 por publicidad engañosa, 3 por estudios de

40 The New York Times. “Big Business Says It Will Tackle Climate Change, but Not How or When” [en línea], 23 de enero de 2020, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/01/23/business/corporate-climate-davos.html>

41 The Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School. *Non US Climate Change Litigation. Suits against corporations*, disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case-category/corporations/> (última visita 13 de mayo de 2020). Youth Verdict v. Waratah Coal (Australia), Germanwatch v. Volkswagen (Alemania), Norwegian Climate Network et al. v. Statoil (Noruega), BankTrack, et al. v. ING Bank (Países Bajos), Market Forces v. SMBC, MUFJ and Mizuho (Japón), Federal Environmental Agency (IBAMA) v. Siderúrgica São Luiz Ltd. and Martins (Brasil), Greenpeace Poland v. PGE GiEK (Polonia), Smith v. Fronterra Co-Operative Group Limited (Nueva Zelanda), Citizens’ Committee on the Kobe Coal-Fired Power Plant v. Kobe Steel Ltd., et al. (Japón), Specific instance under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises submitted to the Slovenian and UK National Contact Point for the OECD Guidelines (Reino Unido – Eslovenia), Complaint against BP in respect of violations of the OECD Guidelines (Reino Unido), Friends of the Earth et al. v. Total (Francia), Mapuche Confederation of Neuquén v. YPF et al. (Argentina), ClientEarth v. Polska Grupa Energetyczna (Polonia), Notre Affaire à Tous and Others v. Total (Francia), Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc. (Países Bajos), ClientEarth v. Enea (Polonia), Abrahams v. Commonwealth Bank of Australia (Australia), Public Prosecutor’s Office v. H Carlos Schneider S/A Comércio e Indústria & Others (Brasil), Public Prosecutor’s Office v. Oliveira & Others (Brasil), Sao Paulo Public Prosecutor’s Office v. United Airlines and Others (Brasil), Lliuya v. RWE AG (Alemania), Grainger Plc and Others v. Nicholson (Reino Unido), Deutsche Bank AG v. Total Global Steel Ltd. (Reino Unido), CF Partners (UK) LLP v. Barclays Bank PLC (Reino Unido), In re Greenpeace Southeast Asia and Others (Filipinas), Royal Forest and Bird Protection Society of New Zealand Incorporated v. Buller Coal Ltd. (Nueva Zelanda), Weaver v. Corcoran and Others (Canadá), Chicago Climate Exchange v. Bourse de Montreal (Canadá), Australian Competition and Consumer Commission v. V8 Supercars Australia Pty. Ltd. (Australia), Australian Competition and Consumer Commission v. Prime Carbon Pty. Ltd. (Australia), Australian Competition and Consumer Commission v. Goodyear Tyres (Australia), Australian Competition and Consumer Commission v. GM Holden Ltd. (Australia), Australian Competition and Consumer Commission v. Global Green Plan Ltd. (Australia), Australian Competition and Consumer Commission v. De Longhi Australia Pty. Ltd. (Australia).

impacto ambiental y licencias, 5 por información y 6 involucran argumentos de derechos humanos: *In re Greenpeace Southeast Asia and Others* (Filipinas), *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.* (Países Bajos), *Friends of the Earth et al. v. Total* (Francia), *Youth Verdict v. Waratah Coal* (Australia), *Notre Affaire à Tous and Others v. Total* (Francia) y *Citizens' Committee on the Kobe Coal-Fired Power Plant v. Kobe Steel Ltd., et al.* (Japón).

LITIGIOS CLIMÁTICOS⁴²

Los tribunales están desempeñando un papel cada vez más visible en los debates de políticas sobre mitigación y adaptación al cambio climático, así como las pérdidas y daños relacionados con el cambio climático. Las demandas judiciales que abordan las causas y consecuencias del cambio climático, como la expansión de los aeropuertos, la dependencia de la energía a base de carbón y la erosión relacionada con el clima de los hábitats de especies en peligro de extinción, son cada vez más evidentes en los tribunales nacionales⁴³. Esto ha sido posible, en parte, gracias a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) de 1992, que abrió la puerta a los litigios climáticos, dándoles legitimidad a las víctimas, al reconocer que “tanto históricamente como en la actualidad, la mayor parte de las emisiones de efecto invernadero del mundo han tenido su origen en los países desarrollados”, y también al admitir que dichos países tienen “responsabilidades comunes pero diferenciadas” para compensar a las víctimas del cambio climático. Este espíritu se mantiene vigente en el Acuerdo de París, más concretamente en su artículo 8: “Las Partes reconocen la importancia de evitar, reducir al mínimo y afrontar las pérdidas y los daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático...”. Por lo tanto, las víctimas del cambio climático encuentran en este instrumento un sustento legal a sus reclamaciones de compensación

42 De acuerdo con Setzer y Bangalore, lo que conocemos como litigios climáticos no son realmente litigios climáticos, sino litigios que tratan de abordar de forma periférica el cambio climático. Esto se basa en que en más de las tres cuartas partes de los litigios climáticos (77%) el cambio climático figura como argumento auxiliar, no como uno central. SETZER, JOANA y BANGALORE, MOOK. “Regulating climate change in the courts”, en AVERCHENKOVA, ALINA; FANKHAUSER, SAM y NACHMANY, MICHAL (eds.), *Trends in Climate Change Legislation*, Edward Elgar Publishing 2017, p. 186.

43 SETZER, JOANA y VANHALA, LISA C. “Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance”, *WIREs Climate Change*, vol. 10, n.º 3, 2019, p. 1.

a través de los litigios. Sin embargo, y es uno de los grandes desafíos a superar, es necesario advertir que el acceso a remedios aún no ha tenido éxito en litigios climáticos; ningún tribunal ha establecido todavía, con miras al establecimiento de responsabilidad, vínculo de causalidad entre emisiones particulares e impactos negativos del cambio climático⁴⁴.

OBJETIVOS CLIMÁTICOS

De un estudio realizado por Setzer y Bangalore sobre una muestra de 253 litigios climáticos en 23 jurisdicciones, resaltan cuatro objetivos perseguidos por los litigios climáticos⁴⁵:

(a) Desafiar proyectos específicos o actividades concretas, que como consecuencia de sus altos niveles de emisiones de GEI contribuyen o contribuirán al cambio climático. En esta categoría podemos citar como ejemplo el litigio climático que logró declarar como ilegal la construcción de una tercera pista en el aeropuerto londinense de Heathrow por los riesgos que comportaba su alto nivel de emisiones de gases contaminantes⁴⁶. El 78% de la muestra corresponde a este tipo de litigio.

(b) Obtener mayor información por parte de gobiernos o empresas respecto de sus emisiones, o reclamar respecto de actuaciones que incluyan información incompleta o engañosa. Por ejemplo, el caso *BUND y Germanwatch v. Alemania*, en el que un tribunal alemán le ordenó al gobierno publicar la información sobre los impactos en el cambio climático causados por los créditos alemanes de exportación⁴⁷. El 7% de la muestra corresponde a este tipo de litigio.

44 SAVARESI, ANNALISA y HARTMANN, JACQUES. “The Impacts of Climate Change and Human Rights: Some Early Reflections on the Carbon Majors Inquiry” [en línea], noviembre de 2018, p. 2, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3277568

45 SETZER y BANGALORE. “Regulating climate change in the courts”, cit., pp. 182-183.

46 El País. “La justicia frena la ampliación del aeropuerto de Heathrow por el cambio climático”, 27 de febrero 2020, disponible en: https://elpais.com/sociedad/2020/02/27/actualidad/1582798774_550030.html

47 The Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School. “German Federation for Environment and Conservation (B.U.N.D.) e.V. v. Minister for Commerce and Labor on behalf of Federal Republic of Germany”, Climate Change Litigation Databases, 2006, disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/german-federation-for-environment-and-conservation-bund-ev-v-minister-for-commerce-and-labor-on-behalf-of-federal-republic-of-germany/>

(c) Reclamar la acción estatal, a través de la regulación climática, ya sea por medio de políticas públicas o de medidas legislativas, frente a los riesgos de la crisis climática. En esta categoría se sitúa el caso *Urgenda v. Países Bajos*. El 8% de la muestra corresponde a este tipo de litigio.

(d) Reclamar la compensación por daños y pérdidas ocasionados por eventos relacionados con el cambio climático. Un caso insignia en esta categoría es *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*⁴⁸, en el que, argumentando que el cambio climático forzaba a los habitantes de Kiribati a abandonar la isla, se apelaba ante un tribunal la decisión administrativa que le había negado el estatus de refugiado en Nueva Zelanda. El 8% de la muestra corresponde a este tipo de litigio.

MOMENTOS CLIMÁTICOS

En cuanto a las motivaciones u orientaciones de los litigios climáticos es posible identificar tres momentos:

(a) En un primer momento, a partir de experiencias de litigio contra compañías tabacaleras y de asbesto, se buscaba la compensación por daños ocasionados por compañías petroleras y de carbón.

(b) En un segundo momento, frente al fracaso de la mayoría de las iniciativas de la primera ola, los litigios se emprendieron en contra del Estado, alegando el incumplimiento por parte de este de sus obligaciones legales.

(c) El tercer y actual momento marca dos tendencias: por un lado, casos de alto perfil, como *Urgenda* y *Leghari*, que se han orientado a exigir al Estado actuar frente a la crisis climático y han hecho uso de argumentos de derechos humanos; por otro lado, una nueva ola de litigios climáticos contra las empresas. El estudio realizado por Setzer y Bangalore encontró que el 79% de las demandas se dirigen contra los gobiernos, mientras que el 11% se orientan contra las empresas⁴⁹.

48 The Sabin Center for Climate Change Law Columbia Law School. “Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment”, Climate Change Litigation Databases, 2006, disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/ioane-teitiota-v-the-chief-executive-of-the-ministry-of-business-innovation-and-employment/>

49 SETZER y BANGALORE. “Regulating climate change in the courts”, cit., p. 182.

2.1. LITIGIOS CLIMÁTICOS Y DERECHOS HUMANOS

Además del alto impacto que han tenido, los casos *Urgenda* y *Leghari* caracterizan una nueva tendencia en los litigios climáticos: el uso de argumentos de derechos humanos⁵⁰. Los jueces se habían mostrado reacios a aceptar el vínculo cambio climático-derechos humanos. Sin embargo, ante la evidencia que muestra cómo los impactos del cambio climático afectan profundamente a los individuos y las comunidades, se está configurando un giro hacia los derechos humanos en los litigios sobre el cambio climático, es decir, una tendencia a emplear cada vez más reclamos de derechos en los litigios climáticos. El punto de quiebre vino en 2015, en *Leghari*, cuando el juez Syed Mansoor Ali Shah, del Tribunal Superior de Lahore en Pakistán, estableció que la demora del gobierno nacional en la implementación del marco de política climática del país violaba los derechos fundamentales de los ciudadanos. En *Urgenda*, si bien el Tribunal de Distrito de La Haya no encontró una violación de los derechos humanos de los peticionarios, sí consideró seriamente los argumentos basados en los derechos humanos, y usó los derechos como una herramienta interpretativa al analizar la cuestión de si el gobierno holandés había incumplido su deber de cuidado hacia *Urgenda* y el pueblo holandés⁵¹.

La tendencia iniciada en *Urgenda* y *Leghari* se va reforzando. Más recientemente, otros litigios climáticos –*Juliana v. Estados Unidos*⁵² y *Greenpeace Filipinas v. Carbon majors*– muestran cómo los peticionarios argumentan que los demandados, al no reducir adecuadamente las emisiones de GEI y, por lo tanto, evitar los peores efectos del cambio climático, violan los derechos humanos⁵³.

50 El uso de los derechos humanos en los litigios climáticos no es una novedad, la novedad es el éxito en ese tipo de reclamaciones. La petición Inuit presentada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2005 fue el primer intento de alto perfil de utilizar normas de derechos humanos para generar medidas contra el cambio climático que tuvieran un impacto considerable, debido al papel que desempeñó la petición en el establecimiento de la agenda política a nivel regional y de la ONU. Véase SETZER y VANHALA. “Climate change litigation“, cit., p. 11.

51 PEEL y OSOFSKY. “Climate Change Litigation’s Regulatory Pathways”, cit., p. 38.

52 *Juliana v. United States*, n.º 6:15-cv-01517, (D.Or., 10 Nov. 2016) (Aiken, J.), 46 ELR 20175 (*Juliana*).

53 PEEL y OSOFSKY. “Climate Change Litigation’s Regulatory Pathways”, cit., p. 38.

El uso de los derechos humanos en los litigios climáticos se fundamenta en varias razones⁵⁴:

(a) Los derechos humanos sirven de base a la conclusión de que las acciones u omisiones de los Estados y las empresas con respecto al cambio climático pueden dar lugar a violaciones de derechos.

(b) Los derechos humanos son una herramienta interpretativa que ayuda a los tribunales a encontrar incumplimientos de otras obligaciones legales.

(c) El derecho internacional de los derechos humanos es relativamente sólido en comparación con el derecho ambiental internacional, y por ende las reclamaciones de derecho ambiental internacional tienen más probabilidades de tener éxito si pueden enmarcarse como reclamos de derechos humanos.

(d) Los derechos humanos pueden hacer que conceptos y pruebas potencialmente abstractos y distantes sobre el cambio climático sean más relevantes y personales a nivel local.

2.1.1. DESAFÍOS

La acción legal climática basada en derechos enfrenta una serie de desafíos específicos.

CAUSALIDAD

Para los reclamantes, un gran desafío consiste en demostrar el vínculo causal entre el daño tangible y las emisiones de GEI de los Estados o empresas, esto con miras a establecer la responsabilidad por los daños causados⁵⁵. Llevado a los derechos humanos, significaría la necesidad de establecer, por un lado, una relación entre las emisiones de GEI de un país o empresa, o la incapacidad de un Estado de implementar políticas de adaptación, y los impactos resultantes; y por otro, el posterior efecto sobre los derechos humanos⁵⁶.

Sin embargo, los desarrollos en la “ciencia de la atribución”, estudio de la relación entre el cambio climático y los eventos e impactos climáticos, están

54 SETZER y VANHALA. “Climate change litigation”, cit., p. 11; PEEL y OSOFSKY. “Climate Change Litigation’s Regulatory Pathways”, cit., p. 40.

55 International Bar Association. *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption* Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report. Londres, 2014 p. 76.

56 SETZER y VANHALA. “Climate change litigation”, cit., p. 10.

permitiendo a los científicos comprender mejor la relación entre las emisiones de GEI y los eventos climáticos extremos. Los litigios climáticos están comenzando a aprovechar estos avances en la ciencia de la atribución climática, y los tribunales podrían estar más abiertos a la noción de responsabilidad corporativa por el daño climático, siempre que la causa parcial pueda demostrarse científicamente con respecto a la conducta de la empresa acusada⁵⁷. En el caso *Lliuya v. RWE*, el Tribunal Superior Civil de Hamm (Alemania) aceptó provisionalmente los argumentos de causalidad del demandante sujetos a solicitudes de pruebas adicionales y opiniones de expertos que se presentarán en la etapa probatoria. El Tribunal también aceptó los modelos climáticos como una prueba legalmente válida, y concluyó que la cuestión de si las emisiones de RWE están contribuyendo parcialmente a las amenazas climáticas que enfrenta la ciudad del demandante es una determinación científica⁵⁸. En *Urgenda v. Países Bajos*, el tribunal se basó en gran medida en los informes del IPCC para definir la reducción de emisiones de GEI que el gobierno debería lograr para evitar los peligros inminentes relacionados con el cambio climático⁵⁹.

TEMPORALIDAD

Las violaciones de los derechos humanos se establecen una vez ha ocurrido un daño, mientras que los impactos del cambio climático se miden a partir de predicciones a futuro⁶⁰. La naturaleza reactiva de las regulaciones de derechos humanos significa que es difícil establecer el impacto del cambio climático sobre los derechos humanos cuando se requiere de un período de tiempo significativo después de la violación ambiental para que sus impactos se manifiesten. Las denuncias de violaciones de derechos humanos normalmente se establecen inmediatamente después de que se haya producido un daño real,

57 GANGULY, GEETANJALI; SETZER, JOANA y HEYVAERT, VEERLE. “If at First You Don’t Succeed: Suing Corporations for Climate Change”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, n.º 4, 2018, p. 855.

58 Germanwatch. “General Ruling of the Civil High Court in Hamm: Corporate Responsibility for Climate Change Impacts exists in German law – depending on evidence in any specific case to show responsibility” [en línea], 12 de diciembre de 2017, disponible en: <https://germanwatch.org/en/14831>

59 SETZER y VANHALA. “Climate change litigation”, cit., p. 9.

60 PEEL y OSOFSKY. “Climate Change Litigation’s Regulatory Pathways”, cit., p. 46.

mientras que en la ley ambiental el principio de precaución se adapta a los posibles impactos y daños centrados en el futuro⁶¹.

ESPACIALIDAD

El 59,74% de la zona costera de Cartagena presenta una alta amenaza de erosión costera producto del cambio climático⁶². A su vez, la erosión ocasiona un sinnúmero de afectaciones a los derechos humanos: vivienda adecuada, alimentación, trabajo. Respecto a las empresas, el desafío a superar es quién debería asumir la responsabilidad por esos impactos. De acuerdo con el criterio de proximidad, ¿es más responsable una empresa ubicada en el Distrito de Cartagena que, por ejemplo, una empresa situada en La Guajira o en el Cesar?

En el caso *Lyulia vs. RWE* se localizan los impactos del cambio climático en las vidas, medios de vida y prácticas culturales tradicionales. Se trata de un agricultor peruano, quien alega que RWE, la compañía de energía más grande de Alemania, con sus emisiones de GEI ocasiona impactos en todo el mundo, incluso en los Andes peruanos. Uno de los desafíos del caso es el factor tiempo, puesto que se basa en datos históricos de las emisiones de RWE (pasado), datos meteorológicos (presente) y modelos y predicciones de cómo el pueblo de Huaraz se verá afectado por el aumento de las temperaturas (futuro). Utiliza el concepto retrospectivo de responsabilidad para hacer que la empresa sea responsable de sus comportamientos pasados, y evite en el presente las consecuencias de los eventos que podrían ocurrir en el futuro⁶³.

EXTRATERRITORIALIDAD

Se refiere a la dificultad de proteger extraterritorialmente derechos humanos, en términos de responsabilizar a individuos, corporaciones o gobiernos por los tipos conductas dañinas que causan efectos en otros Estados.

61 SETZER y VANHALA. “Climate change litigation”, cit., p. 10.

62 Revista Semana. “Las playas de Colombia, en riesgo por el cambio climático” [en línea], 2 de noviembre de 2017, disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/impacto/articulo/cambio-climatico-amenaza-las-playas-de-colombia/38901>

63 HILSON, CHRIS. “Framing time in climate change litigation”, *Oñati Socio-Legal Series*, 16 de mayo de 2018, pp. 1-19, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3179384>

2.1.2. URGENDA

Uno de los litigios insignia es el caso *Urgenda* de 2015, en el cual esta ONG holandesa, junto con 900 ciudadanos, obtuvo fallo favorable en una demanda contra el Estado neerlandés, logrando que un juez estableciera que los Países Bajos, al tener un deber de cuidado, deben intensificar esfuerzos para reducir los GEI y cumplir con las obligaciones que en este sentido emanan de los tratados internacionales. El tribunal sostuvo que los esfuerzos de reducción de emisiones del gobierno fueron inadecuados y le ordenó a este garantizar que las emisiones nacionales de GEI para el año 2020 sean por lo menos un 25% inferiores a los niveles de 1990.

Los argumentos de derechos humanos desarrollados en *Urgenda* se basaron en la protección del derecho a la vida (art. 2) y del derecho a la vida privada y familiar (art. 8) consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos. Si bien este convenio no incluye un derecho explícito a un medio ambiente seguro o saludable, las formas de protección en los artículos 2 y 8 han sido interpretadas repetidamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como extendidas a situaciones de daño ambiental, considerando que el Estado puede tener la obligación positiva de tomar medidas para salvaguardar los derechos de los individuos de tales daños. *Urgenda* sostuvo que el Estado, al no tomar las medidas adecuadas para proteger a sus ciudadanos del daño climático, violaba los derechos a la vida, y a la vida privada y familiar.

Sin embargo, a pesar de que el tribunal no encontró que las deficiencias en la política neerlandesa de mitigación del clima violaran los derechos humanos, sí reconoció los graves impactos del cambio climático frente a los derechos humanos en los siguientes términos: “situación altamente peligrosa para el hombre y el medio ambiente”⁶⁴, “un peligro global que podría resultar en un clima de vida deteriorado en los Países Bajos”⁶⁵, y un problema con “graves consecuencias para el hombre y el medio ambiente”⁶⁶.

64 Tribunal de La Haya. *Stichting Urgenda v. Government of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, Rechtbank Den Haag, C/09/456689/HA ZA 13-1396 (*Urgenda*), 6 de junio de 2015, para. 4.18, disponible en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145>

65 *Ibid.*, para. 4.55.

66 *Ibid.*, para. 4.65.

2.1.3. LEGHARI

A diferencia de la sentencia *Urgenda*, *Leghari* representa un caso exitoso en el uso de argumentos de derechos como base legal de litigio climático. Además, su enfoque en la inacción del gobierno para abordar los desafíos de adaptación se relaciona mucho más estrechamente con las consecuencias humanas del cambio climático. El peticionario en el caso, el Sr. Ashgar Leghari, era un agricultor con un medio de vida dependiente de la agricultura. Leghari afirmó que el cambio climático representaba una grave amenaza para la seguridad del agua, los alimentos y la energía en Pakistán y, por lo tanto, vulneraba los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, incluido el derecho a la vida (art. 9), el derecho a la dignidad de la persona y la privacidad de hogar (art. 14) y el derecho a la propiedad (art. 23). La acción del Estado que motivó el litigio fue la implementación inadecuada de la Política Nacional de Cambio Climático 2012 y el Marco de Apoyo para la Implementación de la Política de Cambio Climático 2014-2030. El tribunal estimó que, al no implementar dichas políticas de manera oportuna, las autoridades gubernamentales “violan los derechos fundamentales de los ciudadanos que necesitan ser salvaguardados”⁶⁷.

La Corte identificó un principio de justicia climática, al considerar que el derecho a la vida, el derecho a la dignidad humana, el derecho a la propiedad y el derecho a la información, leídos junto con los valores constitucionales de justicia política, económica y social, proporcionan las herramientas judiciales necesarias para abordar y monitorear la respuesta del gobierno al cambio climático⁶⁸. Por lo tanto, la Corte decidió establecer una Comisión de Cambio Climático para seleccionar e implementar las prioridades de adaptación de tal manera que respete y proteja los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los daños climáticos⁶⁹.

67 *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan* (W.P. n.º 25501/2015), Lahore High Court Green Bench, Orders of 4 Sept. and 14 Sept. 2015, disponible en: https://elaw.org/pk_Leghari (*Leghari*), para. 8.

68 *Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan*, cit., para. 7.

69 The Sabin Center for Climate Change, Law Columbia Law School. *Leghari v. Federation of Pakistan*. Climate Change Litigation Databases, 2015, disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>

2.2. LITIGIOS CLIMÁTICOS Y EMPRESAS

En efecto, los litigios climáticos también involucran a las empresas, como una forma de presión para que tomen medidas frente a sus emisiones de GEI. No es sorprendente que los principales productores de carbono y petróleo estén respondiendo como demandantes en demandas privadas relacionadas con el cambio climático. Los litigios climáticos que se están desarrollando en torno a la relación cambio climático-empresas-derechos humanos obedecen a dos tendencias que se relacionan entre sí: las *Carbon majors* y el Acuerdo de París. La primera tendencia se fundamenta principalmente en el trabajo de Richard Heede, quien mapeó y cuantificó las emisiones acumuladas de los 90 mayores productores de carbono (*Carbon majors*) desde 1854 hasta 2010^[70]. Sin embargo, se ha criticado la ausencia de litigios climáticos que involucren a otras industrias, que también producen grandes emisiones de GEI; por ejemplo: el sector del transporte, responsable de una cuarta parte de las emisiones de CO₂ a nivel mundial⁷¹; el sector automotriz; el sector financiero, o la industria de la carne; “si fueran un país, las vacas serían el sexto emisor más grande del mundo, por encima de Brasil, Japón y Alemania”⁷², y se estima que los “*meat majors*” son responsables de más emisiones anuales de GEI que Exxon, Shell o BP⁷³.

2.2.1. CARBON MAJORS

El caso de las *Carbon majors* hace parte de la tendencia mundial de litigios climáticos que involucra a las empresas. Con base en la investigación de Richard

70 FRUMHOFF, PETER C.; HEEDE, RICHARD y ORESKES NAOMI. “The climate responsibilities of industrial carbon producers” [en línea], *Climatic Change*, 132, 2015, pp. 157-171, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10584-015-1472-5>

71 National Geographic. “¿Sobrevivirán los viajes sostenibles al coronavirus?” [en línea], disponible en: <https://www.ngenespanol.com/agenda/sobreviviran-los-viajes-sostenibles-al-coronavirus/>

72 The New York Times. “El negocio de los eructos: los científicos ‘huelen’ ganancias en las emisiones de las vacas”, 7 de mayo de 2020. Véase también GERBER, P. J.; STEINFELD, H.; HENDERSON, B. *et al.* *Tackling climate change through livestock – A global assessment of emissions and mitigation opportunities*, Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), Roma, 2013, pp. 1-139.

73 RITCHIE, HANNAH; REAY, DAVID y HIGGINS, PETER. “The impact of global dietary guidelines on climate change”, en *Global Environmental Change*, 2018, vol. 49, pp. 46-55.

Heede⁷⁴ es posible argumentar que las empresas son causantes y deberían ser responsables del cambio climático. Desde el momento en que las *Carbon majors* se dieron cuenta por primera vez de que los combustibles fósiles contribuyen al cambio climático, a partir del primer Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) de la ONU emitió su primer informe en 1990^[75], han faltado al deber negativo fundamental que atañe a todos en todo momento: el de no hacer daño. La responsabilidad basada en el deber de no causar daño, no solo se fundamenta en la participación proporcional en las emisiones totales, sino también en dos criterios adicionales: el conocimiento culpable también afecta su nivel de responsabilidad, y en la mitigación de las acciones que causan o afectan el cambio climático, incluida, por ejemplo, la no financiación de investigaciones falsas que niegan el cambio climático o sus efectos⁷⁶.

GREENPEACE FILIPINAS V. CARBON MAJORS

Un ejemplo de litigio climático contra empresas fundado en el *Carbon majors* de Heede es *Greenpeace Filipinas v. Carbon majors*. En 2015, Greenpeace, junto con varias ONG y varios sobrevivientes de tifones, presentó una petición ante la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas en contra de las top 50 *Carbon majors* responsables hasta 2010 del 21.72% del total de emisiones globales, para que iniciara una investigación por presuntas violaciones a los derechos humanos. La petición señalaba que las *Carbon majors*, por sus contribuciones al cambio climático, deben ser responsables por las violaciones o amenazas de violaciones a los derechos de los filipinos a la vida, al más alto nivel de salud física y mental, a la alimentación, al saneamiento básico, a una vivienda adecuada y a la autodeterminación⁷⁷.

74 HEEDE. “Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers”, cit., pp. 229-241.

75 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [IPCC]. *Cambio climático: las evaluaciones del IPCC de 1990 y 1992*, 1992, disponible en: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/ipcc_90_92_assessments_far_full_report_sp.pdf

76 SHUE, HENRY. “Responsible for What? Carbon Producer CO₂ Contributions and the Energy Transition”, en *Climatic Change* 144:4, 2017, p. 594.

77 Véase Greenpeace Filipinas. *The Climate Change and Human Rights Petition*, 9 de diciembre de 2019, disponible en: <https://www.greenpeace.org/philippines/press/1237/the-climate-change-and-human-rights-petition/>

La petición exige se remedien las violaciones de los derechos humanos, y propone un interesante método a fin de determinar el nivel de responsabilidad individual de cada una de las top 50 *Carbon majors*. El método propuesto por Greenpeace tiene en cuenta dos elementos: en primer lugar, identificar la contribución de la empresa al estimado global de emisiones de carbono; y en segundo lugar, establecer cuándo se supone que la empresa tuvo conocimiento, o fue informada, de los efectos nocivos de sus operaciones, incluidos los impactos sobre el clima, el equilibrio ecológico y la salud de las personas.

Tomando a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos como estándar en materia de responsabilidad empresarial en temas de cambio climático y derechos humanos, la petición de Greenpeace alega que frente a los derechos humanos las *Carbon majors* pueden ver comprometida su responsabilidad en tres dimensiones⁷⁸:

- Pueden causar impactos a través de sus propias actividades.
- Pueden contribuir a los impactos a través de sus propias actividades, ya sea directamente o mediante alguna entidad externa.
- Pueden estar involucradas en los impactos causados por una entidad que está directamente vinculada a sus operaciones comerciales, productos o servicios.

2.2.2. ACUERDO DE PARÍS

El Acuerdo de París representa el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de las amenazas inaceptables que el cambio climático plantea para el pleno disfrute de los derechos humanos, y de que las acciones para abordar el cambio climático deben cumplir con el enfoque de los derechos humanos. En efecto, frente a la relación entre cambio climático y derechos humanos, el Acuerdo de París establece en su preámbulo: “Reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos”.

Que se encuentren “relegados” en el preámbulo no significa que los derechos humanos hayan sido completamente excluidos. En el derecho de los

⁷⁸ Greenpeace Southeast Asia. *Petition to the Commission on Human Rights of the Philippines Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change*, 2015, p. 19.

tratados, el preámbulo sirve a la interpretación del tratado, en especial respecto a su fin y objeto⁷⁹, lo cual le otorga cierto grado de influencia en términos de ejecución del tratado. Si bien de la interpretación del Acuerdo de París no se puede determinar que las partes han de asegurar la compatibilidad entre las medidas ambientales requeridas por el tratado y los derechos humanos, la mención de estos últimos en el preámbulo hace que deban ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar medidas de protección ambiental⁸⁰.

Ahora bien, si en el Acuerdo de París se combinan el preámbulo y el objetivo mundial de reducir los riesgos del cambio climático consistente en “Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático”⁸¹, el Acuerdo de París posiblemente refleja el reconocimiento de la necesidad de salvaguardar los intereses de las personas y comunidades más vulnerables como parte de la respuesta global al cambio climático.

Sin embargo, a pesar de la contribución empresarial al cambio climático, la cual a su vez se traduce en impactos negativos para los derechos humanos, no está del todo claro en qué medida su responsabilidad de respetar los derechos humanos implica la adopción de medidas para controlar, reducir y rendir cuentas de sus emisiones de GEI, con el fin de contribuir a lograr el objetivos de mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, consistente con el Acuerdo de París⁸².

79 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 31.2.

80 TRIGEAUD, LAURENT. “Las referencias a los Derechos Humanos en el Acuerdo de París (COP21)”, en JIMÉNEZ, HENRY y TOUS, JAVIER (eds.), *Cambio climático, energía y derechos humanos: desafíos y perspectivas*, Fundación Heinrich Böll, Heidelberg Center para América Latina, Barranquilla, 2017, p. 138.

81 Acuerdo de París. Art. 2. Naciones Unidas 2015, p. 3, disponible en: https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/spanish_paris_agreement.pdf

82 MALJEAN-DUBOIS, SANDRINE y WEMAËRE, MATTHIEU. “‘Complex is beautiful’: What role for the 2015 Paris Agreement in making the Effective Links within the Climate Regime Complex?”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 14, n.º 3, 2017, pp. 21–29, citado en IGLESIAS MÁRQUEZ, DANIEL. “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática”, *Brazilian Journal of International Law*, vol. 16, n.º 3, 2019, p. 52.

*FRIENDS OF THE EARTH NETHERLANDS
(MILIEUDEFENSIE) V. SHELL (PAÍSES BAJOS)*

Un ejemplo de litigio climático contra una empresa que toma como parámetro el Acuerdo de París es *Milieudefensie v. Shell*. En 2018, la ONG Friends of the Earth envió una carta a Shell solicitándole reconocer su responsabilidad legal, modificando su estrategia corporativa y decisiones de inversión, con el fin de alinearlas con los objetivos climáticos globales establecidos en el Acuerdo de París⁸³. La carta destaca que, además de estar obligado por la legislación de los Países Bajos a respetar los derechos humanos, Shell, junto con las otras grandes multinacionales de combustibles fósiles, tiene una responsabilidad especial por el aumento previsto de violaciones de derechos humanos como resultado del inminente cambio climático.

Este caso es clave puesto que vincula los tres elementos de análisis: empresas, cambio climático y derechos humanos. Aquí los derechos humanos juegan un papel importante, puesto que son usados como advertencia legal a Shell. Esto marca una tendencia creciente en los casos de violaciones de derechos humanos causadas por el cambio climático: el uso de acuerdos y normas internacionales sobre cambio climático, combinados con instrumentos de derechos humanos y principios de equidad intergeneracional para responsabilizar a países y empresas⁸⁴.

2.2.3. GOBERNANZA CLIMÁTICA

Por gobernanza climática se entiende el conjunto de acciones, medidas o políticas que aumentan la resistencia a los riesgos climáticos o reducen las emisiones de GEI⁸⁵. Los litigios climáticos surgieron como respuesta a fallas institucionales tanto a nivel internacional como nacional, y como un instrumento

83 Milieudefensie. “Milieudefensie sends a letter to Shell, asking them to stop causing climate change” [en línea], 2018, disponible en: <https://en.milieudefensie.nl/news/noticeletter-shell.pdf>

84 Danish Institute for Human Rights (DIHR). “Climate change is a human rights concern”, 4 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.humanrights.dk/news/climate-change-human-rights-concern>

85 PEEL, JACQUELINE y OSOFSKY, HARI M. “Climate Change Litigation’s Regulatory Pathways: A Comparative Analysis of the United States and Australia”, *Law and Policy*, vol. 35, n.º 3, 2013, p. 153.

para debatir, hacer cumplir, aumentar o desafiar la legislación climática⁸⁶. Es necesario reconocer el gran potencial de los litigios, ejerciendo presión sobre los responsables de la formulación de políticas y toma de decisiones, bien sea en el nivel legislativo o en el ejecutivo. También en caso de falta, o insuficiencia, de regulación, las decisiones de los jueces en los litigios climáticos pueden tener efectos regulatorios directos, reemplazando o reforzando la legislación o las políticas nacionales⁸⁷. Los jueces pueden tanto apoyar o presionar a los tomadores de decisión, legislativo y ejecutivo⁸⁸, como asignar responsabilidades concretas ligadas al cambio climático.

Sin embargo, también es posible que los litigios no tengan un impacto considerable en términos de regulación climática. Más aún si se toma en cuenta que una de las tendencias de los litigios climáticos se ha centrado en examinar casos individuales o desarrollos en jurisdicciones específicas. Al respecto, es necesario recalcar que el cambio climático es un problema estructural y como tal requiere respuestas estructurales. Por lo tanto, sin quitarle mérito al terreno avanzado por los litigios climáticos en materia de empresas y derechos humanos, es menester buscar apoyo en la gobernanza climática y que la ruta hacia los cambios estructurales se convierta en una doble vía, donde no solo los litigios soporten la regulación, sino que también la regulación facilite los litigios.

Ejemplo de la interacción de la gobernanza con el litigio climático es la Ley francesa de Deber de Vigilancia (*Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*). De forma general, esta regulación establece en cabeza de las empresas francesas la obligación de, a través de planes de vigilancia, identificar y prevenir las vulneraciones a los derechos humanos y al medio ambiente que resulten no solo de sus propias operaciones, sino también de las actividades de sus filiales, contratistas y proveedores con los que mantiene una relación comercial, dentro y fuera de Francia. Esta ley estipula la responsabilidad de la empresa matriz por los actos de sus filiales y contratistas que pongan en riesgo las libertades públicas, el medio ambiente o

86 SETZER y VANHALA. "Climate change litigation", cit., p. 7.

87 SETZER y BANGALORE. "Regulating climate change in the courts", cit., p. 175.

88 Por ejemplo, la decisión en *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* tuvo en su momento un impacto directo en la política climática estadounidense, sirviendo de base para los compromisos surgidos del Acuerdo de París. Véase LORD CARNWATH, JSC. "Climate change adjudication after Paris: a reflection", *Journal of Environmental Law*, 28(1), 2016, pp. 5-9.

la salud. Ejemplos de litigios iniciados con base en esta regulación son *Friends of the Earth et al. v. Total*⁸⁹ y *Notre Affaire à Tous v. Total*.

NOTRE AFFAIRE À TOUS V. TOTAL⁹⁰

El caso *Total*⁹¹ es único en su especie, puesto que por primera vez se trata de imputar responsabilidad a una empresa, y no a un Estado, por contribuir al cambio climático en el marco de las obligaciones establecidas por el Acuerdo de París. Concretamente este litigio tendrá que determinar si la compañía petrolera francesa violó la Ley francesa de Deber de Vigilancia, al no informar adecuadamente los riesgos climáticos asociados con sus actividades ni tomar medidas para mitigar esos riesgos de acuerdo con los objetivos del Acuerdo de París.

Las ONG francesas *Notre Affaire à Tous*, *Sherpa*, *Zea* y *Les Eco Maires*, junto con 13 municipalidades francesas, reclamaron a *Total* el no haber incluido ninguna referencia al cambio climático en su primer plan de vigilancia, ignorando, según los accionantes, la obligación legal de tomar medidas para prevenir violaciones a los derechos humanos y afectaciones al medio ambiente como resultado de sus operaciones, incumpliendo así lo estipulado en la Ley de Deber de Vigilancia. La iniciativa busca una orden judicial que obligue a *Total* a establecer una estrategia corporativa que: (a) identifique los riesgos derivados de las emisiones de GEI resultantes del uso de bienes y servicios que produce *Total*; (b) identifique los riesgos de daños graves relacionados con el clima como se describe en el último informe especial del IPCC de octubre de 2018, y (c) emprenda acciones para garantizar que las actividades de la compañía se alineen con una trayectoria compatible con los objetivos climáticos

89 The Sabin Center for Climate Change, Law Columbia Law School. *Friends of the Earth et al. v. Total*, 2019, disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/friends-of-the-earth-et-al-v-total/>

90 The Sabin Center for Climate Change, Law Columbia Law School. *Notre Affaire à Tous and Others v. Total*, 2019, disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-total/>

91 Con base en el mencionado *Carbon Majors Report*, la multinacional *Total* es una de las 20 empresas del mundo que más contribuyen al cambio climático, siendo responsable cada año de alrededor del 1% de las emisiones globales, equivalentes a 458 millones de toneladas de CO₂eq. Véase GRIFFIN, PAUL. “Carbon Disclosure Project CDP”, *The Carbon Majors Database*, CDP *Carbon Majors Report 2017* [en línea], julio de 2017, disponible en: <https://www.cdp.net/en/articles/media/new-report-shows-just-100-companies-are-source-of-over-70-of-emissions>

del Acuerdo de París, esto es, se ajusten al estándar de 1,5 °C fijado por el Panel Intergubernamental del Cambio Climático. Los demandantes sostienen que estas obligaciones se derivan de la regulación climática y de derechos humanos francesa, la Ley sobre el Deber de Vigilancia de las empresas. Esta ley requiere que una compañía produzca un “plan de vigilancia” que identifique y busque mitigar los riesgos para los derechos humanos, las libertades fundamentales, el medio ambiente y la salud pública que podrían resultar directa o indirectamente de las operaciones de las empresas. Los accionantes consideran que Total viola la Ley de Deber de Vigilancia, puesto que no está tomando las medidas necesarias para identificar y prevenir las afectaciones al medio ambiente, cambio climático y a los derechos humanos causadas por sus operaciones⁹².

CONCLUSIÓN

A continuación formulamos algunas reflexiones finales sobre la cuestión del cambio climático, las empresas y los derechos humanos.

Primero. Los impactos del cambio climático en la vida, los medios de vida y la salud de los seres humanos son consecuencia de una serie de elementos, entre los que resaltan la acción e inacción de los Estados y las emisiones empresariales; pero también es necesario preguntarse: ¿qué grado de responsabilidad les atañe a los consumidores y a la sociedad en general? Una empresa con altos índices de emisiones produce o presta servicios que luego son utilizados por consumidores: ¿les correspondería cierto grado de responsabilidad por las emisiones a estos consumidores? Más allá de establecer una responsabilidad en cabeza de estos, o de insinuar que, si en últimas todos somos responsables, también en últimas nadie termina siendo responsable, se trata de reflexionar sobre el hecho de que si bien es necesario asignar obligaciones a las empresas en materia de cambio climático y derechos humanos, las vulneraciones a estos no cesarán a menos que se impulse una transición definitiva de sistema de consumo y de vida, donde verdaderamente se privilegie la dignidad humana por encima de otros valores.

92 Business and Human Rights Resource Centre. *First climate change litigation against a company in France: 14 local authorities and 5 NGOs take Total to court*, disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/france-ngos-local-authorities-to-bring-case-against-total-over-alleged-failure-to-set-out-measures-on-climate-change-under-duty-of-vigilance-law>

Segundo. “[N]o existe un equivalente a la compensación por las emisiones de carbono que pueda aplicarse a los daños causados a los derechos humanos: el hecho de no respetar los derechos humanos en un ámbito no puede compensarse por la aportación de un beneficio en otro”⁹³. Las iniciativas de responsabilidad social empresarial, de sostenibilidad empresarial o de empresas y derecho humanos que no vayan relacionadas con la compensación o reducción de emisiones no solucionan los impactos negativos que el cambio climático ocasiona en la vida de las personas.

Tercero. Colombia, como Estado parte del Acuerdo de París, debe mostrar un liderazgo claro y tomar las medidas necesarias para alcanzar el objetivo de dicho acuerdo, esto es, mantener el aumento de la temperatura media global por debajo de los 2 °C adicionales a los niveles preindustriales. Estas medidas deben incluir regulaciones climáticas concretas frente a las empresas tanto nacionales como extranjeras que hacen presencia en el territorio nacional. A pesar del “compromiso del Gobierno del Presidente Iván Duque Márquez en la búsqueda de un equilibrio entre la actividad empresarial y la garantía plena de los derechos humanos”, en virtud del cual “se construye el segundo Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos 2019-2022, [que] tiene como objetivo fortalecer la protección y el respeto de los derechos humanos, así como el acceso a mecanismos de reparación efectiva en el marco de las actividades empresariales para las personas en Colombia”⁹⁴, en este Plan no figura ninguna mención a la crisis climática.

Cuarto. Los países del denominado Sur Global, dentro de los que se encuentra Colombia, muestran características que son exclusivas de los litigios climáticos de dicha zona. Allí, la naturaleza a veces aislada de los problemas climáticos se logra vincular con las disputas más amplias e históricas en materia de derechos humanos, protección del medio ambiente, uso del suelo, gestión de desastres y conservación de los recursos naturales⁹⁵. Si bien este escenario logra explotar la audacia, creatividad y proteccionismo de los jueces, para

93 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*, New York y Ginebra, 2012, p. 18.

94 Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales. Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos 2019-2022 [en línea], 2019, p. 6, disponible en: <http://www.colombiainforma.info/wp-content/uploads/2019/12/Borrador-PNA-octubre.pdf>

95 Véase SETZER, JOANA y BENJAMIN, LISA. “Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations”, *Transnational Environmental Law*, vol. 9, n.º 1, 2020, pp. 77-101.

crear una mayor preocupación por los impactos del cambio climático en los derechos humanos, especialmente de la población vulnerable, la invitación es a cambiar de enfoque o repartir las cargas en términos de protección. Esto es, a soportar desde la gobernanza climática los procesos de protección de derechos amenazados por la crisis climática, sin esperar la acción de los litigios, cuyos resultados pueden ser tardíos, de impacto específico para los casos en cuestión o de poco impacto. Es necesaria una acción regulatoria por parte del Estado que determine reglas de juego claras para las empresas, señalándoles lo que se espera de ellas, y fijando, entre otras cosas, estándares en materia de reducción de emisiones, de respeto a los derechos humanos y obligaciones de remedio respecto a los impactos que ocasionen en los derechos humanos a partir de sus contribuciones al cambio climático.

Quinto. Si bien la experiencia ha demostrado la necesidad de regulación climática y en derechos humanos por parte del Estado, la respuesta empresarial al cambio climático no debería depender de la acción o inacción estatal, ya sea vía regulación o vía litigio. En la práctica, los instrumentos internacionales existentes de *soft law*, como los Principios Ruggie, deberían ser suficientes para guiar y alinear el compromiso empresarial en tanto actores sociales y democráticos verdaderamente comprometidos con la sostenibilidad del planeta y con la vida humana⁹⁶. Sin embargo, experiencias negativas muestran que las actuaciones de algunas empresas distan de lo estipulado en los instrumentos internacionales. Por ejemplo, el pasado 25 de junio el fiscal general de Washington DC demandó a las empresas ExxonMobil, Chevron, BP y Shell por haber “confundido sistemática e intencionalmente a los consumidores [...] respecto al rol central que sus productos juegan causando el cambio climático”⁹⁷. El ritmo de la economía y del mundo de los negocios siempre va a ser más acelerado, e irá varios pasos adelante del ritmo de respuesta de las regulaciones estatales o de los litigios, por lo que se requiere un compromiso real por parte

96 Véase KESSEDIAN, CATHERINE. “Le droit tendre (soft law) est-il apte à encadrer la responsabilité des entreprises pour leurs violations des droits de l’homme?”, en *Mélanges en l’honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité - Sources et régimes du droit international des droits de l’homme*, París, Pedone, 2017, pp. 1323-1336.

97 Texto original: “systematically and intentionally misled consumers [...] about the central role their products play in causing climate change”. NOOR, DHARNA. “Apparently It’s Sue Big Oil Week”, Gizmodo, 25 de junio de 2020 [en línea], disponible en: <https://earth.gizmodo.com/apparently-it-s-sue-big-oil-week-1844166822>

de las empresas que, más allá de lo jurídico, éticamente integre dentro del ADN empresarial el respeto por los derechos humanos y el medio ambiente.

REFERENCIAS

Acuerdo de París. Naciones Unidas, 2015, disponible en: https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/spanish_paris_agreement.pdf

Ashgar Leghari v. Federation of Pakistan (W.P. n.º 25501/2015), Lahore High Court Green Bench, Orders of 4 Sept. and 14 Sept. 2015, disponible en: https://elaw.org/PK_AshgarLeghari_v_Pakistan_2015

Business and Human Rights Resource Centre. *First climate change litigation against a company in France: 14 local authorities and 5 NGOs take Total to court*, disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/france-ngos-local-authorities-to-bring-case-against-total-over-alleged-failure-to-set-out-measures-on-climate-change-under-duty-of-vigilance-law>

Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales. Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos 2019-2022 [en línea], 2019, disponible en: <http://www.colombiainforma.info/wp-content/uploads/2019/12/Borrador-PNA-octubre.pdf>

Consejo de Derechos Humanos [HRC]. “Reports on human rights and climate change”, A/HRC/10/61, A/HRC/42/26, A/HRC/41/26, A/HRC/38/21, A/HRC/37/CRP.4, A/HRC/35/14, A/HRC/35/13, A/HRC/32/24, A/HRC/32/23.

Consejo de Derechos Humanos [HRC]. A/HRC/10/61, “Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos”, 15 de enero de 2009.

Consejo de Derechos Humanos [HRC]. A/HRC/41/39, “Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. El cambio climático y la pobreza”, 17 de julio de 2019.

Consejo de Derechos Humanos [HRC]. Resolución 7/23, Los derechos humanos y el cambio climático, 28 de marzo de 2008.

Consejo de Derechos Humanos [HRC]. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/74/161, 15 de julio de 2019.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 1969.

COOK, J.; SUPRAN, G.; LEWANDOWSKY, S. *et al.* *America Misled: How the fossil fuel industry deliberately misled Americans about climate change* [en línea], Fairfax, VA, George Mason University Center for Climate Change Communication, 2019, disponible en: <https://www.climatechangecommunication.org/america-misled/>

Danish Institute for Human Rights (DIHR). “Climate change is a human rights concern”, 4 de noviembre de 2016, disponible en: <https://www.humanrights.dk/news/climate-change-human-rights-concern>

El País. “La justicia frena la ampliación del aeropuerto de Heathrow por el cambio climático” [en línea], 27 de febrero de 2020, disponible en: https://elpais.com/sociedad/2020/02/27/actualidad/1582798774_550030.html

FRUMHOFF, PETER C.; HEEDE, RICHARD y ORESKES NAOMI. “The climate responsibilities of industrial carbon producers” [en línea], *Climatic Change*, 132, 2015, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10584-015-1472-5>

GANGULY, GEETANJALI; SETZER, JOANA y HEYVAERT VEERLE. “If at First You Don’t Succeed: Suing Corporations for Climate Change”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, n.º 4, 2018.

GERBER, P. J.; STEINFELD, H.; HENDERSON, B. *et al.* *Tackling climate change through livestock – A global assessment of emissions and mitigation opportunities*, Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), Roma, 2013.

Germanwatch. “General Ruling of the Civil High Court in Hamm: Corporate Responsibility for Climate Change Impacts exists in German Law – Depending on evidence in any specific case to show responsibility” [en línea], 12 de diciembre de 2017, disponible en: <https://germanwatch.org/en/14831>

Greenpeace Filipinas. *The Climate Change and Human Rights Petition*, 9 de diciembre de 2019, disponible en: <https://www.greenpeace.org/philippines/press/1237/the-climate-change-and-human-rights-petition/>

Greenpeace Southeast Asia. *Petition to the Commission on Human Rights of the Philippines Requesting for Investigation of the Responsibility of the Carbon Majors for Human Rights Violations or Threats of Violations Resulting from the Impacts of Climate Change*, 2015.

- GRIFFIN, PAUL. “Carbon Disclosure Project CDP”, *The Carbon Majors Database, CDP Carbon Majors Report 2017* [en línea], julio de 2017, disponible en: <https://www.cdp.net/en/articles/media/new-report-shows-just-100-companies-are-source-of-over-70-of-emissions>
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [IPCC]. *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, Part A: Global and Sectoral Aspects*, Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, Cambridge University Press, 2014.
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [ipcc]. *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, PARRY, M. L.; CANZIANI, O. F.; PALUTIKOF, J. P.; VAN DER LINDEN, P. J. y HANSON, C. E. (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2007.
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [IPCC]. *Cambio climático: las evaluaciones del IPCC de 1990 y 1992, 1992*.
- HEEDE, RICHARD. “Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010”, *Climatic Change*, 122, 2014.
- HILSON, CHRIS, “Framing Time in Climate Change Litigation”, Oñati Socio-Legal Series, Forthcoming, 16 de mayo de 2018, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3179384>
- IGLESIAS MÁRQUEZ, DANIEL. “Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, Ciudad de México, 2020.
- IGLESIAS MÁRQUEZ DANIEL, “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática”, *Brazilian Journal of International Law*, vol. 16, n.º 3, 2019.
- International Bar Association. *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report*, Londres, 2014.
- KESSEDJIAN, CATHERINE. “Le droit tendre (soft law) est-il apte à encadrer la responsabilité des entreprises pour leurs violations des droits de l’homme?”, *Mélanges en*

l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'homme, París, Pedone, 2017.

KNOX, JOHN H. “Climate Change and Human Rights Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, n.º 1, 2009.

LORD CARNWATH, JSC. “Climate Change Adjudication after Paris: A Reflection”, *Journal of Environmental Law*, vol. 28, n.º 1, 2016.

MALJEAN-DUBOIS, SANDRINE; WEMAÈRE, MATTHIEU. “Complex is beautiful: What role for the 2015 Paris Agreement in making the Effective Links within the Climate Regime Complex?”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 14, n.º 3, 2017.

Milieudefensie. “Milieudefensie sends a letter to Shell, asking them to stop causing climate change” [en línea], 2018, disponible en: <https://en.milieudefensie.nl/news/noticeletter-shell.pdf>

National Geographic. “¿Sobrevivirán los viajes sostenibles al coronavirus?” [en línea], disponible en: <https://www.ngenespanol.com/agenda/sobreviviran-los-viajes-sostenibles-al-coronavirus/>

NOOR, DHARNA. “Apparently It’s Sue Big Oil Week”, Gizmodo, 25 de junio de 2020 [en línea], disponible en: <https://earth.gizmodo.com/apparently-it-s-sue-big-oil-week-1844166822>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *Understanding Human Rights and Climate Change*, Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 2015.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos*, Guía para la interpretación, Nueva York y Ginebra, 2012.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’*, Nueva York y Ginebra, 2011.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR]. *Applying a human rights-based approach to climate change negotiations*,

- policies and measures. [en línea], disponible en: <http://hrbaportal.org/wp-content/files/InfoNoteHRBAI.pdf>
- PEEL, JACQUELINE y OSOFSKY, HARI M. “A Rights Turn in Climate Change Litigation?”, *Transnational Environmental Law*, 7:1, Cambridge University Press, 2018.
- PEEL, JACQUELINE y OSOFSKY, HARI M. “Climate Change Litigation’s Regulatory Pathways: A Comparative Analysis of the United States and Australia”, *Law and Policy*, vol. 35, n.º 3, 2013.
- Revista Semana. “Las playas de Colombia, en riesgo por el cambio climático” [en línea], 2 de noviembre de 2017, disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/impacto/articulo/cambio-climatico-amenaza-las-playas-de-colombia/38901>
- RITCHIE, HANNAH; REAY, DAVID y HIGGINS, PETER. “The impact of global dietary guidelines on climate change”, *Global Environmental Change*, 2018, vol. 49.
- SAVARESI, ANNALISA y HARTMANN, JACQUES. *The Impacts of Climate Change and Human Rights: Some Early Reflections on the Carbon Majors Inquiry* [en línea]. Noviembre de 2018, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3277568
- SAVARESI, ANNALISA y HARTMANN, JACQUES. *Using Human Rights Law to Address the Impacts of Climate Change: Early Reflections on the Carbon Majors Inquiry*, 2 de noviembre de 2018, Workshop, Climate Change Litigation in the Asia Pacific, University of Singapore, junio, 2018.
- SETZER, JOANA y BENJAMIN, LISA. “Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations”, en *Transnational Environmental Law*, vol. 9, n.º 1, 2020.
- SETZER, JOANA y VANHALA, LISA C. “Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance”, *WIREs Climate Change*, vol. 10, n.º 3, 2019.
- SETZER, JOANA y BANGALORE, MOOK. “Regulating climate change in the courts”, en AVERCHENKOVA, ALINA; FANKHAUSER, SAM y NACHMANY, MICHAEL (eds.), *Trends in Climate Change Legislation*, Edward Elgar Publishing, 2017.
- SHUE, HENRY. “Responsible for what? Carbon Producer CO₂ Contributions and the Energy Transition”, *Climatic Change* 144, 4, 2017.
- The New York Times. “El negocio de los eructos: los científicos ‘huelen’ ganancias en las emisiones de las vacas”, 7 de mayo de 2020.

The New York Times. “Big Business Says It Will Tackle Climate Change, but Not How or When” [en línea], 23 de enero de 2020, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/01/23/business/corporate-climate-davos.html>

The Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School. *Non US Climate Change Litigation. Suits against corporations*, disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case-category/corporations/>

TOFT, KRISTIAN HØYER. “Climate Change as a Business and Human Rights n.º: A Proposal for a Moral Typology”, en *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, 1, 2020.

Tribunal de La Haya. *Stichting Urgenda v. Government of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, Rechtbank Den Haag, C/09/456689/HA ZA 13-1396 (*Urgenda*), 6 de junio de 2015, disponible en: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145>

TRIGEAUD, LAURENT. “Las referencias a los derechos humanos en el Acuerdo de París (COP 21)”, en JIMÉNEZ, HENRY y TOUS, JAVIER (eds.), *Cambio climático, energía y derechos humanos: desafíos y perspectivas*, Fundación Heinrich Böll, Heidelberg Center para América Latina, Barranquilla, 2017.

United Nations Development Programme (UNDP). *Human Development Report 2007/2008, Fighting climate change: Human solidarity in a divided world*, 2007.

VOILLAT, CLAUDE. “Fomentar la acción humanitaria a través del diálogo y la cooperación con los actores económicos: la experiencia del CICR”, *International Review of the Red Cross*, n.º 887, 2012.

ALEJANDRO SANTAMARÍA ORTIZ*

CAPÍTULO 2

*La protección del territorio indígena:
imprescindible en la emergencia climática*

Protection of Indigenous Territory: Essential at the Climate Emergency

RESUMEN

Los pueblos indígenas del mundo ante el cambio climático son, por un lado, víctimas, por el hecho de ser un grupo afectado de manera desproporcionada, y por el otro, potenciales protagonistas, en virtud de la conservación que hacen de su entorno. Bajo la noción de territorio que nos ofrece el giro ontológico en la antropología, este escrito busca mostrar cómo las instituciones jurídicas que regulan el territorio indígena en Colombia logran, desde una perspectiva normativa, el reconocimiento y la protección que esta situación de emergencia climática amerita.

Palabras clave: pueblos indígenas, emergencia climática, giro ontológico, territorio indígena, propiedad colectiva, resguardo indígena.

ABSTRACT

The indigenous peoples of the world in the face of climate emergency are, on the one hand, victims for being a disproportionately affected group and, on the other, potential protagonists for the conservation of their environment. Under the notion of territory offered by the ontological turn in anthropology, this paper seeks to show how the legal institutions that regulate indigenous territory in Colombia achieve, from a normative perspective, the recognition and protection that this climate emergency situation presents.

Keywords: indigenous peoples, climatic emergency, ontological turn, indigenous territory, collective property, indigenous reservation.

* Docente-investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de esta misma universidad, máster en Derecho Humanos e Intervención Humanitaria de la Universidad de Bolonia y candidato a doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires. Contacto: alejandro.santamaria@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0001-9843-1578.

INTRODUCCIÓN

Varios instrumentos internacionales han reconocido a los pueblos indígenas y a su relacionamiento con “la naturaleza” como un ejemplo para frenar el cambio climático. Sus técnicas agrarias sustentables, su bajo o nulo consumo de elementos contaminantes, la atribución de significados morales y sociales a diversos elementos de su entorno, en una sola palabra, su ontología, se muestra como propicia para la sustentabilidad de la especie humana en este planeta. En oposición, Occidente practica un modelo de relacionamiento bastante destructivo, en el que se produce, explota y consume sin control, con poca consciencia de su grado de compatibilidad con su entorno.

La emergencia climática nos ha unido como especie al presentarnos un desafío común: proteger el lugar que nos permite la vida; un hecho que va de la mano de otro que desafía la percepción occidental: los seres humanos son una especie más en un escenario diverso cuyo equilibrio estos mismos han puesto en peligro. En efecto, la idea de que el mundo está al servicio del humano, que es su dominio y este es su administrador, sin duda nos llevó, por un lado, a un gran conocimiento y control de nuestro entorno, pero también a un aprovechamiento descontrolado del mismo, hasta el punto de amenazar con su destrucción.

De acuerdo con el último informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático de la ONU, “las actividades humanas han causado un calentamiento global de aproximadamente 1,0 °C con respecto a los niveles preindustriales, con un rango probable de 0,8 °C a 1,2 °C”¹. Pero la principal conclusión es la alta probabilidad de que a mediados de este siglo se llegue a 1,5 °C, lo que traería un conjunto de consecuencias en el entorno capaces de amenazar nuestra supervivencia y las de los demás seres vivos: “aumento de la temperatura media en la mayoría de las regiones terrestres y oceánicas”, es decir, “episodios de calor extremo en la mayoría de las regiones habitadas”, “precipitaciones intensas en varias regiones” y “probabilidad de sequía y de déficits de precipitación en algunas regiones”². En otras palabras, la desaparición de múltiples ecosistemas terrestres y marítimos, con todas las especies que contienen, la inhabitabilidad humana de regiones enteras y una emergencia alimentaria global.

1 Grupo Intergubernamental de Expertos Sobre el Cambio Climático, 2019, p. 6.

2 *Ibíd.*, pp. 9 ss.

Según este mismo informe, las poblaciones que tienen un “riesgo desproporcionadamente alto de sufrir consecuencias adversas por un calentamiento global”, del ya difícil de conseguir 1,5 °C, son aquellas que se encuentran en situaciones desfavorecidas y vulnerables, entre las que se menciona expresamente a los pueblos indígenas y, además, se hace énfasis en la situación ambiental en la que muchos de estos pueblos se encuentran: “comunidades locales que dependen de medios de subsistencia agrícolas o propios de las zonas costeras”³. Respecto de la probabilidad de que todo ello ocurra, se afirma en el informe que existe un “nivel de confianza alto”⁴.

De otro lado, la principal causa del cambio climático es, sin duda, la concentración de gases de efecto invernadero (GEI). Si bien estos son producidos de manera natural y son esenciales para la vida en el planeta, el aumento de su concentración, sobre todo debido al dióxido de carbono (CO₂) como resultado de la quema de combustibles fósiles (que equivale a dos terceras partes de los GEI), ha provocado la situación de emergencia en la que nos encontramos. La principal forma de solucionar este complejo problema reside, obviamente, en la disminución de la producción de CO₂, a lo cual se ha comprometido la sociedad internacional desde la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, que recibió un primer espaldarazo con los Protocolos de Kioto de 1997, y un segundo y vital apoyo (sobre todo de las potencias del mundo) con los Acuerdos de París de 2015.

Entre los aspectos clave que se acordaron para lograr este objetivo se encuentra la conservación y protección de “los sumideros y depósitos de todos los gases de efecto invernadero”⁵, entre los que se enuncia “la biomasa,

3 “Cerca del 15 por ciento de la población pobre del mundo pertenece a pueblos indígenas, aunque se estima que estos pueblos representan alrededor del 5 por ciento de la población mundial. Al mismo tiempo, hasta un 80 por ciento de los más de 370 millones de personas indígenas en el mundo se encuentran en Asia y el Pacífico, una región particularmente vulnerable a los efectos del cambio climático. El Banco Mundial calcula que, de los 100 millones de personas en el mundo que podrían volver a sumirse en la pobreza como consecuencia del cambio climático, 13 millones de personas en Asia Oriental y el Pacífico podrían hacerlo para 2030. Esto significa que los pueblos indígenas pueden ser los más afectados”. Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Género, Igualdad y Diversidad, 2018, p. ix.

4 Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, 2019, p. 11.

5 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: “Artículo 1. Definiciones: [...] 7. Por ‘depósito’ se entiende uno o más componentes del sistema climático en que está almacenado un gas de efecto invernadero o un precursor de un gas de efecto invernadero; 8. Por ‘sumidero’ se entiende cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero, un aerosol o un precursor de un gas de efecto invernadero de la atmósfera”.

los bosques y los océanos, así como otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos”⁶. Justamente, el 30% del mundo se compone de bosques, muchos de los cuales corresponden al territorio de los pueblos indígenas, quienes durante milenios han convivido de un modo sustentable con él, es decir, generando un bajo impacto en su biota y, en algunos casos, generando un incremento en su diversidad⁷.

En este orden de ideas, cuando se habla de pueblos indígenas y emergencia climática es necesario tener en cuenta su doble involucramiento en este fenómeno: por un lado, están los pueblos indígenas como parte del grupo de víctimas a las que esta situación afectaría desproporcionadamente, como sujetos en situaciones de gran vulnerabilidad, no solo por ser parte de las poblaciones más pobres, sino porque sus territorios en muchos casos coinciden con ecosistemas que sufrirán grandes transformaciones; por el otro lado, encontramos que estos pueblos son vitales protagonistas del cumplimiento de uno de los objetivos de la lucha contra este cambio, al ser guardianes de los más importantes depósitos de CO₂ del mundo, como la Amazonía o la selva tropical centro-africana. Ese doble protagonismo de los pueblos indígenas en la emergencia climática exige una protección reforzada de su territorio, siendo este el principal modo de asegurar su particular forma de vida y, al mismo tiempo, conservar las grandes extensiones de bosque que representan.

En el escenario descrito, el objetivo del escrito es mostrar qué instituciones jurídicas fueron diseñadas en Colombia para el reconocimiento y protección del territorio indígena, haciendo énfasis en aquellas características que las hacen propicias para responder a esa doble implicación y, como consecuencia, tener el impacto ambiental positivo que supone la lucha contra el cambio climático. Para ello, metodológicamente se partirá de la visión del territorio indígena que nos muestra el giro ontológico en la antropología, para saber a qué debe

6 Acuerdo de París: “Artículo 5.1. Las Partes deberían adoptar medidas para conservar y aumentar, según corresponda, los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero a que se hace referencia en el artículo 4, párrafo 1 d), de la Convención, incluidos los bosques”.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático: “Artículo 4. 1. [...] d) Promover la gestión sostenible y promover y apoyar con su cooperación la conservación y el reforzamiento, según proceda, de los sumideros y depósitos de todos los gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal, inclusive la biomasa, los bosques y los océanos, así como otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos”.

7 BALÉE, W. “Contingent Diversity on Anthropic Landscapes”, *Diversity*, 2, 2010, pp. 163-181.

responder el derecho, lo que se contrastará directamente con el ordenamiento jurídico colombiano y su paquete normativo referido al territorio indígena.

En primer lugar, se advertirá qué se debe tener en cuenta a la hora de valorar las instituciones jurídicas relativas al territorio indígena desde el énfasis en la percepción del entorno que presenta el giro ontológico; en segundo lugar, se hará un recorrido por las figuras ideadas por el ordenamiento jurídico colombiano para el reconocimiento y protección del territorio indígena, y en tercer lugar, se abordarán de forma comparativa las alternativas que cada una de estas figuras propone para la protección de los aspectos ambientales del territorio.

1. ¿QUÉ PODEMOS ENTENDER POR TERRITORIO INDÍGENA?

La noción de territorio indígena debe ser el punto de partida de cualquier análisis sobre el modo en que el derecho aborda este aspecto transversal, debido a que es preciso identificar de qué hechos estamos hablando para saber qué aspectos de la realidad deben ser reconocidos y protegidos por las figuras jurídicas ideadas al respecto. Este cuestionamiento, sin duda, nos saca del derecho y nos obliga a consultar otras perspectivas que nos ayuden a comprender qué es lo que está en juego cuando hablamos del territorio de estos pueblos.

Si bien existen varias perspectivas que se pueden utilizar para ello, el giro ontológico en la antropología nos permite tener una visión amplia que desafía los modelos jurídicos de reconocimiento de estos pueblos. En efecto, esta corriente parte de la base de advertir que Occidente, y de manera especial la ciencia, parte de un paradigma de oposición entre la naturaleza y la cultura, división que condensa en lo primero todo aquello cuya existencia se da sin intervención del humano, mientras que lo segundo abarca al humano y todo lo que de este deriva su existencia (un enfoque antropocentrista). Esta división básica supone la división de las ciencias naturales y las sociales que, de entrada, reduce estas últimas, como el derecho, a concentrarse en el humano como única entidad con un significado moral y social⁸.

8 Véase, al respecto, DESCOLA, P. *Más allá de naturaleza y cultura*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2012; PÁLSSON, G. y DESCOLA, P. *Naturaleza y Sociedad: perspectivas antropológicas*, México, Siglo XXI Editores, 2001; RUIZ SERNA, D. y DEL CAIRO, C. “Los debates del giro ontológico en torno al naturalismo moderno”, *Revista de Estudios Sociales*, 55, 2016, pp. 193-204; SAHLINS, M. “On the Ontological Scheme of beyond nature and culture”, *Hau. Journal of Ethnographic Theory*, 4, 1, 2014, pp. 281-290; SURRELLÉS, A. y GARCÍA HIERRO, P. *Tierra Adentro territorio indígena y percepción del territorio*, Copenhagen, IWGIA Grupo

Frente a lo anterior, existe abundante evidencia etnográfica de pueblos alrededor del mundo con un entendimiento que supone la continuidad entre naturaleza y cultura, o más bien, la indivisión entre una y otra⁹. Por ello, dando un paso epistemológico hacia atrás (de la cultura hacia la percepción del entorno), se propone un paradigma ontológico en el que se parta de la base de los diversos modos de percibir el entorno de cada colectivo, de lo que cada uno de estos define como persona y de las relaciones que se entablan entre estas¹⁰.

En otras palabras, sin oponer lo natural a lo cultural, se parte de la existencia de colectivos que se componen de diferentes términos de relación, humanos y no-humanos (plantas, animales, fenómenos meteorológicos, accidentes geográficos, fuentes hídricas, entre otros), envueltos en múltiples relaciones entre ellos y con el espacio que habitan¹¹.

Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2004; VIVEIROS DE CASTRO, E. "Image of nature and society in Amazonian ethnology", *Annual Review of Anthropologist*, 25, 1996, pp. 179-200.

- 9 Solamente Philippe Descola, sin contar con los demás autores del giro ontológico, afirma haber revisado, además de las etnografías que expresamente estudia en su libro (DESCOLA, P. *Más allá de naturaleza y cultura*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2012), los siguientes estudios etnográficos: BROWN, MICHAEL F. *Tsewa's gift: Magic and Meaning in an Amazonian Society*, Washington, Smithsonian Institution Press, 1986 (pueblo aguaruna del Amazonas peruano); CHAUMEIL, BONNIE y GRENAND, JEAN-PIERRE. *Introduction a l'étude de l'univers Wayãpi: ethnoécologie des Indiens du Haut-Oyapock (Guyane Française)*, París, S.E.L.A.F./C.N.R.S., 1980 (pueblo wayãpi de la Guayana Francesa); JARA, FABIOLA. *El camino de Kumú: ecología y ritual entre los akuriyó de Surinam*, Utrech, ISOR, 1991 (pueblo akurio del sur-oeste y sur de Surinam); REICHEL-DOLMATOFF, GERARDO. *Amazonian Cosmos: The Sexual and Reli-gious Symbolism of the Tukano Indians*, Chicago, University of Chicago Press, 1976 (pueblo tukano del Amazonas colombiano), entre otras fuentes de este autor; RENARD-CASEVITZ, FRANCE-MARIE. *Le banquet masqué: une mythologie de l'étranger chez les indiens matsinguenga*, París, Lierre et Coudrier, 1991 (pueblo machiguenga de Perú); VAN DER HAMMEN, MARÍA CLARA. *El manejo del mundo: naturaleza y sociedad entre los Yakuna de la Amazonía colombiana*, Bogotá, TROPENBOS, 1992 (pueblo yakuna de la amazonía colombiana); entre otros.
- 10 La palabra 'ontología' debe ser entendida en este texto desde la perspectiva antropológica; en palabras de González Varela, no se refiere a la manera como "los sujetos conocen o interpretan el mundo", sino más bien a la investigación "de qué mundo se trata o se está hablando; su objetivo no es el 'cómo' sino develar el 'qué' de las cosas". GONZÁLEZ VARELA, S. A. "Antropología y el estudio de las ontologías a principios del siglo XXI: sus problemáticas y desafíos para el análisis de la cultura", *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, XXI, 42, 2015, p. 41.
- 11 DESCOLA. *Más allá de naturaleza y cultura*, cit.; VIVEIROS DE CASTRO, E. "Cosmological Deixis and Amerindian Perspectivism", *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 4, 1998, pp. 469-488; VIVEIROS DE CASTRO, E. "Image of Nature and Society in Amazonian Ethnology", *Annual Review of Anthropologist*, 25, 1996, pp. 179-200.

La asignación de significados morales y sociales a diferentes elementos en el entorno, que, se reitera, se puede evidenciar en múltiples etnografías, supone que lo jurídicamente relevante va más allá de lo humano y, por ende, supera lo que Occidente reconoce y protege como cultura, cuyo ámbito se limita a las relaciones humanas dentro del paradigma occidental de oposición. Esto no significa que lo natural pierda toda relevancia jurídica, sino que esta se reconoce y protege como un estanco separado, con una división que para los pueblos indígenas resulta completamente artificial por ser contraria a sus propias ontologías.

Sin duda, estas palabras suponen un ilusorio ejercicio de síntesis de una corriente de pensamiento con multiplicidad de desarrollos, al tiempo que las repercusiones de esta posición en el derecho aún están por estudiarse a profundidad. Sin embargo, esta pequeña introducción nos permite advertir que cuando se habla de territorio indígena es preciso partir de la base de que cada pueblo tiene una ontología específica que lo define, es decir, una definición de colectivo que abarca distintos elementos en el entorno y diversas relaciones que deben ser tenidos en cuenta. Es decir que el ordenamiento jurídico, a la hora de abordar este vital aspecto, debe reconocer la continuidad o unidad ontológica que existe entre cultura y naturaleza en los pueblos indígenas, y protegerlo de esa forma indivisa.

La siguiente pregunta que probablemente surgirá es por qué el derecho debe reconocer otras ontologías, otras formas de percepción del entorno distintas a la occidental donde encuentra su origen, interrogante que podemos responder de la siguiente manera. Primero, bajo el mandato constitucional de igualdad, cuyo desarrollo frente a los pueblos indígenas está específicamente consignado en el artículo 70 de la Constitución colombiana que dice expresamente que “el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas [las diversas culturas que son fundamento de la nacionalidad]”. Al respecto se podría afirmar que el sentido literal de la norma se refiere exclusivamente a la “igualdad cultural”, pero esta interpretación sería en sí misma una contradicción, debido a que, como se explicó, el concepto de cultura hace parte de un modo específico de percepción que conforma la ontología occidental¹²; de manera que lo más apropiado es hablar de igualdad ontológica. Desde esta perspectiva, entonces,

12 Si se parte de la base de la “igualdad cultural”, se estaría imponiendo una forma específica de percepción del entorno a todos los colectivos y, por tanto, se estaría violando el mismo principio de igualdad, que exige “la misma protección y trato de las autoridades” y gozar de los mismos derechos, como lo dice expresamente el artículo 13 de la Constitución.

todas las ontologías en Colombia deben recibir reconocimiento y protección por disposición constitucional¹³.

Segundo, el derecho objetivo debe ser un complejo racional en el que toda imposición debe estar justificada. Partir del reconocimiento y la protección jurídica de lo que se considera relevante por Occidente (es decir, lo cultural), dejando de lado la riqueza ontológica que supone la significación moral y social de elementos no-humanos (que encontramos en los pueblos indígenas), supondría una imposición ontológica sin justificación. Esta falta de justificación es lo que evidencia la violación del principio de igualdad, entendiendo por aquel el que todos los humanos deben recibir el mismo trato, por el solo hecho de serlo, y, por ello, también todas sus formas de percibir el entorno (reconocimiento de una diversidad ontológica).

En síntesis, el derecho, a la hora de crear instituciones jurídicas relativas al territorio de los pueblos indígenas (y, en general, frente a cualquier aspecto que los involucre), debe partir de reconocer las características fácticas que los rodean y protegerlas, es decir, ha de partir de la base de la continuidad entre naturaleza y cultura que estos pueblos muestran en la composición y relacionamiento de tales colectivos. Este es tan solo un punto de partida; de allí en adelante, en el diseño de tales instituciones, sería deseable que pudieran identificarse formas más precisas de responder a la compleja y diversa realidad del denominado “territorio indígena”.

2. INSTITUCIONES JURÍDICAS PARA LA PROTECCIÓN DEL TERRITORIO INDÍGENA EN COLOMBIA

El ordenamiento jurídico colombiano adoptó desde 1991 un paradigma cultural para abordar los asuntos relativos a los pueblos indígenas. En efecto, la Constitución de ese año parte de la base de una sociedad pluralista (art. 1) cuya diversidad “étnica y cultural” debe ser reconocida y protegida (art. 7),

13 Este argumento puede continuar con referencia expresa a las obligaciones internacionales que Colombia posee, en relación con los pueblos indígenas, su reconocimiento y protección: artículo 1 común a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y fundamentalmente el Convenio 169 de la OIT de 1989. Hilando más delgado nos encontramos con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965.

con énfasis en las diferentes “lenguas y dialectos”, que no solo son oficiales en los territorios, sino cuya enseñanza se promueve (art. 10).

Con base en el enfoque ontológico descrito, esa visión occidental de los pueblos indígenas debe ir acompañada con la protección de la naturaleza, lo cual se puede deducir de la obligación “del Estado y de las personas” de proteger “las riquezas culturales y naturales de la Nación” (art. 8). Esta interpretación se hace obligatoria, se insiste, para reconocer la continuidad entre naturaleza y cultura que podemos apreciar en los pueblos indígenas y, de esa forma, permear todas las instituciones jurídicas al respecto. De lo contrario, si no quedáramos con la cultura como único escenario a proteger de estos pueblos, estaríamos imponiendo una percepción específica del entorno y perdiendo la enorme riqueza de las ontologías indígenas.

En materia específica de territorio, la Constitución consagra la figura del resguardo indígena y del territorio indígena, o, como comúnmente se le conoce, de la entidad territorial indígena (en adelante, ETI). Si bien estas figuras corresponden al paradigma cultural que hace énfasis en el grupo humano y sus tradicionales formas de vida, se incluyen ciertas cuestiones que permiten reconocer un constituyente consciente de las diferencias ontológicas con estos pueblos y, como consecuencia, se reconoce un mayor control sobre el entorno que involucra ese territorio, es decir, el ambiente, lo cual nos permite afirmar que estas instituciones jurídicas pueden responder a la realidad ontológica indígena.

Si bien la principal conclusión de mis investigaciones acerca del territorio indígena es que todo esfuerzo jurídico por su reconocimiento y protección debe ir dirigido a comprender la inescindibilidad entre cultura y naturaleza de sus ontologías, en el presente caso, por motivos metodológicos, me permitiré hacer una excepción, en el sentido de que, primero, describiré las principales características de cada figura, y segundo, en el siguiente acápite, haré énfasis en las cualidades de cada institución para proteger el ambiente. Esta decisión permite mostrar en mayor detalle las fortalezas para la lucha contra el cambio climático que suponen las instituciones jurídicas relativas al territorio indígena, en los términos mencionados en la introducción. De todos modos, insisto, el paradigma ontológico nos conmina al reconocimiento y protección de la continuidad entre cultura y naturaleza.

La primera y más antigua institución jurídica es el resguardo indígena, una figura heredada de la Colonia, utilizada por un lado para resguardar a estos pueblos, evitando que fueran desposeídos por los colonos, pero, a su vez, concentrándolos en entornos definidos para un mayor control de los mismos,

aun cuando fueran ajenos al lugar o, incluso, agrupando distintos pueblos¹⁴. Con la independencia de la corona española se mantuvieron estas figuras y, como en otras latitudes del continente, esto que en principio fue impuesto, se convirtió en una herramienta para su propia defensa del territorio, sobre todo de los afanes de homogeneización o civilización que los nuevos Estados americanos buscaron implementar. A pesar de que en el siglo XX se continuó con esta idea de parcializar los territorios indígenas y someterlos a las reglas de explotación que promovían las reformas agrarias, esta figura ofreció a los pueblos indígenas la posibilidad de minimizar su desplazamiento o desposesión de territorio¹⁵.

La primera vez que la Constitución de 1991 menciona la figura es en el artículo 63, en donde se les concede a las tierras que están inmersas en ella las características particulares que suponen su máxima protección: “son inalienables, imprescriptibles e inembargables”, lo cual comparten con los parques naturales. La segunda vez que se la nombra es en conjunto con la ETI, en el artículo 329, donde se reitera que las tierras que allí se encuentran son “de propiedad colectiva e inembargable”. Esta última expresión nos permite, además, advertir que el modelo constitucional colombiano de reconocimiento y protección del territorio indígena supone la coexistencia de estas dos instituciones.

La ley que se encargó de actualizar la figura del resguardo indígena de acuerdo con el nuevo modelo constitucional fue la 164 de 1994, relativa al denominado “Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino”; esta ley fue reglamentada por el Decreto 2164 de 1994. De acuerdo con la reglamentación, se definió el resguardo como una “institución legal y sociopolítica de carácter especial”, en la que pueden estar inmersos uno o más pueblos indígenas, depositarios del título de propiedad colectiva que les corresponde, y que goza de autonomía política y administrativa (art. 21)¹⁶.

14 GONZÁLEZ, M. “Orígenes de la institución del resguardo”, *Revista de la Universidad Nacional (1944-1992)*, 6, 1970, pp. 171-187.

15 MAYORGA GARCÍA, F. *Datos para la historia de la propiedad territorial indígena en el Suroccidente Colombiano*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2017.

16 Decreto 2164 de 1994: “Artículo 21. Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”.

Esto permite identificar en esta figura tres dimensiones generales de autonomía: territorial, referida al espacio que habitan; administrativa, porque la organización del territorio y el desarrollo de las múltiples facetas que supone su vida en comunidad dependen de cada pueblo; y política, ya que el gobierno del resguardo y las autoridades que lo componen siguen las tradiciones que al respecto se practiquen¹⁷.

Específicamente en cuanto al territorio, este es el escenario en el que nuestro ordenamiento jurídico inscribe la denominada “propiedad colectiva”, que no es más que un acercamiento desde Occidente al fenómeno complejo que se trató en el acápite anterior. Esto es importante decirlo porque hay que precisar que territorio indígena no es lo mismo que propiedad colectiva, que es tan solo un ingrediente de una institución más compleja denominada resguardo indígena, que supone un reconocimiento más amplio que un simple título.

Ahora bien, frente a las tierras objeto de esta figura, en primer lugar encontramos el rol del Estado, al que le corresponde estudiar la necesidad que tienen los pueblos de estas, para que puedan tener las suficientes en términos de un “adecuado asentamiento y desarrollo”¹⁸; el Decreto 2164 adiciona que se trata de la preservación del grupo étnico y el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad; además, esta última normativa explica que se trata de aquellas tierras que tradicionalmente poseen los pueblos indígenas o que simplemente conforman su hábitat. Esto último es importante, frente a algunas afirmaciones relativas a la protección del territorio indígena cuando se trata del “territorio ancestral” o de la ancestralidad como requisito determinante de la definición de territorio indígena; lastimosamente, los pueblos indígenas en el continente no siempre se encuentran en su territorio ancestral, ya que fueron desposeídos en nombre de la corona, por terratenientes luego de la independencia, o por el mismo Estado; de cara a lo anterior, se resalta la precisión relativa a que se trata de su hábitat, palabra que es réplica expresa del

17 Existen dentro del ordenamiento jurídico colombiano otras facetas de autonomía de los pueblos indígenas, las cuales se dan al interno de estas: como las relativas a educación y salud, las cuales hacen parte de la general autonomía administrativa. Al respecto de las diferentes dimensiones de autonomía que poseen los pueblos indígenas en Colombia, Ecuador y Bolivia, véase SANTAMARÍA ORTIZ, A. “Un cambio de paradigma constitucional a través de la diversidad natural y cultural: el caso de Colombia, Ecuador y Bolivia”, en ARANGO DÍAZ, A., *Aproximaciones críticas al fenómeno constitucional. ¿El Estado constitucional en jaque?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 195-226.

18 Colombia. Ley 160 de 1994, art. 85.

Convenio 169 de la OIT, artículo 13, cuyo contenido amplio puede ser mejor entendido a través de la ontología de cada pueblo.

Los pueblos indígenas pueden tener frente al resguardo cuatro pretensiones, llamadas por el ordenamiento jurídico como programas u objetivos: pueden buscar su constitución, cuando tienen la posesión total o parcial de sus tierras ancestrales o de aquellas que constituyen su hábitat (se insiste); pueden solicitar la ampliación de un resguardo ya constituido, cuando aquello que tienen titulado no coincide con la totalidad de su territorio, y acá se incluye, además del concepto de ancestralidad o de hábitat, el de tierras “para su desarrollo económico y cultural”; pueden ir tras el saneamiento de su territorio, cuando existen terceros en este espacio; y, por último, pueden buscar la “reestructuración” del mismo, término que se refiere a aquellos resguardos que fueron constituidos a través de títulos de origen colonial y republicano y que deben ser objeto de actualización al sistema de catastro vigente. Todo ello está consagrado en el artículo 85 de la Ley 160 de 1994 y en el artículo 1 del Decreto 2164 de 1995.

Se trata de procedimientos cuyo desarrollo desde 2015 le corresponde a la Agencia Nacional de Tierras (ANT), quien, luego de distintas etapas de estudio técnico sobre el territorio y el pueblo indígena respectivo, debe expedir un acto administrativo de constitución, ampliación, saneamiento o reestructuración, el cual se inscribe en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar (o los lugares) donde se encuentra situado el territorio, con lo cual nace la propiedad colectiva en cabeza del resguardo indígena respectivo y, por ende, su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

La segunda institución jurídica de la que voy a hablar, relativa al reconocimiento y protección del territorio indígena, es la que toma forma de entidad territorial (ETI), y que supuso un gran e importante hito continental, debido a que supone incluir dentro de la organización territorial del Estado, con las competencias político-administrativas de las demás instituciones, al territorio indígena. Todo comienza con el artículo 286 constitucional, que establece que las entidades territoriales en Colombia, aquellas que materializan la descentralización territorial que acompaña la forma de Estado unitaria, son los departamentos, los municipios, los distritos y los territorios indígenas; esta denominación supone que poseen las siguientes prerrogativas, de acuerdo con la misma norma constitucional: “1. Gobernarse por autoridades propias, 2. Ejercer las competencias que les correspondan, 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y 4. Participar en las rentas nacionales”.

Posteriormente, la Constitución dedica dos normas a su desarrollo. La primera es el artículo 329, que comienza por advertir la necesidad de que la ley especializada en materia territorial, que tendría por objeto el desarrollo de todas las entidades territoriales, establezca el modo de constitución de estas ETI, y que su materialización final debe ser el resultado del diálogo entre el Gobierno nacional y las autoridades indígenas del país. La segunda norma es el artículo 330, que establece, primero, cuál sería la autoridad político-administrativa de la ETI y cuáles serían sus funciones: frente a lo primero, se dice que se deberán constituir consejos “conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”, y frente a lo segundo, se hace una enumeración de 8 específicas competencias y una última que abre el catálogo a las demás que establezca “la Constitución y la ley”; aquí encontramos el desarrollo de políticas, planes y programas sobre el desarrollo económico y social de la comunidad, el manejo de recursos públicos, el mantenimiento del orden público, la coordinación de sus funciones con las autoridades departamentales y nacionales, entre otras.

Lastimosamente, la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial no fue expedida sino 20 años después, con la Ley 1454 de 2011, que, además, no incluyó lo relativo a la ETI. Esto podría suponer una importante responsabilidad del Congreso de la República en la falta de puesta en funcionamiento de esta institución; sin embargo, también se debe recalcar la falta de voluntad política de los distintos gobiernos que llegaron al poder desde 1991 y que no cumplieron el mandato constitucional del artículo 56 transitorio, que específicamente le ordenaba a estos regular temporalmente “los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales”. Finalmente, luego de una demanda de inconstitucionalidad de la ley en examen debido a esta omisión legislativa, y con motivo de la cual se exhortó al ejecutivo a cumplir con su labor constitucional al respecto¹⁹, el gobierno nacional decidió hacer uso de esta autorización expresa constitucional y expidió dos decretos-ley en la materia: el Decreto-Ley 1953 de 2014, “Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas”, y el del Decreto-Ley 632 de 2018, que se refiere exclusivamente a “los territorios indígenas ubicados en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés”.

19 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2012.

Ambas regulaciones establecen el procedimiento que deben seguir los resguardos indígenas para poder constituirse en ETI, muy similar al referido a la constitución de los resguardos indígenas, en el que se busca la precisión de los límites territoriales y de la población presente en este espacio (indígenas y no-indígenas), a todo lo cual se llega con la intervención de las instituciones públicas que tienen la capacidad técnica para ello. En este proceso, la ANT también es la encargada de guiar las distintas etapas y de producir el acto administrativo que concluye el proceso para que, finalmente, el Ministerio del Interior expida el “acuerdo intercultural de puesta en funcionamiento del territorio indígena”, en el que se establecen las funciones específicas que asumirá el territorio indígena, el plan de administración de la ETI y los mecanismos de coordinación con el departamento respectivo, entre otros aspectos²⁰.

Al lado de la figura del resguardo indígena, que echa mano de la propiedad colectiva, que viene del derecho privado y que adquiere unas características constitucionales importantes, la ETI viene del derecho público y ofrece los rasgos de autonomía política y administrativa que pueden ser vitales para el tan reivindicado derecho a la libre determinación de los pueblos²¹. Lastimosamente, luego de casi 30 años de vigencia constitucional, hasta hace muy poco se reguló esta figura, y aún no se ha probado su valía, aunque ya varios pueblos indígenas han iniciado el proceso.

Una última figura jurídica, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la podemos encontrar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual a través del mecanismo de revisión de acciones de tutela ha logrado la creación de una institución alterna de reconocimiento y protección del territorio indígena, con lo que denominó un “concepto dinámico de territorio”. Sin duda alguna, lo anterior es fruto de la consideración de la consulta previa como un derecho fundamental susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela; esto ha permitido que los pueblos indígenas recurran a esta figura para protegerse de intervenciones en su territorio, por parte del Estado o de

20 Las diferencias entre uno y otro decreto-ley son, en general, un mayor catálogo de principios en el decreto relativo a Amazonas, Guainía y Vaupés, que refleja las diferencias ontológicas entre los pueblos indígenas y Occidente; que en esta última normativa se deja al consejo indígena como autoridad exclusiva, mientras que en el otro devreto-ley se da una libertad para la definición de estas; y que el trámite para las ETI de Amazonas, Guainía y Vaupés le da un papel preponderante al Ministerio del Interior.

21 Artículo 1 común a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

particulares autorizados por aquel, que ponen en peligro su existencia como pueblo, en términos ontológicos.

La consulta previa, de esa forma, ha recibido una atención especial por parte de la Corte Constitucional, quien la ha ido dotando de las características específicas que exige su efectividad como mecanismo de protección del territorio: dialógico, no adversarial, guiado por el principio de la buena fe, adecuado a las específicas características ontológicas de cada pueblo y a su organización política, entre muchas otras características²². Fue justamente en este escenario que la Corte comenzó a evidenciar que mientras para las distintas entidades del Estado el territorio indígena era exclusivamente aquel que estuviera reconocido como parte del resguardo, para los distintos pueblos indígenas existían otras visiones en las que se desdibujaba el concepto de fronteras. A través de la definición de territorio que los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT consagran²³, y de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia²⁴, en la sentencia T-693 de 2011, la Corte expresamente afirma:

... la mayor parte de los pueblos indígenas y tribales tienen un concepto del territorio que resulta ajeno a la cultura occidental. Para estos pueblos, la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento del ecosistema con el que interactúan. Por ello, para muchos pueblos

22 Véanse, entre otras, Corte Constitucional. Sentencias SU-123 de 2018, T-359 de 2015, T-693 de 2011, T-769 de 2009, C-175 de 2009, C-461 de 2008, C-620 de 2003, SU-383 de 2003, C-891 de 2002, C-418 de 2002 y T-652 de 1998.

23 “Artículo 13. 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

“Artículo 14. 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

24 Con referencia expresa al caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Paraguay*. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

indígenas y tribales la propiedad de la tierra no recae sobre un solo individuo, sino sobre todo el grupo, de modo que adquiere un carácter colectivo.

Es importante advertir que se trata del reconocimiento tácito de la existencia de un conflicto ontológico entre Occidente y los pueblos indígenas, se insiste que simplemente no se percibe lo mismo respecto del entorno, lo cual entiende la Corte con esta visión del territorio, que lo cultural dialoga, se unifica, se entrelaza con lo natural. De esta forma, en esta misma sentencia la Corte considera que se debe transformar el concepto de territorio con el objetivo de que:

... comprenda no sólo las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad —por ejemplo, bajo la figura del resguardo—, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su transmisión a las generaciones futuras.

Es así como, para la Corte, cuando el Estado se proponga “la exploración y explotación de los recursos naturales” o cualquier tipo de intervención en el territorio, debe tener en cuenta este “concepto dinámico” de los pueblos indígenas y, a través de aquel, definir si debe o no realizar cualquier tipo de operación sobre el mismo. Con base en lo anterior, se ha ordenado remover oleoductos, suspender la construcción de puertos, revocar actos administrativos de licencias, entre muchas otras medidas a favor de las especiales ontologías indígenas²⁵. Sin duda, que esta posición de la Corte encuentra total respaldo constitucional en el parágrafo del artículo 330, que será objeto de desarrollo en el siguiente acápite.

En este sentido, tenemos dentro del ordenamiento jurídico colombiano tres principales instituciones jurídicas dirigidas al reconocimiento y protección del complejo asunto del territorio indígena. En su configuración normativa, no se puede dudar de la potencialidad que muestran para proteger a estos pueblos; tanto en el derecho privado como en el derecho público, se trata de figuras mixtas con importantes características que incluso se han tomado como ejemplo para ser replicadas en otras latitudes (la Constitución boliviana y la guatemalteca, por ejemplo, recogen la figura de la ETI). Sin embargo, la

25 Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-009 de 2013, C-371 de 2014, T-313 de 2016, T-436 de 2016 y T-389 de 2016.

realidad es muy distinta y muestra un panorama constante de vulneración de los derechos territoriales de los pueblos, por terceros que tienen intereses en la explotación de recursos naturales, por grupos al margen de la ley y por un Estado incapaz de controlar a los anteriores y de lograr una mirada articulada con tales figuras jurídicas; así las cosas, en muchos casos el Estado se transforma en otra contraparte, en lugar de ser el encargado de que las expectativas que este completo ordenamiento propone sean satisfechas.

Es así como a los pueblos indígenas les ha tocado echar mano de otras figuras institucionales para que se refuerce la garantía de sus derechos, como lo es la constitución de parques nacionales naturales, cuya institucionalidad a favor de la conservación de distintos ecosistemas ha sido recibida con los brazos abiertos por distintos pueblos indígenas a lo largo y ancho del país. En el siguiente acápite se verá más de cerca esta experiencia, al lado de las potencialidades de protección medioambiental de las demás figuras.

3. LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA A TRAVÉS DE LAS INSTITUCIONES QUE REGULAN EL TERRITORIO INDÍGENA

El principal logro de las declaraciones de la ONU de 2007 y de la OEA de 2016 sobre los derechos de los pueblos indígenas es el reconocimiento de estos como parte de la figura de “pueblos” dentro del derecho internacional y, por ende, como titulares del derecho a la libre determinación, obviamente en los términos consagrados en estos instrumentos que enmarcan el ejercicio de aquel en los términos de la Carta de las Naciones Unidas²⁶. Justamente una de las principales expresiones de este derecho es la de que “todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”²⁷, lo cual se debe acompañar con un considerando que encontramos en ambas declaraciones y en el que se afirma el reconocimiento de que “el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”.

La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), bajo el reconocimiento de que los territorios indígenas “abarcan

26 Lo cual tiene como principal consecuencia el que no se puede entender “en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes” (art. 46 DNU DPI).

27 Artículo 1.2 común a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

el 22 por ciento de la superficie terrestre del mundo, pero el 80 por ciento de la biodiversidad del planeta”, advierte el valor de las ontologías indígenas y resalta, por un lado, la labor de conservación de los bosques que es vital para la reducción de la emisiones de carbono²⁸ y, por el otro, sus métodos agrícolas que, además de comportar un especial valor nutritivo, muestran una gran adaptación al clima y a ecosistemas extremadamente difíciles (como el ártico y las alturas elevadas)²⁹. En ese sentido afirma que “sus formas y medios de vida pueden enseñarnos mucho sobre la conservación de los recursos naturales, el cultivo sostenible de alimentos y la vida en armonía con la naturaleza”³⁰.

Con base en lo anterior, se entiende por qué el artículo 7.5 del Acuerdo de París de 2015, en donde se manifiesta que la labor de adaptación de los países a los distintos objetivos del acuerdo debe dejarse en manos de cada uno de los Estados, precisa que se debe tomar en consideración “a los grupos, comunidades y ecosistemas vulnerables, y que dicha labor debería basarse e inspirarse en la mejor información científica disponible y, cuando corresponda, en los conocimientos tradicionales, los conocimientos de los pueblos indígenas y los sistemas de conocimientos locales...”. En otras palabras, a la lucha contra el cambio climático puede hacerse frente de diferentes formas, y cada Estado puede elegir la que mejor le convenga, pero no se puede dejar de lado lo que por siglos ha demostrado ser sustentable, como la forma de vida de múltiples pueblos indígenas.

Este escenario hace más apremiante el que las instituciones jurídicas encargadas de la protección del territorio indígena reconozcan con amplitud todo lo que abarca esta realidad. El enfoque ontológico, como se mencionó en el primer acápite, nos aporta esta riqueza al mostrarnos la unidad o continuidad

28 “Los pueblos indígenas se sienten conectados con la naturaleza y se sienten parte del sistema en el que viven. Los recursos naturales son considerados como una propiedad compartida y son respetados como tal. Mediante la protección de los recursos naturales, como los bosques y ríos, muchas comunidades indígenas ayudan a mitigar los efectos del cambio climático”. Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura - FAO, 2017.

29 “A lo largo de los siglos, los pueblos indígenas han desarrollado técnicas agrícolas que se adaptan a entornos extremos, como las grandes alturas de los Andes, las praderas secas de Kenya o el frío extremo del norte de Canadá. Estas técnicas puestas a la prueba del tiempo, como la creación de terrazas, que detiene la erosión del suelo, o los jardines flotantes, que hacen uso de campos inundados, significa que los pueblos indígenas han construido sistemas que son apropiados para los cada vez más intensos fenómenos meteorológicos y cambios de temperatura que conlleva el cambio climático”. *Ibid.*

30 *Ibid.*

entre naturaleza y cultura que se advierte en las formas de percepción del entorno de estos pueblos, lo que para la FAO supone la conexión entre indígenas y naturaleza o el sentirse parte de esta. Todo ello, además, lo encontramos en las normas internacionales sobre los pueblos indígenas: en el Convenio 169 de la OIT supone la obligación de “los gobiernos” de “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios” (art. 13); en las declaraciones de la ONU y la OEA, en las que se advierte en múltiples artículos, pero principalmente en el 25 de ambos instrumentos, del derecho “a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado”.

Las instituciones jurídicas que contempla el ordenamiento colombiano, descritas en el acápite anterior, también tratan de reconocer esta realidad compleja que muestra esa continuidad o unidad ontológica entre lo cultural y lo natural, aunque, hay que decirlo de entrada, lo hace a través de la visión occidental de diferenciación entre una y otra. El objetivo de este título es advertir los distintos modos en los que las figuras mencionadas apuntan al reconocimiento y protección de ese entorno “natural” de los pueblos indígenas, todo lo cual se entrelaza y puede llevar a satisfacer ese doble involucramiento de los pueblos indígenas en el cambio climático, esto es, a la vez como principales víctimas y como la primera línea de defensa de la biodiversidad mundial.

En cuanto a la figura del resguardo indígena, se debe comenzar por precisar que la propiedad en Colombia posee una doble función, social y ecológica, de acuerdo con el artículo 58 constitucional, lo cual en términos de la propiedad colectiva que es objeto del resguardo se materializa en un régimen especial para los pueblos indígenas. Lo primero que dice al respecto la Ley 160 de 1994 es que esta doble función debe ser cumplida de acuerdo con los “usos y costumbres de cada pueblo, para la preservación del grupo étnico y el mejoramiento de la calidad de vida de los integrantes”; los encargados de su control son, frente a la función social, la Agencia Nacional de Tierras, y en cuanto a la ecológica, el Ministerio de Medio Ambiente (art. 85 par. 3)³¹.

31 Ley 160 de 1994: “Artículo 85. [...] Parágrafo 3.º Los programas de ampliación, reestructuración o saneamiento de los resguardos indígenas, estarán dirigidos a facilitar el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad por parte de las comunidades, conforme a sus usos o costumbres, a la preservación del grupo étnico y al mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes. El INCORA verificará y certificará el cumplimiento de la función social de la propiedad en los resguardos, y el Ministerio del Medio Ambiente, lo relacionado con la

Específicamente, frente a la función social, se dice que esta se relaciona “con la defensa de la identidad de los pueblos o comunidades que lo habitan, como garantía de la diversidad étnica y cultural de la Nación y con la obligación de utilizarlas en beneficio de los intereses y fines sociales, conforme a los usos, costumbres y cultura”. Esto, sin duda, supone que la propiedad colectiva en cabeza del resguardo necesariamente debe tener como destinación la preservación de los pueblos indígenas y su particular ontología; no puede ser, por tanto, objeto de ningún tipo de intervención que suponga un menoscabo de estos, por parte de ellos mismos o de terceros. Si sucede lo primero, la norma nos dice que se suspenderán los procesos de constitución, ampliación, saneamiento o reestructuración; si lo segundo, la misma ANT debe iniciar las acciones pertinentes, en aras de salvaguardar a estos pueblos³².

Partiendo de que cultura y naturaleza conforman una unidad o presentan una continuidad entre los pueblos indígenas, esta protección de la función social, como garantía de la identidad de cada pueblo, supone una protección de su entorno y del conjunto de relaciones con aquel, por lo que acerca esta función a la ecológica, la cual, si bien no es definida por la ley, se comprende que concierne a la defensa de lo que para Occidente corresponde a la naturaleza que los rodea; el incumplimiento de esta función, por terceros o por miembros del mismo pueblo, también supone una intervención de la autoridad respectiva (Ministerio de Ambiente) para la suspensión de los programas a favor del pueblo indígena o la persecución de terceros responsables.

Frente a la definición precisa de cada función (que termina siendo una sola), recordemos que la ley ordena que debe estar acorde con los usos y costumbres de cada pueblo, y que debe ser el resultado de una “concertación con los cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades indígenas” (art. 85 par. 3). Esta regulación es un gran cierto del legislador, que en otras palabras dice que, en vista del relacionamiento sustentable de los pueblos indígenas con su entorno, es menester que el manejo del mismo se haga de acuerdo con su propia percepción del entorno. Este diálogo entre las autoridades respectivas y los pueblos indígenas, por un lado, garantiza la conservación del entorno, y por el otro, asegura la preservación de la identidad étnica de cada pueblo,

función ecológica que le es inherente, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, la Ley 99 de 1993 y demás disposiciones concordantes, en concertación con los cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades indígenas”.

32 Colombia. Decreto 2164 de 1994, art. 19.

es decir, se insiste, el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad colectiva en cabeza de cada resguardo.

Ahora bien, en este punto hay que precisar la situación, por lo demás muy común, de la presencia de varios pueblos indígenas en un solo resguardo, lo cual es consecuencia del origen colonial de esta figura y cuya posibilidad se mantuvo hasta nuestros días. En este escenario de pluralidad de percepciones del entorno es necesario que las autoridades correspondientes (ANT y Ministerio de Ambiente) funjan como conciliadores de amplios planes de manejo del resguardo, que permitan llegar a un consenso entre las distintas ontologías indígenas, de manera que sea posible lograr la definición de la doble (¿o única?) función de la propiedad del resguardo.

La ETI, por su parte, está llamada a ser el escenario más amplio en el que uno o más resguardos indígenas se encuentran y que, por tratarse de una autoridad pública, dotada de autonomía política y administrativa, tiene en su cabeza la definición de los distintos aspectos que afectan este espacio. En ese sentido, desde la Constitución encontramos que a esta le corresponde, entre las funciones ya mencionadas, “velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios” (art. 330.1) y “velar por la preservación de los recursos naturales” (art. 330.5), lo cual, de entrada, le da una importante autonomía sobre la naturaleza presente en el territorio. En el Decreto 1953 de 2014 se reiteran las anteriores funciones, y en el artículo 10 se potencian, a través de unos principios que marcan la continuidad o unidad ontológica entre estas y el grupo humano, y que deben tenerse en cuenta en la aplicación de todo el régimen, destacándose los siguientes:

b.- Identidad Cultural: Es el reconocimiento de la cosmología de cada uno de los Pueblos Indígenas, como fundamento para comprender el orden de la naturaleza y establecer las formas de convivencia en ella.

c.- Reconocimiento de la diversidad étnica y cultural: Es aceptar, respetar y fortalecer la existencia de diversas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, de valores, diversidad lingüística, formas de comunicación propias, creencias, actitudes y conocimientos.

d.- Territorialidad: Es la fuente desde donde se explica y comprende la integralidad de la vida de los diversos seres de la naturaleza, donde la tierra es la madre, la maestra, el espacio donde se vivencia la ley de origen, y está integrada por seres, espíritus y energías que permiten un orden y hacen posible la vida, de conformidad con las tradiciones culturales propias de cada pueblo.

f.- Integralidad: Es la relación de armonía y equilibrio constante entre todos los seres de la naturaleza y procesos de los pueblos indígenas que garantiza el desarrollo de los planes de vida y en ellos, los sistemas propios y el ejercicio de las funciones públicas, de acuerdo a las cosmologías de los diferentes pueblos.

Es evidente la concertación con los pueblos indígenas de este decreto, lo que fue un gran acierto del gobierno de ese momento, quien logró una legislación que permite reconocer esa complejidad de los colectivos indígenas que, como se dijo en el primer acápite, en sus ontologías involucran seres humanos y no-humanos, asignando valores sociales y morales también a estos últimos, mientras que Occidente los restringe a lo humano. Bajo la figura de la ETI, los pueblos indígenas se convierten, indudablemente, en la autoridad ambiental de sus territorios, en los encargados de la definición de las políticas en la materia y, por supuesto, en los encargados de su ejecución.

No obstante, todo ello se debe armonizar con el también mandato constitucional establecido en el artículo 332, según el cual los recursos naturales no renovables y el subsuelo “son de propiedad del Estado” y, como consecuencia, su exploración y explotación le corresponde al gobierno central. Lo anterior ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, la cual, si bien acepta esta premisa, recalca que debe ser una función debidamente concertada con las distintas entidades territoriales³³, entre las cuales están, por supuesto, las ETI que se vayan constituyendo. Ahora bien, independientemente de la discusión sobre quién encarna esta competencia dentro del Estado, es necesario subrayar el parágrafo del artículo 330 de la Constitución, que hace una salvedad vital en la materia:

Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La primera parte de este parágrafo, a mi juicio, no deja duda sobre la obligación del Estado en favor de los pueblos indígenas, en el sentido de que cualquier intervención en el territorio que suponga la explotación de recursos naturales “se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica

33 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-053 de 2009.

de las comunidades indígenas”. Lo anterior fija el marco de acción del Estado dentro del territorio indígena y es, sin duda, la consagración constitucional de la consulta previa, la cual, de todos modos, se debe entender en los términos que la Corte Constitucional ha fijado al respecto.

Acá cobra especial relevancia la definición ampliada de territorio diseñada por la Corte Constitucional. Ese concepto dinámico va de la mano con la unidad o continuidad entre el entorno y “lo cultural, social y económico”; en ese sentido, frente a esa tercera institución jurídica creada para la protección del territorio indígena, es posible afirmar que esta tiene sus límites justamente en la percepción que del mismo tenga el pueblo respectivo. En este sentido, eso que Occidente denomina como cultural, intrínsecamente supone el límite de lo natural, al tratarse de una unidad, de dos aspectos que frente a los pueblos indígenas se ven entrelazados.

El concepto dinámico de territorio supone, entonces, el reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico de la aproximación ontológica a los pueblos indígenas; la imposibilidad de trazar, en sus formas de percepción, divisiones occidentales entre su cultura y su entorno. Como consecuencia, a pesar de que se ha acusado esta interpretación constitucional de ser un motivo de inseguridad jurídica con respecto a la definición de los límites territoriales de los pueblos indígenas, lo que nos muestran esas acusaciones es la incapacidad de Occidente de ver más allá de su propia percepción y del etnocentrismo a la hora de definir situaciones interétnicas.

En otras palabras, en materia de la protección de la naturaleza a través de esta institución que regula el territorio indígena desde la jurisprudencia constitucional, podría afirmarse que la protege tanto como a la identidad cultural del pueblo respectivo, al reconocer la continuidad entre uno y otro aspecto.

Ahora bien, a pesar de los importantes alcances que en la materia revelan las instituciones jurídicas colombianas, como se adelantó en el título anterior, para los pueblos indígenas la realidad se muestra lejana de estos ideales jurídicos y, por el contrario, deja ver poca capacidad para la materialización de sus derechos. Es así como estos pueblos han tenido que recurrir a figuras ajenas a su protección, pero que coinciden con su finalidad, concretamente, a la legislación de los parques naturales nacionales.

Si bien las relaciones entre los parques nacionales y los pueblos indígenas son de vieja data, y no siempre sus diferencias se han solucionado de la mejor forma, existen experiencias exitosas que merecen ser estudiadas, una de ellas la del Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis. En un principio se trataba de un resguardo indígena denominado de esa misma forma, que fue constituido

por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria en 1988 y cuya extensión era de 518.320 hectáreas, ubicado entre los departamentos de Vaupés y Amazonas, hogar de los makuna, tanimuka, letuama, cabiyari, barazano, jujup-macu y yauna; diez años después, en 1998, se logró su ampliación para lograr una extensión de 1'020.320 hectáreas³⁴.

A pesar de la consolidación del resguardo indígena e incluso de su ampliación, los líderes de estos pueblos consideraban que la deforestación para la explotación agrícola o la siembra de cultivos ilícitos, así como la exploración de yacimientos mineros, estaban poniendo en peligro sus formas de entender del territorio, por lo cual optaron por iniciar conversaciones con el Ministerio de Ambiente, con el objeto de estudiar la posibilidad de declarar ese territorio como parque nacional natural. El principal propósito de las autoridades de este resguardo era lograr, a través de esta figura, la prohibición absoluta de la explotación minera, característica de los parques nacionales y garantía que no posee ninguna de las instituciones de protección del territorio indígena³⁵⁻³⁶.

A través de la Resolución 2079 del 27 de octubre de 2009, el Ministerio de Ambiente “declar[ó], reserv[ó], delimit[ó] y alinder[ó] el Parque Nacional Natural Yaigojé Apaporis”, el cual llegó a una extensión de 1'056.230 hectáreas, 35.910 hectáreas más de lo que tenía el resguardo indígena. Es vital hacer la precisión de que el manejo del parque, la administración y organización del mismo, serían el resultado de las concertaciones necesarias entre los pueblos indígenas que allí habitan y las autoridades de Parques Nacionales, lo cual, además, fue objeto de reafirmación por todas las autoridades intervinientes en un proceso de acción de tutela que tuvo lugar a raíz de esta declaración, como se pasa a ver.

En efecto, esta declaratoria tuvo algunos malentendidos que, al parecer, fueron profundizados por un tercero que tenía interés en la explotación minera del territorio, en concreto, de uno de los afluentes del río Apaporis con mayor relevancia ontológica para los pueblos indígenas que allí viven. Se trata de la

34 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-384a de 2014, pars. 2.2.1, 2.2.3 y 9.1.

35 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-384a de 2014.

36 Decreto Ley 2811 de 1974: “Artículo 336. En las áreas que integran el sistema de parques nacionales se prohíbe: a) La introducción y trasplante [*sic*] de especies animales o vegetales exóticas; b) El vertimiento, introducción, distribución, uso o abandono de sustancias tóxicas o contaminantes que puedan perturbar los ecosistemas o causar daños en ellos; c) La utilización de cualquier producto químico de efectos residuales y de explosivos, salvo cuando los últimos deban emplearse en obra autorizada; d) Las demás establecidas por la ley o el reglamento”.

multinacional canadiense Cosigo Frontier Mining Corporation, la cual, de acuerdo con lo que se manifestó en el proceso de tutela, asesoró y financió la oposición de ciertos líderes indígenas a esta decisión. Finalmente, dentro de la acción de tutela que llegó hasta la Corte Constitucional, se celebró una audiencia en la que se aclararon todos los puntos que los demandantes consideraban problemáticos de esta transformación del resguardo y, por ende, el pronunciamiento de la Corte giró en torno al estudio de la compatibilidad entre las figuras jurídicas en juego y el régimen que se debía seguir³⁷.

Al respecto, la Corte Constitucional consideró que el traslape de la figura de resguardo indígena y de parques, si bien podía tener algunas contradicciones (sobre todo en materia de las autoridades, la precisión de prioridades y en los procesos de decisión), tenía antecedentes normativos que permitían su armonización, como el artículo 7.º del Decreto 622 de 1977, que establecía la posibilidad de reservas indígenas en parques nacionales. Además, en la regulación del resguardo, como se evidenció anteriormente, no se excluye que estas tierras puedan estar abocadas al cumplimiento de finalidades de reserva, eso sí, en el entendido de que los pueblos indígenas son los principales defensores de su entorno³⁸. También afirmó la Corte que por medio de la función ecológica del resguardo se “permite armonizar las eventuales tensiones entre la forma de propiedad del Resguardo y las exigencias medioambientales derivadas de la declaración de un Parque Nacional Natural”³⁹.

Por último, la Corte insistió en que el “Régimen Especial de Manejo” de este parque debe ser un “conjunto de reglas y procedimientos” dirigidos a la conservación del territorio, que tenga en cuenta en todo momento “las tradiciones y visiones de los pueblos indígenas asociados”. En este sentido, es primordial la concertación entre la autoridad del Sistema de Parques y las autoridades indígenas respectivas⁴⁰.

En conclusión, a través de esta otra institución jurídica, que en principio no tiene como finalidad proteger a los pueblos indígenas, se logra fortalecer el reconocimiento y respeto de la percepción del entorno indígena, en la que no hay una división entre lo cultural y lo natural. En el caso de estos pueblos del Vaupés, se advierte una fusión completa de dos instituciones jurídicas

37 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-384a de 2014.

38 *Ibid.*, p. 8.2.

39 *Ibid.*, p. 168.

40 *Ibid.*, p. 9.2.

con las que se buscaba sumar fuerzas para la protección étnica y natural de esta importante área geográfica: el resguardo indígena y el parque nacional natural. Podría decirse que se trata de la materialización expresa del principio constitucional establecido en el artículo 8 superior, que establece la obligación de proteger “las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

CONCLUSIONES

Estamos ante un desafío mundial que involucra a todos los seres humanos como especie. Nuestras acciones y omisiones han venido afectando profundamente el entorno que conocemos como natural, y esto nos ha mostrado que la forma de vida que llevamos es inviable para nuestra propia existencia. Sin embargo, no todos los grupos humanos son responsables de esta catástrofe e, igualmente, no todos van a sufrir de la misma forma por el cambio climático que provocamos.

Como se advirtió en su momento, los pueblos indígenas están doblemente envueltos en este fenómeno de cambio climático, primero, porque serán afectados desproporcionadamente por su precariedad estructural y su ubicación en zonas que sufrirán grandes deterioros; y, segundo, porque su territorio en muchos casos corresponde a grandes extensiones de bosque cuya conservación es una condición *sine qua non* para esta lucha. Adicionalmente, como lo advierte la FAO, el conocimiento que poseen estos pueblos sobre su entorno les ha permitido, por un lado, vivir sustentablemente con poca modificación ecológica y, segundo, lograr la producción de alimentos en las condiciones más difíciles de nuestro planeta, todo lo cual va a ser de gran ayuda para la humanidad cuando las cosas comiencen a cambiar drásticamente.

Esto tiene como consecuencia que, además de las razones más básicas de dignidad humana y de materialización del principio de igualdad, que nos exigen su protección, el escenario en el que se encuentran nos compele a fortalecer estas medidas, sobre todo a través de instituciones jurídicas capaces de reconocer la compleja situación en la que se encuentran y de actuar conforme a esta. Desde la perspectiva del giro ontológico, podemos reconocer en el territorio indígena un escenario complejo y muy diverso al occidental, en donde no existe una división u oposición entre lo que se considera como cultural o social y la naturaleza; por el contrario, podemos apreciar una continuidad entre estos dos aspectos que termina por mostrarnos colectivos complejos de diferentes personas (humanas y no-humanas), que se relacionan entre sí y con el entorno que habitan.

Por lo menos en su diseño normativo, las figuras que el ordenamiento jurídico colombiano ha ideado a este respecto parecen responder a esta realidad, es decir, a lo que la sociedad y sobre todo los pueblos indígenas exigen de ellas. En efecto, el resguardo indígena, la ETI y el concepto dinámico de territorio presentan características que no se limitan a lo cultural, a lo humanamente relevante, sino que profundizan en competencias que permiten un control o manejo del entorno que Occidente considera natural; a todo lo anterior la práctica ha sumado una cuarta figura relativa exclusivamente a la protección de este último aspecto y que los pueblos indígenas han sumado al repertorio de medidas a su disposición para terminar de proteger sus propias ontologías, sus formas de percibir lo que los rodea.

En este sentido, si tenemos un derecho positivo con la capacidad de responder a los desafíos de la protección que se necesita para los pueblos indígenas, nuestra mirada debe virar ahora hacia nuestros gobernantes, quienes entonces tienen la responsabilidad de actuar en consonancia. Solo a través de la voluntad política para su materialización este contenido normativo puede cumplir su cometido; esperemos que ese barco llegue a buen puerto y que a través de la pervivencia de la riqueza del pensamiento indígena pueda el resto de la humanidad aprender a vivir en armonía con su entorno.

REFERENCIAS

- BALÉE, W. “Contingent Diversity on Anthropic Landscapes”, *Diversity*, 2, 2010, pp. 163-181.
- BLACK, J. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”, *Regulation and Governance*, 2008, pp. 137-164.
- CASTILLO, Á. y RUBIANO, S. *La minería de oro en la selva: territorios, autonomías locales y conflictos en Amazonía y Pacífico (1975-2015)*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2019.
- CAYÓN, L. *Pienso, luego creo - La teoría makuna del mundo*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH, 2017.
- Colombia. Contraloría General de la República. Informe auditoría de cumplimiento. Cumplimiento de las sentencias T-622 de 2016 y T-445 de 2016 en relación con los aspectos ambientales de la actividad minera en el río Atrato, Bogotá, 30 de junio de 2019.

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-384a de 2014, exp. T-2.650.067.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011, exp. T-2.291.201.
- CUESTA, J. y HINESTROZA, L. “Análisis jurídico de las funciones de los consejos comunitarios en territorios colectivos de comunidades negras”, *Justicia*, 32, 2017, pp. 160-181.
- DESCOLA, P. *Más allá de naturaleza y cultura*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2012.
- GONZÁLEZ VARELA, S. A. “Antropología y el estudio de las ontologías a principios del siglo XXI: sus problemáticas y desafíos para el análisis de la cultura”, *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, XXI, 42, 2015, pp. 39-64.
- GONZÁLEZ, M. “Orígenes de la institución del resguardo”, *Revista de la Universidad Nacional (1944-1992)*, 6, 1970, pp. 171-187.
- Grupo Intergubernamental de Expertos Sobre el Cambio Climático. *IPCC. Calentamiento global de 1,5 °C: Resumen para responsables de políticas*, 2019.
- LAMPREA, E. *El derecho de la naturaleza. Una aproximación interdisciplinaria a los estudios ambientales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2019.
- MACPHERSON, E. y CLAVIJO, F. “The pluralism of river rights in Aotearoa, New Zealand and Colombia”, *The Journal of Water Law*, 25, 2015, pp. 283-293.
- MAYORGA GARCÍA, F. *Datos para la historia de la propiedad territorial indígena en el Suroccidente Colombiano*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2017.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Minambiente instala la Comisión de guardianes del río Atrato*, 26 de julio de 2018, disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias-minambiente/4053-minambiente-instala-la-comision-de-guardianes-del-rio-atrato>
- OCDE y CEPAL. *Evaluación del desempeño ambiental: Colombia 2014*, OCDE, 2014.
- Oficina Internacional del Trabajo - OIT, Servicio de Género, Igualdad y Diversidad. *Los pueblos indígenas y el cambio climático. De víctimas a agentes del cambio por medio del trabajo decente*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2018.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura - FAO. “6 formas en que los pueblos indígenas ayudan al mundo a lograr el #HambreCero”, disponible en: <http://www.fao.org/zhc/detail-events/es/c/1028079/>

- PÁLSSON, G., y DESCOLA, P. *Naturaleza y sociedad: perspectivas antropológicas*, México, Siglo XXI Editores, 2001.
- RETTBERG, A., CÁRDENAS, J. C. y ORTIZ-RIOMALO, J. F. “Mismo recurso, diferentes conflictos: un análisis de la relación entre oro, conflicto y criminalidad en seis departamentos colombianos”, en RETTBERG, A.; LEITERITZ, R. J.; NASI, C. y PRIETO, J. D. *¿Diferentes recursos, conflictos distintos? La economía política regional del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2018, pp. 341-400.
- Rodríguez, M. “¿Hacer más verde al Estado colombiano?”, *Revista de Estudios Sociales*, 32, 2009, pp. 18-33.
- RUBIANO, S. y ESTEBAN, V. “Las corporaciones autónomas regionales (CAR) y la regulación ambiental del territorio a propósito de la disputa por el borde norte de Bogotá”, en ALVIAR, H. y LAMPREA, E., *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2016, pp. 261-308.
- TEUBNER, G. *After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law*, Florencia, European University Institute, 1984.
- VIVEIROS DE CASTRO, E. “Cosmological Deixis and Amerindian Perspectivism”, *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 4, 1998, pp. 469-488.
- VIVEIROS DE CASTRO, E. “Image of nature and society in Amazonian ethnology”, *Annual Review of Anthropologist*, 25, 1996, pp. 179-200.

UDAY SHANKAR*

JUAN SEBASTIÁN VILLAMIL RODRÍGUEZ**

CAPÍTULO 3

Tribunales especializados y acceso a la justicia ambiental

Specialized Courts and Access to Environmental Justice

*Manan los hombres de la ciudad hacia el Río;
se vierten por las escalinatas como una lava lenta y escabrosa;
extraviado cada uno en un sobresaltado ensueño
de viandas humeantes y divinos visajes.*
Jorge Zalamea Borda (1963)

RESUMEN

Desde los años ochenta existe en el derecho comparado una tendencia hacia la judicialización de los asuntos ambientales, que coincide con el creciente carácter normativo y contencioso de la Constitución y el derecho internacional. Este fenómeno, que comenzó con el reconocimiento de la entidad jurídica del medio ambiente y los derechos fundamentales conexos, ha evolucionado en países como Chile, China e India hasta la adopción de jurisdicciones especiales que aportan un grado adicional de independencia, técnica e imparcialidad a la resolución de conflictos ambientales. El acceso efectivo a la justicia promueve una visión más amplia de las nuevas subjetividades y de los derechos constitucionalizados, pues trata de evitar que las acciones públicas y privadas dispongan de manera irrestricta de los bienes jurídicos ambientales, a la vez que provee las condiciones necesarias para la reparación de los daños y el castigo para las conductas irregulares que lastimen aquellos intereses supra-individuales como los que se integran en torno a la naturaleza. En tal sentido, esta investigación refleja la experiencia del Tribunal Nacional Verde de India,

* Profesor asociado del Rajiv Gandhi School of Intellectual Property Law, Indian Institute of Technology Kharagpur. Doctor de la Universidad de Delhi, ha sido reconocido con la beca Magdalene Schoch de la Universidad de Hamburgo y ha sido *fellowship* del Max Planck Institute en Heidelberg. Agradece la colaboración en esta investigación a Mr. Saurabh Sagar, LL.B, Rajiv Gandhi School of Intellectual Property Law. Contacto: uday@iitkgp.ac.in ORCID: 0000-0002-8564-2883.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario de Colombia. Máster en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de la Universidad de Castilla-La Mancha, especialista en Derecho Contencioso y Sustantivo Constitucional de la Universidad Javeriana y candidato a doctor por la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido asesor de la Fiscalía General de la Nación y profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente coordina el área de litigio constitucional en Villamil Portilla Abogados. Contacto: juan.villamil@predoc.uam.es ORCID: 0000-0002-7563-7300.

y de otras jurisdicciones del derecho comparado, para plantear cómo estas novedosas fórmulas podrían tener cabida en Colombia.

Palabras clave: justicia ecológica, tribunales ambientales, derechos de la naturaleza, civilización ecológica, acceso a la justicia ambiental, sentencias estructurales, litigio de interés público.

ABSTRACT

The growing trend in comparative law towards the judicial review of matters relating to the environment, which coincides with the full acceptance of the normative and contentious nature of the Constitution and international law, involves the recognition of the legal entity of the environment and related fundamental rights, and has evolved in countries such as Chile, China and India into the adoption of special jurisdictions that bring an additional degree of independence, technique and impartiality to the resolution of environmental conflicts. Effective access to justice promotes a broader vision of the new subjectivities and of the constitutionalized rights because it recognizes new actors in the litigation scenario, by preventing public and private actions from disposing of environmental legal values in an unrestricted manner; at the same time it provides the necessary conditions for the reparation of damages and the punishment of irregular conducts that hurt these collective interests that have an intergenerational connotation. In that sense, this research reflects the experience of the National Green Tribunal of India, and other jurisdictions in comparative law, to raise how these novel formulations could be accommodated in Colombia.

Keywords: ecological justice, environmental courts, rights of nature, ecological civilization, access to environmental justice, structural rulings, public interest litigation.

INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta la importancia que ha adquirido en años recientes el elemento ecológico en la Constitución y en los tratados internacionales, que responde al creciente riesgo que se cierne sobre el equilibrio de los ecosistemas y el entorno humano, los altos tribunales de justicia de Colombia han reaccionado creando precedentes en dirección a la protección de la naturaleza

y, de ese modo, han abierto el debate respecto a la necesidad de una jurisdicción especializada en la tutela de los bienes jurídicos y derechos conexos a la protección del medio ambiente sano, y a la diversidad ecológica en dicho país.

Si bien las cortes nos hablan de las nuevas subjetividades que se han reconocido en el escenario del litigio ambiental en Colombia, y de los ecosistemas como nuevos sujetos procesales, no nos dicen la forma concreta en la que se podrá ejercer esta ampliación del principio de legitimación que en el marco del litigio de interés público se circunscribe bajo el anglicismo del *standing*. Por ejemplo, si bien se dice que la agencia de los ecosistemas se encuentra estrechamente aparejada a la protección de intereses que son colectivos, no se indica con precisión quién tiene la última palabra de cara a representar a la naturaleza ante los tribunales; y la participación de niños en los litigios apenas tiene un efecto simbólico para indicar que son la voz de las futuras generaciones.

Ante estas dificultades, que ya han emergido en países con jurisprudencias similares a la colombiana, como la de India, y ante la emergencia del cambio climático y otros daños ecológicos que ya son perceptibles para la comunidad científica y la opinión pública, los países que componen la comunidad internacional han buscado opciones como la creación de tribunales especializados en la protección de los ecosistemas. Estados como Chile¹, China e India han establecido tribunales en el orden nacional para la garantía del medio ambiente, mientras que países como Canadá, Australia y Estados Unidos solo tienen cortes de este tipo en algunas de sus entidades federales o regionales, como es el caso del Environmental Review Tribunal creado en Ontario en el año 2000^[2], de la New South Wales Land and Environment Court creada en 1980^[3], de los tribunales ambientales creados en el Estado Federal de Hawái en 2014^[4], y de los creados en 1990 en el Estado de Vermont⁵.

Sin embargo, pese a la reciente notoriedad que se ha otorgado al denominado litigio estructural sobre el ambiente, y al creciente llamado a crear tribunales especializados en la protección de los bienes jurídicos ecológicos, poco se sabe en estas latitudes sobre el hecho de que todas las cortes ambientales

1 Véase: <https://www.ita.cl>

2 Véase: <https://www.ontario.ca/laws/statute/00e26/v1>

3 Véase: <https://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/1979/204>

4 Véase: https://www.courts.state.hi.us/special_projects/environmental_court

5 Véase: <https://www.vermontjudiciary.org/environmental>

de cobertura nacional, salvo el caso de Chile, se encuentran en Asia, y, más concretamente, en los dos países más poblados del mundo. En el caso de China, la creación de las denominadas “cortes verdes” en 2007 sería consecuencia de la constitucionalización del principio de civilización ecológica, que motivaría el establecimiento de estos tribunales, y de algunas leyes sustantivas y de procedimiento orientadas a garantizar los derechos conexos a un medio ambiente sano. Por otra parte, en el caso de India, el establecimiento de una jurisdicción ambiental en cabeza del Tribunal Nacional Verde en el año 2011 sería consecuencia de la implementación en la legislación de una orden que la Corte Suprema de Justicia estableció, en el sentido de reconocer e impulsar la necesidad urgente de crear este tipo de tribunales.

Uno de los elementos comunes que comparten India y China es que ambos países han establecido una jurisdicción especializada para conflictos ambientales. Una vez adoptado el principio de civilización ecológica promovido por el presidente Jintao⁶, China ha desarrollado una batería de medidas contra el cambio climático que redundan en adoptar principios rectores de la actividad estatal y privada, que promueven el ambiente, y que condicionan una transformación entera del Estado con la aparición de nuevos actores institucionales como las “cortes verdes”⁷.

Tiantian Zhai y Yen-Chiang Chang, de la Universidad de Shandong, y Dalia documentan que una de las connotaciones de esta visión eco-céntrica de la sociedad es la inclusión de un “principio verde” que es transversal a todo el ordenamiento. El artículo noveno de las provisiones generales para el derecho civil que contienen tal mandato, marca la influencia del derecho ambiental en escenarios propios de la relación entre privados; incluso con consecuencias concretas para el derecho contractual, que se debe interpretar a la luz de este principio rector⁸. Otras de las normas que denotan el enfoque ecológico que tienen las cortes en este país son los principios generales del derecho civil, que son guía para el derecho de daños⁹, y que en su artículo 124 establecen que

6 MULQUEENY, KALA; BONIFACIO, SHERIELYSSE y ESPERILLA, JACQUELINE. “Asian Judges, Green Courts, and Access to Environmental Justice: An Asian Judges Network on the Environment”, *J. Ct. Innovation*, 2010, 3, 277.

7 *Ibid.*

8 ZHAI, TIAN TIAN y CHANG, YEN-CHIANG. “The Contribution of China’s Civil Law to Sustainable Development: Progress and Prospects”, *Sustainability*, 2019, 11, 1, 294.

9 *Green Is Gold. The Strategy and Actions of China’s Ecological Civilization*, UNEP, Nairobi, Kenya, 2016.

“cualquiera que contamine el ambiente y cause daños a los otros en violación de las provisiones estatales para la protección del ambiente y la prevención de la polución enfrentará responsabilidad civil de acuerdo a lo establecido en la ley”¹⁰. Previamente, la ley de protección ambiental del año 1989 también proveía un marco de referencia para resolver la responsabilidad por daño ambiental¹¹.

De ese modo, se evidencia que en este país se aplica un control ambiental difuso que se materializa a través de la acción interpretativa de los jueces de todo orden, que también guían la actividad de la administración en torno a la satisfacción de estos principios. Adicionalmente, se constata la creación de una jurisdicción ambiental especializada que se encarga de investigar los crímenes y otras violaciones al régimen ambiental. Como indica un reporte de las Naciones Unidas de 2016, tan solo entre enero y noviembre de 2015, 1.732 casos por detención administrativa fueron adelantados, y se formularon 1.468 acusaciones por sospechas de polución criminal. Para el trámite de tales reclamos, la CSJP ha establecido 382 tribunales ambientales, cuerpos colegiados y cortes de circuito en 18 provincias del país¹².

Teniendo en cuenta que la recuperación de la economía global tras la recesión causada por la pandemia del Covid-19 pasará necesariamente por el establecimiento de nuevos lazos comerciales entre Asia y el Sur Global, y en consideración a sus dimensiones demográficas, a su contribución al cambio climático y a su papel determinante en la política internacional, resulta de una gran trascendencia que varios ordenamientos coincidan en la conveniencia de la creación de esta clase de sistemas jurisdiccionales para la protección de la garantía ecológica. Al mismo tiempo, la creciente influencia china con la construcción de proyectos de infraestructura como el metro de Bogotá, entre otras iniciativas públicas que se adelantan en la región, hace indispensable una breve mirada a la manera como allí se arbitran y disponen los intereses ambientales, de modo que Colombia pueda tener un estándar similar para controlar los efectos adversos de la elaboración de proyectos de alto impacto.

10 General Principles of the Civil Law of the People’s Republic of China, artículo 124: “Any person who pollutes the environment and causes damage to others in violation of state provisions for environmental protection and the prevention of pollution shall bear civil liability in accordance with the law”. Disponible en: <http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/gpotclotproc555/>

11 KYSAR, DOUGLAS A. “What climate change can do about tort law”, *Environmental Law*, 2011, 1-71.

12 PRING, G. *Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers*, UNEP, 2016.

Habida cuenta de que tanto Colombia como India hacen parte activa de ese compromiso internacional por la reducción de gases de efecto invernadero (GEI), resulta indispensable consultar sus experiencias y los aportes que estos han hecho en la construcción de nuevas instituciones jurídicas que se adaptan a las necesidades que la sociedad tiene de proteger sus ecosistemas. A diferencia de Estados Unidos, estos países han ratificado el Acuerdo de París y otros tratados que soportan el multilateralismo necesario para la lucha contra el cambio climático y, de ese modo, sus precedentes son relevantes desde el punto de vista comparado para Colombia; donde hemos firmado incluso otra serie de acuerdos y compromisos internacionales relativos a la protección del ambiente, que señalan la necesidad de otorgar un verdadero acceso a la justicia ambiental.

Al mismo tiempo, Colombia aspira a ser un actor determinante en la lucha contra el cambio climático, pues posee condiciones naturales estratégicas, que a la par le hacen responsable de propiciar ecosistemas saludables con un alto potencial de cara a la recaptura de los GEI, que morigeren el aumento de la temperatura de la tierra. Así, el Acuerdo de París establece un fondo diseñado para la financiación del clima que “se utilice para sufragar los gastos administrativos y para ayudar a las Partes que son países en desarrollo particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático a hacer frente a los costos de la adaptación”¹³; lo cual, por supuesto, plantea la transferencia de recursos para la rehabilitación de los sistemas naturales de estabilización climática asociados a muchos de nuestros ecosistemas, entre los cuales destacarían la selva amazónica o los páramos. Según este acuerdo, y a favor de la promoción de la reforestación y rehabilitación de estos últimos, se acordaría la transferencia directa de fondos económicos que serían girados por parte de las naciones industrializadas a favor de países como Colombia, que con sus bosques contribuirían a la recaptura de estos elementos de impacto ambiental negativo¹⁴.

Dada la necesidad de cumplir el Acuerdo de París sobre cambio climático y la reciente ratificación del Acuerdo de Escazú que establece la convencionalidad internacional del derecho al acceso a la justicia e información ambiental,

13 Acuerdo de París sobre Cambio Climático, artículos 3 y 6.

14 Dicha fórmula ya fue planteada como reacción a la crisis ambiental desencadenada por los incendios que el año pasado azotaron la Amazonía brasileña, para la cual el G7 ofreció desembolsar fondos para su mitigación que, sin embargo, fueron rechazados por el gobierno de Jair Bolsonaro. Véase: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-49479470>

resulta urgente cuestionarnos sobre si es necesario que Colombia siga el paso a la vanguardia, y adopte una especialidad jurisdiccional o una jurisdicción especializada a favor de los derechos conexos a la protección de la naturaleza. El objeto de este escrito es presentar algunas reflexiones sobre el papel que la institucionalización del juez ambiental podría desempeñar en el cumplimiento por parte de Colombia de las metas que se ha fijado en el plano internacional en lo referente la reducción de daños ambientales que aceleran el cambio climático, como sería el caso de la deforestación.

METODOLOGÍA Y SISTEMAS DE REFERENCIA

Desde la aparición de las primeras sentencias estructurales en la década de 1980 en India, se hizo evidente la supremacía constitucional inherente a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), determinantes para la adopción de las acciones afirmativas del Estado. Como ha ocurrido en otros países, que muestran visos del denominado constitucionalismo transformador, como Sudáfrica¹⁵, el intérprete y guardián del texto superior, en India, ha referido al potencial social de la norma fundamental para fijar ciertas órdenes bajo las cuales las autoridades del ejecutivo y el legislativo deben desarrollar e implementar políticas públicas conducentes a la realización efectiva de los compromisos estipulados en el pacto constitucional. Una de estas órdenes sería justamente la creación en India de los tribunales ambientales que son objeto de este estudio, y que permiten la tutela jurisdiccional de los bienes jurídicos que se relacionan con la sostenibilidad de lo ecológico.

En atención a que este tipo de corte ambiental ha sido aplicada en ordenamientos tan disimiles como China, India, Chile y Estados Unidos, la metodología aplicada en esta investigación parte de una mirada transversal al derecho comparado, pero se centra en el caso de India como espejo adecuado para la experiencia judicial y legislativa de Colombia. Como se verá a continuación, existen importantes afinidades y puntos comunes de partida entre estos dos países, donde la inmensa mayoría de avances significativos en materia de protección del ambiente tiene origen en los precedentes judiciales y en el activismo de la jurisdicción. En efecto, tanto Colombia como India han referido a las posibilidades del llamado litigio estratégico, para garantizar el

15 FOU, OLIVER NJUH. “The transformative potential of the constitutional environmental right overlooked in Grootboom”, *Obiter*, 2013, 34, 1, pp. 77-95.

potencial transformador de la Constitución; y es justamente en este contexto que la Corte Suprema de Justicia de India estableció la necesidad de que el legislativo institucionalizara los tribunales ambientales.

En esa dirección, la primera sección de este texto reconstruye la manera en que el constitucionalismo transformador en India ha probado ser un instrumento clave para la consecución de la materialidad y efectividad de los derechos constitucionales, y en la instauración misma de una justicia ambiental en ese país. De igual forma, se analizan tanto los precedentes de la Corte Suprema de India sobre el ambiente, como los fallos y precedentes creados en el marco del Tribunal Nacional Verde que, tras su creación, adquirió jurisdicción sobre la totalidad del litigio ecológico en dicho país, con una fuerza expansiva digna de examen. Dicho esto, y entrando al análisis sobre Colombia, la segunda sección se ocupará precisamente de identificar los puntos en que la jurisprudencia de este país también ha hecho grandes avances de cara a la garantía del acceso a la justicia ambiental y, por ese camino, de mostrar cuál sería el punto de partida en Colombia para la instauración de un tribunal nacional sobre el medio ambiente; preguntándose si este sería el momento propicio para la creación de tal entidad jurisdiccional especializada para la defensa de los ecosistemas.

I. INDIA: LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO Y CORTES ESPECIALIZADAS PARA EL MEDIO AMBIENTE

India es el segundo país más poblado del mundo y su desarrollo económico reciente es notable. Esta nación cuenta con recursos naturales y humanos abundantes para aumentar el proceso de industrialización en curso, pero son justamente estas ventajas económicas las que desatan los serios problemas ambientales que debe enfrentar la principal nación del sub-continente asiático. De ese modo, el mal estado de las fuentes hídricas y del aire en aquel país propicia que el ambiente y su protección hoy se encuentren en el centro de las preocupaciones de una ciudadanía que vive día a día las consecuencias de años de malas prácticas gubernamentales y de la falta de implementación de una más estricta agencia de lo ambiental. Por todo ello, pese a haber sido una de las primeras naciones en adoptar el concepto de litigio estructural a favor del ambiente, India padece un severo déficit de protección de los derechos que se relacionan con la salud de los ecosistemas.

A pesar de que la máxima corte de justicia de India ha expandido el concepto de *standing* (legitimación), y admitido nuevas subjetividades colectivas en el contexto del litigio, e incluso asignado derechos a los ecosistemas, todo

parece indicar que esa nación ha tenido que tomar una apuesta adicional de cara a la protección de los bienes jurídicos ambientales. De ese modo, más allá de que los derechos de la naturaleza sean de acogida en un país de tradiciones hindú y budista, la experiencia sobre las dificultades institucionales ha promovido el surgimiento de nuevas iniciativas que implican la remoción de las fronteras tradicionales y el surgimiento de los tribunales especializados. Desde que fue fijada la visión india sobre la naturaleza en el año 1976^[16], la jurisprudencia ha sido generosa en referencias a las responsabilidades que tiene el Estado respecto de la vida y la salud de los ciudadanos. Sin embargo, aunque el método convencional de adjudicación fue un alivio para los ambientalistas, a causa de las complejidades científicas que hacen parte de este tipo de litigio, se hizo necesario establecer un tribunal especializado para juzgar los asuntos ambientales.

I. I. LA NECESIDAD DE UN TRIBUNAL AMBIENTAL ESPECIALIZADO: LA CONTRIBUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE INDIA

El constitucionalismo indio y su cosmovisión se relacionan de manera especial con la naturaleza; y es de allí que obtiene sustento la doctrina según la cual el medio ambiente limpio y saludable es indispensable para la perdurabilidad de la civilización humana. Dicho presupuesto ha sido el punto focal de las más recientes deliberaciones respecto de los derechos humanos, en las que los valores relacionados con la dignidad humana no pueden ser objeto de suspensión. El contenido positivo del derecho a la vida, consagrado en el artículo 21 de la Constitución, ha permitido a la Corte Suprema de Justicia interpretar la existencia de un derecho fundamental al medio ambiente limpio y saludable, que hace parte integral del marco de derechos establecido en virtud de la Constitución.

Toda la jurisprudencia del derecho ambiental ha evolucionado bajo el velo del artículo 21 de la Constitución¹⁷. El derecho al medio ambiente, inscrito

16 Esta Constitución impone a todos los ciudadanos el deber de proteger y mejorar el medio ambiente natural, incluidos los bosques, lagos, ríos y la vida silvestre.

17 Corte Suprema de Justicia de India, *Damodhar Rao v. Corporación Municipal*, Hyderabad, AIR 1987 AP 170. El tribunal ha observado que no puede haber ninguna razón por la cual la práctica de extinciones violentas de la vida sola se considere como una violación del artículo 21 de la Constitución. La lenta intoxicación por la atmósfera contaminada fruto del envenenamiento

como una directriz en virtud del artículo 48 A de la Constitución, ha sido leído como fundamental dada su relación con la norma del artículo 21 que le habilitaría como derecho humano¹⁸. En un mismo sentido, los riesgos para la salud que supone la contaminación también se han tratado dentro de este significado extendido¹⁹. En esencia, la Corte Suprema ha asentado que cualquier alteración de los elementos básicos del medio ambiente, a saber, el aire, el agua y el suelo, que son necesarios para la “vida”, podría constituirse en una vulneración que supone riesgos a las valoraciones del artículo 21^[20]. Independientemente de su connotación ambiental, el derecho al agua también ha sido reconocido como parte intrínseca del derecho a la vida²¹.

De acuerdo con la Constitución de India, todos los recursos naturales se encuentran en cabeza del Estado, pero solo en calidad de administrador de los mismos²², y, en ese sentido, su deber no es otro que prevenir la destrucción y abuso del patrimonio ambiental, entendido desde una perspectiva holística²³. Reconociendo la importancia de la deferencia que debe el Estado ante el

ambiental y el deterioro constante también debe considerarse como una violación del artículo 21 de la Constitución.

- 18 Corte Suprema de Justicia de India, *Subhash Kumar v. Estado de Bihar*, AIR 1991 SC 420. Se sostuvo en este precedente que el derecho a la vida consagrado en el artículo 21 incluye el derecho al disfrute del agua y el aire libres de contaminación, para el pleno disfrute de la vida. Si algo pone en peligro o deteriora la calidad de vida, una persona afectada o una persona genuinamente interesada en la protección de la sociedad recurriría al artículo 32.
- 19 Corte Suprema de Justicia de India. *Ashok v. Unión de India*, (1997) 5 SCC 10; véase también *Samatha v. Estado de AP*, AIR 1997 SC 3297; *MC Mehta v. Unión de India*, (1999) 6 SCC 9; *MC Mehta v. Unión de India* (1996) 4 SCC 351; *MC Mehta v. Unión de India*, (2002) 10 SCC 191; *MC Mehta v. Unión de India*, (2001) 3 SCC 756.
- 20 Corte Suprema de Justicia de India. *MC Mehta v. Kamal Nath*, (2000) 6 SCC 213; véanse también *Virender Gaur v. Estado de Haryana*, (1995) 2 SCC 577, y *Junta de Control de Contaminación AP v. MV Nayudu*, (1999) 2 SCC 718.
- 21 Corte Suprema de Justicia de India, *MK Balakrishnan v. Union of India*, (2009) 5 SCC 511, donde se ha sostenido que el derecho al agua es parte del derecho a la vida garantizado por el artículo 21.
- 22 SHANKAR, UDAY. “Socio-Economic Rights in South Asia”, en KAUL, JAWAHAR LAL y JHA, ANUPAM (eds.), *Shifting Horizons of Public International Law: A South Asian Perspective*. Springer, 2018.
- 23 Corte Suprema de Justicia de India. *TN Godavarman Thirumulpad v. Unión de India*, (2006) 1 SCC 1. Allí, el tribunal señaló que el derecho a un medio ambiente limpio es uno de los derechos humanos básicos reconocidos. El derecho a la vida inherente al artículo 21 de la Constitución de India determina que la calidad de vida requerida solo es posible en un ambiente sano y de calidad.

orden constitucional y sus prerrogativas ciudadanas, en el caso *Fundación de Investigación v. Unión de India* la CSJI dijo que “el derecho a la información y la participación comunitaria necesarias para la protección del medio ambiente y la salud humana es una parte inalienable del artículo 21, y se rige por los principios ambientales aceptados. El gobierno y las autoridades tienen que motivar la participación pública mediante la formulación de los programas necesarios”²⁴.

En India, la era de las adjudicaciones pro-ambientales comienza desde *Litigio Rural Kendra v. Unión de India*. En este caso, la Corte Suprema interpretó el desarrollo en relación con el derecho al medio ambiente, y sentenció que las sanciones ambientales impuestas a una de las partes, a saber, el cierre de una cantera, eran “un precio que debe pagarse por proteger y salvaguardar el derecho de las personas a vivir en un ambiente saludable con una alteración mínima del equilibrio ecológico, y sin un peligro evitable para ellos y para su ganado, hogares y tierras agrícolas y contaminación indebida de aire, agua y medio ambiente”²⁵. La Corte, en dicha sentencia, ordenó el cierre de las canteras de piedra caliza y además ordenó al Estado que establezca el comité de monitoreo para verificar la reforestación, las actividades mineras y todos los demás aspectos necesarios para restituir la normalidad natural en el Valle de Doon. La orden emitida por la Corte para conformar un comité enfatizó la necesidad de diseñar medidas más allá de las tradicionales para un alivio efectivo en asuntos ambientales.

Por otra parte, según la visión que allí se tiene de las normas ambientales internacionales en el marco legislativo nacional, los principios del derecho ambiental internacional deben guiar la interpretación doméstica del derecho a un medio ambiente sano. En ese sentido, la Corte Suprema se ha legitimado a partir de las normas internacionales sobre derechos ambientales, y está resolviendo disputas que involucran conflictos entre la agenda económica y la protección del medio ambiente²⁶. De esa forma, se ha conseguido fijar la responsabilidad de los contaminadores²⁷ y tomar medidas de precaución para

24 Corte Suprema de Justicia de India. *Research Foundation v. Union of India & Others*, WP 657/1995 (2003.10.14), fundamento jurídico 57.

25 Corte Suprema de Justicia de India. *Rural Litigation & Entitlement v. State of U.P.*, 30 de agosto de 1988.

26 Corte Suprema de Justicia de India. *Prafulla Samantray v. Union of India*, 30 marzo 2012.

27 Corte Suprema de Justicia de India. *Paryavaran Mitra v. Gujarat Pollution Control Board*, 20 de diciembre de 2013.

el mayor interés del medio ambiente²⁸; así, este tribunal ha aplicado sin vacilaciones las normas internacionales para abordar los complicados problemas ambientales que surgen de una amplia gama de actividades de infraestructura. De ese modo, la Corte ha enriquecido el significado del derecho a la ‘vida’ para incluir el derecho a un ‘medio ambiente limpio’ y, así, decidir sobre la responsabilidad de los contaminadores.

La Corte Suprema ha mejorado los remedios institucionales a favor del ambiente a través del monitoreo continuo de la acción del Estado, y de la adopción de un principio de responsabilidad individual por el daño causado al medio ambiente. De tal forma, la Corte ha valorado la experiencia de los expertos en la evaluación del daño causado al medio ambiente, al tiempo que proporciona un alivio adecuado en materia de degradación del ecosistema. El juez Bhagwati, en el caso *Oleum Leak Gas*, ha utilizado el método de nombrar comités de expertos para evaluar el alcance del daño al medio ambiente. Este es el primer caso en el que se consideró la aportación de expertos científicos para tomar una decisión informada²⁹. Este experimento ha culminado en la creación de un tribunal ambiental especializado dirigido por expertos técnicos junto con jueces profesionales³⁰.

Al prohibir a las industrias químicas que descarguen sustancias tóxicas en los cuerpos de agua, la Corte Suprema ha abogado por la necesidad de establecer tribunales ambientales con personal capacitado en derecho ambiental, y con la asistencia de expertos científicos³¹. Sobre el tema de la categorización de una actividad como industria peligrosa, la Corte ha expresado la incapacidad de determinar las complejidades involucradas en la naturaleza técnica de la cuestión planteada en la petición. De tal modo, se estableció que los tribunales no poseían la experiencia en todos los asuntos técnicos y científicos de extrema complejidad, y que, por ende, los tribunales o las autoridades de apelaciones que se ocupan de tales asuntos tenían que ser personal habituado conceptualmente con la dogmática ambiental y su legislación, además de funcionarios

28 Corte Suprema de Justicia de India. *Rayons-Enlightening Humanity v. Union of India*, 18 de julio de 2013.

29 Corte Suprema de Justicia de India, (1986) 2 SCC 176.

30 ROSENCRANZ, ARMIN y SAHU, GEETANJOY. “Assessing the National Green Tribunal after four years”, *J. Indian L. & Soc’y*, 2014, 5, 191.

31 Corte Suprema de Justicia de India. *Consejo Indio para el Medio Ambiente v. Unión de India*, 1996 (3) SCC 212.

judiciales. En igual sentido, y a la luz de la experiencia en otros países³², en el caso *Junta de Control de Contaminación AP v. Prof. MV Nayudu II*³³ se recalcó lo imperativo que resulta refrendar leyes para constituir tribunales ambientales con expertos en derecho ambiental además de miembros judiciales.

En ese contexto, la Comisión de Derecho de India realizó un estudio detallado sobre el establecimiento de un tribunal ambiental especializado para este país³⁴. La Comisión identificó las deficiencias en el marco legal existente sobre cuestiones ambientales³⁵, y observó que las discusiones científicas allí involucradas requerían la combinación de mentes técnicas y judiciales, que juzgó necesarias de cara a tomar decisiones informadas en relación a bienes jurídicos ambientales. La Comisión sugirió: “El Tribunal de Medio Ambiente propuesto deberá seguir el principio de responsabilidad estricta en caso de sustancias peligrosas, el principio de reparación económica, el principio de precaución, el principio preventivo, la doctrina de confianza pública, la equidad intergeneracional y el desarrollo sostenible”³⁶. De tal forma, el *locus standi* de este nuevo tribunal debería coincidir con las competencias de la Corte Suprema en materia ecológica. El Tribunal de Medio Ambiente propuesto también debería tener el poder de enmarcar esquemas relacionados con cuestiones ambientales, monitorearlas y modificarlas. La Comisión destacó las limitaciones de las medidas correctivas ordinarias disponibles en casos de daños ambientales, y reconoció que muchas veces los problemas pueden no resolverse al considerar la preocupación ambiental o los proyectos de desarrollo. El remedio de “todo o nada” no serviría a la causa de la justicia, cuando surgen problemas complejos de ciencia y tecnología en los procedimientos judiciales.

32 Corte Suprema de Justicia de India, (2001) 2 SCC 62.

33 Corte Suprema de Justicia de India. *Junta de Control de Contaminación AP v. Prof. mv Nayudu I*, AIR 1999 SC 812.

34 La Comisión de Derecho de India es un órgano ejecutivo establecido por orden del gobierno de India que recomienda a este sobre la reforma legal. Los expertos legales son los miembros de la Comisión.

35 Las autoridades de apelación en virtud de la Ley del Agua y la Ley del Aire son funcionarios del gobierno y no hay jueces ni personal técnico involucrado en el proceso de toma de decisiones en virtud de esas leyes; las órdenes aprobadas en virtud de las mismas se cuestionan solo en virtud de los artículos 226 o 32.

36 186.º Informe de la Comisión de Derecho de India, 2003, p. 167.

I.2. EL TRIBUNAL NACIONAL VERDE: UNA GARANTÍA ORGÁNICA PARA LOS ECOSISTEMAS

El concepto de justicia ambiental se ha transformado a lo largo del tiempo para convertirse en un principio universal que engloba la idea de justicia, equidad, participación pública e interdependencia. En esa misma línea, las mundialmente conocidas decisiones de la Corte Suprema india reflejan el potencial transformador del foro judicial para la garantía de los derechos. Como se mencionó brevemente en la sección anterior, el discurso sobre la justicia ambiental ha florecido dada la interdependencia que existe entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente. En ese sentido, la flexibilización de la regla de *locus standi* permitió a los ciudadanos de espíritu público aprovechar la amplia jurisdicción y el poder del Corte para requerir las medidas necesarias para la protección de la fauna y la flora³⁷.

Sin embargo, el reconocimiento judicial sobre la base de los derechos humanos no ha sido suficiente para abordar las complejidades involucradas en el litigio que aborda el daño al medio ambiente. La esperanza de los partidarios del medio ambiente limpio se ve truncada por las limitaciones de una intervención judicial que se manifiesta limitada por la concentración de esta función en un único órgano no especializado³⁸. En idéntico sentido, la pluralidad de actores interesados en estas disputas dificulta el papel del poder judicial tradicional para la satisfacción de las garantías jurisdiccionales. Por esta razón, la Corte Suprema de India ha defendido en numerosas ocasiones la necesidad de constituir los denominados tribunales ambientales especiales³⁹. Este tipo de tribunal ofrece la posibilidad de ejercer un control jurisdiccional que se manifiesta concentrado en un tribunal nacional, y difuso en múltiples

37 RAJAMANI, LAVANYA. "Public interest environmental litigation in India: exploring issues of access, participation, equity, effectiveness and sustainability", *Journal of Environmental Law*, 2007, 19, 3, pp. 293-321.

38 GILL, GITANJALI NAIN. "The National Green Tribunal of India: A Sustainable Future through the Principles of International Environmental Law", *Environmental Law Review*, 2014, 16, 3, pp. 183-202.

39 Corte Suprema de Justicia de India. MC Mehta v. Unión de India, 1986 (2) SCC 176; Corte Suprema de Justicia de India. Consejo Indio para la Acción Ambiental Legal v. Unión de India, 1996 (3) SCC 212; Corte Suprema de Justicia de India. Junta de Control de Contaminación AP II v. MV Naidu, 2001 (2) SCC 62 (en este caso, el tribunal exigió a la Comisión de Derecho que abordara esta cuestión).

tribunales regionales a cargo de la garantía de la integridad del ambiente y los ecosistemas.

Sorprende gratamente la actitud de la máxima corte de este país, que, contrario al recelo típico respecto de este tipo de tribunales, está dispuesta a ceder parte de su competencia a un nuevo órgano jurisdiccional especializado para el ambiente. La Corte Suprema reconoce que los asuntos ambientales involucran bases científicas complejas que plantean un ingente reto para el poder judicial. En ese sentido, este tribunal reconoce que es necesario un cuerpo judicial enfocado en lo ambiental donde el componente científico sea un elemento central de la deliberación. Con base en la Conferencia de Estocolmo y la Conferencia de Río, que promueven este tipo de formulas jurisdiccionales, el Parlamento indio ha constituido un tribunal especializado para lo ambiental, que coincide plenamente con lo establecido por la propia Corte Suprema de Justicia de India⁴⁰. Si se tiene en cuenta que esto facilitaría superar la falta de experiencia científica del componente jurisdiccional, y lograría mantener un muy necesitado equilibrio entre el desarrollo y el medio ambiente, se reconoce positivamente la deferencia de la Corte Suprema ante una jurisdicción especializada solo para lo ambiental⁴¹.

El Tribunal Nacional Verde (en adelante TNV o Tribunal Verde), que se estableció el 18 de octubre de 2010 como corte ambiental, en virtud de la Ley del Tribunal Nacional Verde de 2010, entró en funcionamiento el 4 de julio de 2011^[42]. Esta ley instituye un tribunal especializado con cinco subsalas ubicadas en diferentes regiones del país⁴³; el gobierno ha notificado el establecimiento de secciones regionales del Tribunal a lo largo del territorio⁴⁴, así: la sección de deliberación de Delhi, que cubre la zona norte; la sección de Pune, que se encarga del territorio occidental; la sección de la Zona Central, que se encuentra en Bhopal; la de Chennai, que adjudica los casos de la parte

40 El preámbulo de la Ley del Tribunal Verde Nacional explica que el establecimiento también es el resultado de la adopción de la Conferencia de Estocolmo de 1972 y la Conferencia de Río de 1992.

41 186.º Informe de la Comisión de Derecho de India, 2003.

42 Ley del Tribunal Verde Nacional de 2010, *Gaceta de India Extraordinaria*, n.º 19 de 2010. El National Green Tribunal (NGT) reemplazó a la Autoridad Nacional de Apelaciones del Medio Ambiente del Ministerio de Medio Ambiente y Bosques.

43 Sección 3 de la Ley del Tribunal Verde Nacional de 2010.

44 Ministerio de Medio Ambiente y Bosques, Gobierno de India, notificación 17 de agosto de 2011.

sur del país; y la sección de Kolkata, que es responsable de la región oriental. Estas subsecciones siguen la división política y territorial del país, y permiten que su extensión regional pueda mejorar el acceso a la justicia ambiental. Casi al otro lado del mundo, la jurisdicción ambiental chilena adoptaría una regionalización similar que se divide en la zona norte, bajo la jurisdicción de Antofagasta, la zona centro, con sede en Santiago, y la zona sur, en Valdivia⁴⁵.

En pro de brindar los beneficios del rigor científico a una discusión que por mucho excede las consideraciones filosóficas e interpretativas de los juristas, este Tribunal está constituido como un organismo multidisciplinario y especializado, que cuenta con la asesoría técnica y la experiencia necesaria para la resolución efectiva y rápida de casos relacionados con la protección del medio ambiente, la conservación de los bosques y la observancia de las obligaciones constitucionales en la materia⁴⁶. Teniendo en cuenta las complejas cuestiones científicas y tecnológicas que se plantean en el litigio ambiental, de cara a la prevención de la excesiva contaminación del aire y del agua, el Tribunal está constituido no solo de jueces sino también por expertos técnicos o científicos. Dicho de otro modo, este tribunal especializado para el ambiente se describe como un “organismo especializado equipado con la experiencia necesaria para manejar disputas ambientales”. De tal forma, el estatuto constitucional y legal en India ha institucionalizado un elemento contencioso para la justicia ambiental, con el objetivo de mejorar la democracia ambiental basada en la premisa de equidad, participación pública, transparencia y responsabilidad. Este Tribunal cuenta con la jurisdicción para decidir cuestiones legales relacionadas con la conservación de los bosques y otros recursos naturales; así como con la facultad de ordenar la compensación por los daños que contra estos se cometan.

La composición del Tribunal Verde con participación de expertos técnicos ha introducido una nueva dimensión en el proceso de toma de decisiones. Para su integración, el presidente de la Corte Suprema designa a un presidente para

45 RIQUELME SALAZAR, CAROLINA. “Los tribunales ambientales en Chile. ¿Un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental?”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2013, 4.1.

46 El objetivo de la ley se lee como “[u]na ley para establecer el establecimiento de un Tribunal Nacional Verde para la eliminación efectiva y expedita de casos relacionados con la protección ambiental y la conservación de bosques y otros recursos naturales, incluida la aplicación de cualquier derecho legal relacionado para el medio ambiente y dar alivio y compensación por daños a personas y bienes y por asuntos relacionados con ellos o incidentales a los mismos”.

este tribunal ambiental, y al mismo tiempo dicho presidente tiene el poder de invitar a cualquier miembro experto en el campo relacionado, para ayudar en los casos en que lo considere necesario. El presidente, junto con el gobierno central, establece las reglas para gobernar los procedimientos y las reglas de dicho Tribunal. El mismo está compuesto por un presidente y no menos de diez (pero sujeto a un máximo de 20) miembros judiciales y expertos a tiempo completo⁴⁷. Los miembros judiciales deben tener la experiencia y los conocimientos jurídicos necesarios, y los miembros expertos incluirán profesionales en ciencias de la salud, ciencias físicas, ingeniería o tecnología⁴⁸.

En estas disposiciones es notorio que los legisladores han entendido muy bien la naturaleza del litigio ambiental, y han previsto un proceso de adjudicación que se beneficia de la perspicacia legal del juez y la experiencia técnica del científico. El proceso de toma de decisiones otorga mayor legitimidad a decisiones que necesitan lograr un deseable equilibrio entre los medios de desarrollo, y la preservación de la naturaleza para una mayor protección del interés público. La participación de los expertos técnicos facilita consultar necesidades del ambiente, que de otra forma permanecerían intangibles. En ese sentido, Gill ha señalado acertadamente que “[l]a combinación de experiencia legal, científica y técnica tiene un impacto dinámico en el contenido y el desarrollo de las políticas y leyes ambientales pues moviliza la ‘adjudicación’ más allá de la ‘puerta de la sala del tribunal’ en su creación implícita de una política científicamente justificada mediante el uso de dictámenes fuertes”⁴⁹.

De tal forma, se le ha conferido al Tribunal Verde la jurisdicción para considerar asuntos que surgen de más de media docena de leyes que tratan varias facetas de la protección de la naturaleza⁵⁰. El Tribunal ya tuvo oportunidad de dictaminar que su jurisdicción se extiende a todos los casos civiles que plantean la cuestión sustancial del medio ambiente, y que surgen de la implementación de las leyes establecidas en el Anexo I de la Ley NGT. Para este propósito, el término “implementación” no debe ser demasiado limitado

47 Artículo 4 de la Ley del Tribunal Verde Nacional de 2010.

48 Artículo 5 de la Ley del Tribunal Verde Nacional de 2010.

49 *Ibid.*, 54, 183 (trad. propia).

50 El Anexo I de la ley enumera las legislaciones: la Ley de Agua (Prevención y Control de la Contaminación) de 1974, la Ley de Agua (Prevención y Control de la Contaminación) Cess de 1977, la Ley de Conservación Forestal de 1980, El Aire (Ley de Prevención y Control de la Contaminación) de 1981, la Ley del Medio Ambiente (Protección) de 1986, la Ley de Seguro de Responsabilidad Civil de 1991 y la Ley de Diversidad Biológica de 2002.

ni demasiado extenso, ni tener en cuenta todas las notificaciones, reglas y regulaciones promulgadas en virtud de dicha ley⁵¹. La sección 14 de esta facultada al Tribunal para considerar todos los casos civiles en los que surge una cuestión sustancial relacionada con el medio ambiente, incluida la aplicación de cualquier derecho contemplado en las leyes enumeradas en el Anexo I. La referencia explícita y restricta a los casos civiles, a su vez, impide al Tribunal abordar el asunto desde el punto de vista de la acción criminal del Estado. Para limitar el activismo del Tribunal en nombre de la ‘cuestión sustancial’, la ley restringe su espectro jurisdiccional a la violación estatutaria de las normas legales sobre el medio ambiente por parte de una persona o corporación que pueda afectar a una comunidad⁵².

En tal sentido, y pese a su reciente creación, el Tribunal Verde ha ido adquiriendo liderazgo en la conservación de la biodiversidad en casos como el de los Ghats occidentales⁵³. El Tribunal ha sostenido que “el mismo preámbulo de la Ley es un indicador suficiente de la jurisdicción que le corresponde”; según este, la ley establece que los casos sometidos al Tribunal pueden estar relacionados con la protección del medio ambiente, la conservación de los bosques y otros recursos naturales, o incluso la aplicación de los derechos legales relacionados con el medio ambiente. La protección y conservación de los ecosistemas no es solo una obligación del Estado sino de todos los particulares⁵⁴, y en ese sentido, en el caso *Ministerio de Medio Ambiente y Bosques* se sostuvo que la vida silvestre es parte del medio ambiente, y que cualquier acción que cause daño, o que pueda causar daño a la vida silvestre, no puede excluirse del ámbito de competencia del Tribunal⁵⁵.

Por otra parte, la demora en la resolución de los casos pendientes obstaculiza la credibilidad de las instituciones judiciales⁵⁶; es por eso que, además de su mandato originario, el Tribunal Verde también tiene el poder de conocer apelaciones contra resolución administrativa y judicial, en virtud de las

51 *Kalpavriksh v. Unión de India*, 17 de julio de 2014.

52 Sección 2 (m) de la ley.

53 CHANDRAN, M. D. SUBASH. “On the ecological history of the Western Ghats”, *Current Science*, 1997, pp. 146-155.

54 Tribunal Nacional Verde. *Fundación Goa v. Unión de India*, julio de 2013.

55 Tribunal Nacional Verde. *Jan Chetna v. Ministerio de Medio Ambiente y Bosques*, mayo de 2012.

56 *Ibid.*

disposiciones especificadas en el Anexo I⁵⁷. Para abordar la demora indebida en la resolución de los casos, la ley prescribe que la apelación deberá presentarse ante el Tribunal dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de las órdenes a la parte perjudicada, con una extensión máxima de 30 días más en los casos en que ello resultase justificable; adicionalmente, el apelante agotará todos los recursos dados disponibles en virtud de la ley en cuestión.

La ley faculta al Tribunal Verde para diseñar el procedimiento y las reglas de evidencia con el objetivo de resolver rápidamente los casos que son objeto de su jurisdicción; de ese modo, solo exige que el procedimiento se cumpla con observancia de los principios de la justicia procesal que son de carácter universal. De tal suerte, las leyes del derecho procesal civil ordinario no son aplicables a este nuevo foro judicial y, sin embargo, el Tribunal tiene la obligación de revisar sus decisiones, si se encontrasen nuevos hechos materiales, o si quedase en evidencia un yerro judicial, como ocurre con el caso de los denominados recursos extraordinarios⁵⁸. Por otra parte, la ley establece que en esta jurisdicción el sujeto legitimado es aquel que se considere “parte agraviada” por la conducta objeto de reproche. Esto, en principio, circunscribe y delimita la doctrina de *standi* solo a ciertos sujetos procesales que se encuentran en capacidad de demostrar un interés concreto sobre las situaciones fácticas objeto de estudio.

Si bien aún existen algunas limitaciones competenciales respecto del concepto de legitimación activa ante estos tribunales⁵⁹, es dable decir que a la palabra ‘persona’ se le ha dado un significado liberal, para incluir a ciudadanos y no ciudadanos; a quienes se les permite invocar la jurisdicción del Tribunal respecto de aquellos temas que involucran una cuestión sustancial relativa al medio ambiente⁶⁰. En ese sentido, se puede inferir que los activistas o la sociedad civil aún pueden invocar la jurisdicción de la Corte Suprema o de

57 India. Ley del Tribunal Nacional Verde, Sansad (Parlamento de India), artículo 16.

58 India. Ley del Tribunal Nacional Verde, Sansad (Parlamento de India), artículo 19.

59 En *Jan Chetna v. Ministerio de Medio Ambiente y Bosques* se sostuvo que en materia de medio ambiente se debe adoptar una interpretación liberal, porque el daño no necesariamente se limita a la zona local donde se estableció la industria. Los efectos de la degradación ambiental pueden tener consecuencias de largo alcance que van más allá de las áreas locales. Por lo tanto, una persona perjudicada no necesita ser residente del área local.

60 Tribunal Nacional Verde. *Betty C. Alvares v. Estado de Goa*, febrero de 2014. Este caso es especialmente interesante porque el tribunal admitió una petición presentada por una persona que no ostenta la ciudadanía india, en relación con la degradación del medio ambiente debido a la construcción ilegal y la invasión de la playa.

los tribunales superiores que persiguen conseguir las reparaciones necesarias para remediar todo daño ambiental⁶¹.

Por otra parte, el Tribunal Verde también ha asumido la responsabilidad de revisar la validez constitucional de la legislación secundaria⁶². Sin embargo, en palabras de la Corte Suprema, este control estaría en todo momento subordinado a las interpretaciones de esta última, que en todo momento conserva la facultad de ejercer un control concentrado con base en la Constitución. Dicho esto, el poder de revisión del Tribunal Verde ha sido aceptado por la Corte Suprema solo sobre el presupuesto de que el Tribunal no debe realizar un control constitucional abstracto de las normas legales⁶³. Respecto de la aplicación de un control difuso de la Constitución, el Tribunal puede ejercer un limitado control, que en todo momento se subordina a aquel que ejerce la Corte Suprema.

En lo que concierne al marco de normas sustantivas que aplica la Corte Suprema, la legislación y la Constitución misma imponen la valoración de principios internacionales como los de desarrollo sostenible, precaución y responsabilidad⁶⁴. Al igual que en Colombia, los principios en India tienen un carácter irradiador que obliga a la Corte a referir a estos mandatos de optimización de cara a aplicar el derecho⁶⁵. La adjudicación ambiental basada en estos principios ha ido alineando las leyes nacionales con las normas internacionales, pues la resolución de conflictos ambientales a partir de principios universalmente aceptados proporciona legitimidad al proceso judicial y mejora la recepción de las decisiones tomadas sobre un asunto que es crítico para la opinión pública⁶⁶; lo anterior sirve como guía para enfrentar los desafíos

61 Los artículos 32 y 226 de CoI confieren jurisdicción por escrito a la Corte Suprema y los tribunales superiores, respectivamente.

62 *Wilfred J. v. MoEF*, 2014 (1) NGT Reporter (2) Delhi 137.

63 *Vizhinjam International Seaport Limited c. Wilfred J*, Civil Appeal Nos. 7884-85 de 2014

64 Artículo 20 de la ley.

65 *Supra* 74 (Fundación Goa), el tribunal sostuvo que la aplicabilidad del principio de precaución es un mandato legal para el tribunal al decidir o resolver disputas que surjan de las disposiciones especificadas en la ley. Por lo tanto, cualquier violación de este principio sería demandable por cualquier persona ante el tribunal. La inacción en los hechos y circunstancias de un caso dado podría ser una violación del principio de precaución y, por lo tanto, ponerlo dentro del ámbito de jurisdicción del tribunal, según lo estipulado en la ley.

66 *Jan Chetna v. Ministerio de Medio Ambiente y Bosques*, 9 de febrero de 2012. En términos del tribunal: “La Corte Suprema de India señaló que algunos de los principios más destacados del ‘desarrollo sostenible’ se extrajeron del Informe Brundtland y otros los documentos son

planteados por las corporaciones multinacionales sobre los problemas de degradación del ecosistema. De tal suerte, las sentencias del Tribunal Verde han enriquecido en India la jurisprudencia sobre los principios constitucionales relativos al ambiente⁶⁷.

De todas formas, teniendo en cuenta que por más de tres décadas la Corte Suprema de Justicia ha sido el eje central de la garantía ambiental de la Constitución, no sorprende que este nuevo tribunal especializado haga eco exacto de la teoría de los derechos ambientales fijadas por la Corte⁶⁸. Dado que las diferentes facetas del medio ambiente se relacionan con la vida y otros derechos humanos esenciales, el Tribunal Verde ha establecido que es necesario que los recursos se utilicen de manera planificada⁶⁹. Avanzando en la importancia de este derecho, en *Sunil Kumar Chugh v. Secretario, Ministerio de Medio Ambiente y Bosques, Nueva Delhi*, el Tribunal sostuvo que los espacios abiertos, los terrenos recreativos y las instalaciones de estacionamiento adecuadas en los edificios tienen una relación importante con el derecho a la vida.

Mas allá de esto, y de cara a las necesidades concretas de la materia que involucra un alto componente científico, el diseño legislativo que incluye en el Tribunal Verde expertos sobre el medio ambiente persigue garantizar la contextualización científica de los mandatos de la Constitución que refieren al ambiente. El juez, por sí mismo, no se encuentra en capacidad de valorar las complejidades técnicas involucradas en los proyectos de infraestructura y, por esta razón, el elemento científico ha guiado al Tribunal de cara a decidir sobre el interés del ambiente y el desarrollo⁷⁰. En desarrollo de dicho marco

equidad intergeneracional, uso y conservación de los recursos naturales, protección del medio ambiente, principio de precaución, principio de ‘quien contamina paga’, obligación de ayudar y cooperar, erradicación de la pobreza y asistencia financiera a los países en desarrollo. Los principios de precaución y ‘quien contamina paga’ son características esenciales del desarrollo sostenible y son parte de la ley ambiental del país”.

67 *Durga Dutt v. Estado de Himachal Pradesh*, 6 de febrero de 2014. Para proteger a las regiones ecosensibles de daños adicionales debido al turismo, el tribunal ha ordenado prohibir el uso de vehículos motorizados, bolsas de plástico y actividades comerciales en Rohtang Pass Valley T él ‘principio de precaución actúa como salvaguarda del medio ambiente para lograr sostenibilidad y desarrollo.

68 Tribunal Nacional Verde. *Kudrat Sandhu v. Govt. de NCT*, diciembre de 2016. El tribunal en este caso sostuvo que la falta de ayuda por parte del Estado, incluida la limitación financiera, no era una excusa para no hacer cumplir los derechos ambientales.

69 Tribunal Nacional Verde. *M / S Sterlite Industries Ltd v. Tamil Nadu Pollution Control Board*, agosto de 2013.

70 *Sarang Yadwadkar v. El Comisionado, Corporación Municipal de Pune*, 11 de julio de 2013. El

competencial, el Tribunal se ha dedicado en años recientes a verificar la compatibilidad de las licencias ambientales con los principios y normas de la Constitución. En tal sentido, la legalidad de algunas autorizaciones ambientales para iniciar actividades industriales ha atraído la intervención del Tribunal, por ejemplo, con la cancelación de la autorización otorgada a Jindal Steel and Power Ltd.⁷¹. En este fallo, el Tribunal insistió en que el procedimiento de otorgamiento de la licencia ambiental se debe seguir en una audiencia pública y rigurosa que no constituya simplemente una mera formalidad⁷². En igual sentido, estableció que los elementos fácticos, según los cuales se otorgan las licencias, deben estar disponibles para su lectura pública, de modo que se pueda tomar una decisión informada tras la realización del proceso de análisis de impacto ambiental (*environmental impact assessment*)⁷³.

En igual sentido, el Tribunal ha investigado la base científica de otorgar autorización ambiental a la industria minera, sobre el fundamento del compromiso de la creación de un cinturón verde para la contención del polvo, que se emana en esta actividad, la cual se debe realizar con cierta distancia y respeto por las comunidades humanas⁷⁴. De manera similar, en una actividad de infraestructura de la NTPC, el Tribunal observó que la política de rehabilitación no solo cubrirá a los propietarios de la tierra sino también a las personas sin tierra, y que sobre la empresa recae la responsabilidad de demostrar que el proyecto cumple con los principios de desarrollo sostenible⁷⁵.

Respecto de otros derechos naturales como el de la biodiversidad, esta Corte ha establecido que la sección 38 de la Ley de Vida Silvestre (Protección) de 1972 prohíbe la afección de las reservas donde habita el tigre indio (*Panthera tigris tigris*), y ha prohibido el desarrollo de obras de infraestructura en sus zonas de hábitat. El Tribunal detuvo la construcción de carreteras en la Reserva de Tigres de Rajaji, que no podrán ser adelantadas mientras no se cumplan

tribunal ha permitido la construcción de una carretera dentro de una llanura de inundación sobre pilares elevados que pasarán por alto los costos adicionales en el proyecto, ya que garantizaría la no obstrucción y el flujo libre del río, así como atender la necesidad del desarrollo.

71 Tribunal Nacional Verde. Adivasi Majdoor Kisan Ekta Sangthan y otros contra el Ministerio de Medio Ambiente y Bosques y otros, abril 2012.

72 *Ibíd.*

73 Tribunal Nacional Verde. Save Mon Region Federation y otros v. Unión de India, 2014.

74 Tribunal Nacional Verde. Sarpanch Grampanchayat v. Ministerio de Bosques Ambientales, 2011.

75 Tribunal Nacional Verde. MP Patil v. Union of India, marzo de 2014.

las condiciones de sostenibilidad a favor de estos ecosistemas esenciales⁷⁶. De manera similar, la restauración y limpieza del río Ganges ha sido un problema urgente ante los gobiernos durante mucho tiempo. El Tribunal también ha introducido un sistema de monitoreo para aquellos fallos que se relacionan con la restricción de vertimientos sobre fuentes hídricas esenciales⁷⁷, donde, por ejemplo, ha establecido que los custodios de las juntas de contaminación tienen la gran responsabilidad de garantizar mejores condiciones de vida a las personas. Por lo tanto, los miembros de las juntas deben ser nombrados de manera tal que puedan cumplir efectivamente con el deber legal; en ese sentido, el Tribunal acusó al gobierno de Uttarakhand de nombrar un miembro de dicho comité sin las aptitudes técnicas necesarias para el cargo⁷⁸.

De lo anterior se evidencia que en India la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que es central para el litigio estructural sobre el medio ambiente, ha estado marcada por un notable activismo judicial que, a través de sentencias exhortativas al legislativo, ha conseguido el desarrollo de una completa batería de mecanismos legales y procesales conducentes a la garantía del medio ambiente. De ese modo, la creación de un Tribunal Nacional Verde y de una jurisdicción ambiental es consecuencia del potencial transformador que se ha conferido a la norma fundamental, especialmente en lo que tiene que ver con el derecho al acceso a la justicia. En efecto, confiar la garantía de las protecciones ecológicas, o la resolución de disputas ambientales, a un órgano jurisdiccional especializado permite una materialización integral del derecho al acceso a la justicia; claro está, siempre y cuando se le otorgue a dicho órgano auténtica autonomía e independencia.

Por otra parte, en India, el establecimiento de Tribunal Verde no solo ha reducido los litigios ambientales que llegan a la Corte Suprema, sino que también ha hecho que las medidas correctivas tengan un fundamento científico mayor. Las salas regionales del Tribunal mejoran el acceso a la justicia ambiental y han desempeñado un papel efectivo en la implementación de las normas ambientales en el país. El Tribunal ha intervenido en asuntos bloqueados por vicisitudes políticas o por la participación etérea del poder del capital. El establecimiento del Tribunal Verde provee un foro para la mayor pluralidad de la justicia ambiental; donde se aplican los principios del derecho ambiental

76 Tribunal Nacional Verde. *Gaurav Kumar Bansal v. Unión de India*, noviembre 2019.

77 Tribunal Nacional Verde. *MC Mehta contra Unión de India*, julio de 2017.

78 Tribunal Nacional Verde. *Rajendra Singh Bhandari v. Estado de Uttarakhand*, agosto de 2016.

internacional, a través de una ruta mejorada de acceso a la justicia para aquellos que buscan el desarrollo económico y aquellos que buscan proteger el medio ambiente⁷⁹. El Tribunal Verde es la autoridad ambiental más progresista de India. A diferencia de la Corte Suprema, el Tribunal no favorece de manera rutinaria los proyectos de infraestructura, ni causa un retraso en la resolución de los casos que tiene ante sí. De tal forma, este Tribunal ha redefinido el papel de los expertos ambientales, y los criterios para seleccionar a dichos expertos⁸⁰. Al mismo tiempo, ha tenido mucho éxito en la implementación de sus órdenes, que generalmente se relacionan con las autorizaciones medioambientales permanentes.

2. COLOMBIA Y EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

2.1. PUNTO DE PARTIDA: JURISPRUDENCIA ESTRUCTURAL SOBRE MEDIO AMBIENTE

El litigio estructural es, de lejos, la más grande coincidencia que existe entre India y Colombia respecto de la forma en que se construyen las relaciones de colaboración armónica entre los poderes públicos de cara a la realización de los derechos consagrados en el pacto constitucional, y la responsabilidad de todos los actores de la sociedad en su impostergable materialización. En ambos países, han sido las altas cortes de justicia las que, a través de las denominadas sentencias estructurales, han ejercido facultades exhortativas y conminado a las otras autoridades públicas a la efectiva realización de los principios consagrados en la Constitución. En ese sentido, el control de constitucionalidad se extiende sobre la acción afirmativa del Estado para encauzarla hacia la satisfacción de los derechos estipulados en la Carta Política, y ha sido así como, tanto en Colombia como en India, las cortes han ordenado la adopción de medidas afirmativas concretas a favor del ambiente, que además continuarían bajo su permanente seguimiento para verificar la efectiva realización de las acciones requeridas.

79 DE SADELEER, NICOLAS y DROSS, MIRIAM. *Access to justice in environmental matters*, CEDRE, 2003.

80 ROSENCRANZ, ARMIN y SAHU, GEETANJOY. "Assessing the National Green Tribunal after four years", *J. Indian L. & Soc'y*, 2014, 5, 191.

Como se verá adelante, el acercamiento a la protección del medio ambiente y los ecosistemas como parte indispensable de la lucha contra el cambio climático ha hecho eco en los más altos tribunales de Colombia y en otros tribunales de instancia de forma descentralizada. Es así como, siguiendo los precedentes de la Corte Constitucional y en ejercicio de un control difuso de constitucionalidad que se hace respecto de la faceta ecológica de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pero también los tribunales superiores de distrito, han concurrido a la garantía de los valores jurídicos ambientales y declarado prerrogativas a favor de ecosistemas, así como cargas específicas en cabeza de autoridades públicas para su debida restauración.

En el caso de Colombia, la tipología de la sentencia estructural, que hoy es central para la protección del medio ambiente, aparecería en vigencia de la Constitución de 1991 bajo la doctrina del “estado de cosas inconstitucional”, en cuyo contexto, en reiteradas ocasiones, el tribunal constitucional utilizó la acción de tutela como mecanismo para asumir la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales; a suerte de reconocer que no existe razón jurídica alguna para posponer la realización del pacto social de la Constitución, que es una obligación inmediata y concreta a cargo de todas las autoridades del Estado. Tras ordenar reiteradamente la garantía de derechos sociales a favor de particulares y en casos concretos, muy pronto la jurisprudencia de la Corte evolucionaría hacia fallos con efectos *inter communis*, y hacia fallos con efectos *inter pares* que establecen que las prestaciones de derechos sociales reconocidas en caso concretos podrían extenderse a colectividades o individuos que se encontrasen en una situación semejante, pero también aquellos derechos que se relacionan con la protección del medio ambiente.

A partir de esa premisa, en Colombia la jurisprudencia ha concedido un sitial privilegiado en el horizonte constitucional a todas las provisiones que se relacionan con la satisfacción del derecho fundamental a gozar de una vida digna. De ese modo, y a partir de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha dictado órdenes para que las autoridades públicas cumplan la materialidad de los derechos relacionados con el medio ambiente. En decisiones como la sentencia T-411 de 1992^[81], la Corte ha enmarcado los valores jurídicos ambientales bajo el concepto de responsabilidad social intergeneracional, estableciendo que evitar y corregir el proceso de su deterioro es un tema vital que exige una acción firme de toda la sociedad.

81 Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Más tarde, esta comprensión de la urgencia del asunto permitió a la Corte decir que la consecución de un propósito esencial para la humanidad, como la supervivencia de la especie, impone al Estado la obligación de movilizar sus recursos en dirección a la protección de nuestro hábitat. En consecuencia, la decisión C-519 de 1994^[82] dictaminó que el Estado y sus agencias, pero también los entes privados, son responsables de planificar y ejecutar programas acordes al mandato constitucional y así tener un modelo de desarrollo que garantice nuestras futuras condiciones de vida, evitando todo detrimento ambiental irreversible. Ese mismo año, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la Declaración de Río y, de ese modo, daría inicio a una larga jurisprudencia de varios altos tribunales de justicia que han reconocido que esta norma internacional sobre medio ambiente y derechos humanos es de rango constitucional.

La actitud receptiva de la Corte Constitucional de Colombia hacia los derechos ambientales se extendería muy pronto a otros tribunales como el Consejo de Estado, que ha ido tan lejos como para reconocer la obligación de las autoridades de la nación de recuperar las condiciones ambientales de habitabilidad del río Bogotá. En este sentido y teniendo en cuenta no solo el medio ambiente en sí mismo, sino también el hábitat humano y los derechos de las personas, la máxima autoridad de lo contenciosos administrativo obligó al Estado a otorgar el derecho a un medio ambiente saludable⁸³. Más adelante, en el año 2018, la Corte Suprema de Justicia, en referencia directa al Acuerdo de París⁸⁴, decidió otorgar protección a la Amazonía⁸⁵, como un ecosistema vital no solo en el orden nacional sino también global que exige la mayor protección por parte de las autoridades estatales del nivel doméstico.

Paso seguido, la Corte Suprema afirmó acertadamente que la emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera aumenta la emergencia global y “transforma y fragmenta los ecosistemas al alterar los cursos de los ríos y con ellos el suministro de agua potable de los asentamientos humanos”⁸⁶. Como consecuencia, el tribunal supremo de la jurisdicción común de Colombia

82 Corte Constitucional. Sentencia C-519 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

83 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 28 de marzo de 2014, rad. 25000-23-27-000-2001-90479-01 (AP), C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

84 Corte Constitucional. Sentencia T-048 de 2018, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger.

85 Corte Suprema de Justicia. STC 4360.2018, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

86 Sentencia sustitutiva de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, n.º 11001-31-03-039-2011-00108-01 del 28 de junio de 2017.

reconoció a estos menores sus derechos, y ordenó a la presidencia de la República, al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y al Ministro de Agricultura coordinar una acción estatal integral y hacer frente a la deforestación de la Amazonía y, así, propiciar el desarrollo de acciones para combatir el cambio climático⁸⁷. Este último fallo es de especial relevancia en atención a que parte del reconocimiento de la vigencia en nuestro ordenamiento de las convenciones internacionales sobre medio ambiente que, por su conexidad e interdependencia con los otros derechos humanos, y su raigambre constitucional, se consideran vigentes en los términos de la reiterada jurisprudencia en materia de bloque de constitucionalidad⁸⁸.

Este último fallo, que es consecuencia de un precedente de la Corte Constitucional del año 2016 sobre el ecosistema del río Atrato⁸⁹, destaca porque instala de manera definitiva en Colombia los elementos distintivos del denominado litigio de interés público sobre el medio ambiente, que rápidamente se replicaría en los tribunales de distrito, donde también se han tutelado los ecosistemas con un modelo de decisión judicial que incorpora elementos como el seguimiento del cumplimiento de las órdenes del fallo, el cual se hace a través de exhortaciones a la Procuraduría General de la Nación para que realice dicha función. Al mismo tiempo, este tipo de fallos estructurales o de interés público se caracterizan por un muy flexible entendimiento del principio de legitimación procesal o *standing*, porque no es necesario demostrar un vínculo inmediato, sino que basta con el mero interés de pertenecer a la comunidad global que se ve afectada por el cambio climático.

La Corte Suprema de Justicia concedió la razón a los demandantes, que eran menores de edad, y ordenó al Estado colombiano cumplir con sus obligaciones internacionales y adoptar medidas afirmativas para evitar la destrucción de un ecosistema que ella misma consideró crucial para la supervivencia de la humanidad y de otras especies. Con este fallo, la Corte garantiza el derecho al acceso a la justicia a terceros afectados por decisiones que se desarrollan en el contexto de la soberanía presente, con un tipo de conducta que es consecuente con el llamado que han hecho importantes autores, como Iris Marion Young, a favor de expandir la esfera de individuos e intereses cobijados bajo el debate

87 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Id. de Tutela: 628473.

88 VILLAMIL R., JUAN SEBASTIÁN. “The Internationalization of Judicial Review in the Colombian High Courts”, *Constitutional Review*, 2019, 5, 1, pp. 001-038.

89 Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, T-5.016.242.

democrático y por ende judicial⁹⁰. La participación de menores en el litigio estratégico coincide con los argumentos esgrimidos en Estados Unidos en el denominado *Juliana Case*, donde ya han intentado brindar representación legal a los menores como parte de un colectivo intergeneracional y transnacional que adquiere su agencia a partir del rol que le concede al Acuerdo de París frente al cambio climático⁹¹.

De ese modo, la jurisprudencia colombiana tiende a expandir las posibilidades del litigio a través de nuevas legitimidades procesales que tienen importantísimas consecuencias desde el punto de vista sustancial. No hay duda alguna de que el solo acto simbólico de reconocer legitimación procesal a un menor de edad o a un ecosistema para la implantación de una política pública, como ha ocurrido en los casos en que se les han otorgado derechos a los ríos, aumenta la incidencia social y el potencial transformador de la Constitución y los derechos. Dicho esto, resulta indispensable dar una mirada a la propuesta de una solución orgánica jurisdiccional, que además es del todo coherente con la manera en que en este país sudamericano se ha lidiado con aquellos valores que tutelan bienes jurídicos considerados supraindividuales en virtud de su fuerte asentamiento en lo colectivo y lo intergeneracional.

Como se observa a lo largo de estas páginas, en Colombia se ha aplicado un control difuso de convencionalidad a favor de los derechos que se desprenden de los instrumentos internacionales sobre medio ambiente, como el Acuerdo de París y la Declaración de Río. En ese sentido, las cortes en Colombia han desarrollado una muy generosa jurisprudencia que es proclive al reconocimiento de derechos subjetivos que se relacionan con la naturaleza como medio para la materialización del derecho de acceso a la justicia que, por ejemplo, asiste a las futuras generaciones. Sin embargo, estos fallos son solo el primer paso de una sucesión de acciones que debe adoptar el Estado de cara a obtener una solución integral para un problema que hasta ahora se ha abordado de forma descentralizada por diferentes cortes en diferentes momentos. En efecto, la colectivización del litigio sobre el medio ambiente está estrechamente aparejada a una visión ecológica de la Constitución que ha permitido a una mayor diversidad de actores e intereses constitucionales participar del debate judicial.

90 YOUNG, IRIS MARION. *Inclusion and democracy*, Oxford University Press on demand, 2002.

91 HARTMAN, STEVEN. *Juliana v. United States: The unresolved case already making a difference*, 2018.

2.2. PROYECCIÓN INTERGENERACIONAL DE LOS DERECHOS Y CAMBIO CLIMÁTICO

El debate democrático presente por lo pronto no hace hincapié en la sostenibilidad y las consecuencias de sus decisiones de cara a aquellos que heredarán el planeta; la política solo se ocupa en atender las demandas inmediatistas del electorado y de los intereses económicos que representan. En ese contexto, el ambiente como interés jurídico intergeneracional y sus titulares más frágiles se encuentran sub-representados en la toma de decisiones, que se da solo en el plano de un inmediato e inmoral goce, explotación y aprovechamiento de la madre tierra y sus recursos. De ese modo, el malestar de la extrema liberalización de los mercados y de una globalización desregulada se sintoniza con la crisis climática que amenaza la perdurabilidad de las condiciones de vida de vastos sectores de la sociedad, pero muy especialmente de los más excluidos, de los postergados de siempre. Aunque la emergencia climática es un fenómeno global, es un fenómeno que no afecta a todos de la misma manera. Una asimetría perversa reparte los males con la misma lógica con que el capitalismo reparte bienes y beneficios. Las especies animales y vegetales que conviven con nosotros son las principales víctimas de este ecocidio, que es actual e inminente; sin embargo, dentro del género humano son los más pobres y marginados de la sociedad quienes sufren las consecuencias presentes y futuras de esta tragedia sin precedentes.

Las protecciones constitucionales que se le confieren a la naturaleza son el correlato de su propia subjetividad. No existe derecho sin sujeto, y la existencia de los nuevos sujetos depende del reconocimiento de sus derechos. En formas de organización social no muy lejanas, los esclavos, los menores y las mujeres eran cosas, mercancías que se vendían o de cuya vida se disponía al arbitrio por el *pater familias*. A partir de esa historia, toda la construcción filosófica sobre el sujeto de la modernidad, que ha demandado varios siglos, demuestra el desafío que implica la elaboración dogmática sobre los nuevos sujetos necesitados de protección. El medio ambiente ha sido tratado como un derecho subjetivo de las personas, o un derecho difuso o supraindividual, y por tanto la migración del derecho al ambiente desde la categoría de ‘derecho en sí’ a ‘sujeto de derechos’ no es asunto baladí. Determinar si los animales, los ríos y el ambiente pueden dejar de ser objetos para asumir la condición de sujetos es asunto harto sugerente en tanto implica cambiar del mundo de los objetos al mundo de los sujetos; máxime cuando otras cosmovisiones diferentes a las de Occidente les entienden como entidades divinas.

Exploratoriamente, el reconocimiento de derechos al ambiente y su protección es viable desde el punto de vista del derecho constitucional y el derecho internacional en la medida que previene la acción humana presente para favorecer a aquellos ‘sujetos especiales’ que resultan desprotegidos en el marco de la discusión democrática. Disponemos de recursos naturales que no son enteramente nuestros como para solo tomarlos, recursos que debemos compartir con otras especies y, muy especialmente, con las futuras generaciones, las cuales no pueden hacer parte de la discusión democrática que discurre en el tiempo presente; de manera tal que decisiones, actos y omisiones afectan desde ya las perspectivas futuras, creando estados de imposibilidad de goce de los derechos o de la existencia misma de la civilización humana.

Desarrollando la proyección en el tiempo que es inherente a los ecosistemas, que sin interferencia humana están destinados a perdurar, las cortes de Colombia han reconocido que el derecho constitucional debe consultar también la realización a largo plazo de sus objetivos, y que para eso es esencial otorgar agencia a la naturaleza. Teniendo en cuenta que los futuros ciudadanos no pueden votar en la actualidad, pero que tienen naturalmente interés diferido en la protección del medio ambiente, estos tribunales aplican la defensa de sus derechos eventuales a través del otorgamiento de una suerte de agencia jurídica que favorece ecosistemas específicos. Esta postura, que como vimos surgió en la Corte Constitucional⁹² y en la Corte Suprema de Justicia⁹³, ha sido también adoptada recientemente por la Jurisdicción Especial para la Paz, que sobre la base de su carácter pluralista⁹⁴ ha reconocido a la naturaleza la condición de víctima del conflicto⁹⁵.

Basándose en las normas ambientales internacionales que forman parte del horizonte constitucional, los órganos judiciales de países como Colombia legitiman y habilitan a los ecosistemas como nuevos sujetos de derechos, cuya personalidad jurídica les permite ser representados en las discusiones de los tribunales y en otras actuaciones públicas del Estado. Estos desarrollos, que replican las fórmulas del litigio de interés público y reconocen el enfoque

92 Corte Constitucional. Sentencia T-662 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio.

93 Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 4360 de 2018, juez: Luis Armando Tolosa Villabona.

94 VILLAMIL R., JUAN SEBASTIÁN. “Legal Pluralism and Transitional Justice in Colombia: Is the Special Jurisdiction for Peace a Hybrid Tribunal?”, *World Constitutional Review*, 2020, 26, 1, pp. 229-275.

95 Véase: <https://www.jep.gov.co/SiteAssets/Paginas/UIA/sala-de-prensa/Comunicado%20UIA%20-%200009.pdf>

ecocéntrico del ordenamiento, hoy son de amplia aceptación por los tribunales y jueces de Colombia, que también los han aplicado en el nivel regional a favor de conceder agencia y derechos, por ejemplo, al río Otún y al río Magdalena.

De esa manera, y en paralelo con los acuerdos de París, Estocolmo y Kioto, que han promovido la internacionalización del derecho ambiental, las provisiones constitucionales domésticas y las cortes que las interpretan han permitido que en el derecho comparado se recurra de manera reiterativa al mecanismo de las sentencias estructurales como medio de realización de la justicia ambiental y, más recientemente, a la creación de cortes verdes especializadas para la garantía de los valores ecológicos de la Constitución, como sucede en el caso del Tribunal Nacional Verde en que se creó en India. Esta expansión de las protecciones a la naturaleza refleja la evolución del concepto de bien jurídico para admitir nuevas titularidades y profundizar el alcance del constitucionalismo. La ampliación de la doctrina anglosajona del *standing*⁹⁶ supone una transformación del concepto de legitimación en los procesos judiciales, para incluir nuevos actores e intereses que ingresan al debate judicial; y que permiten realizar el potencial transformador de la constitución a favor de aquellos que se pudiesen encontrar sub-representados en el debate político, como las futuras generaciones.

El acceso efectivo a la justicia promueve una visión más amplia de las subjetividades y de los derechos constitucionalizados pues evita que la acción administrativa y privada disponga de manera arbitraria de los bienes jurídicos ambientales⁹⁷, a la vez que provee las condiciones necesarias para la reparación y el castigo de las conductas irregulares que los afecten⁹⁸. De ese modo, en países como India se hizo un intento importante por dar un toque humano al desarrollo por medio de la intervención judicial. En ese sentido, la Corte Suprema de ese país ha realizado una notable intervención en favor de la protección y promoción del medio ambiente, al invocar la naturaleza expansiva del “derecho a la vida” en virtud del artículo 21 de la Constitución. Al recurrir al contenido positivo de ‘vida’, la Corte Suprema india también ha reconocido la

96 CARLSON, ANN E. “Standing for the Environment”, *UCLA L. Rev.*, 1997, 45, 931.

97 PETERS, ANNE. “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado (Global Legal Goods in an International Constitutionalised Order)”, *AFDUAM*, n.º 16, 2012, *La Protección de Bienes Jurídicos Globales*, 2012, pp. 75-90.

98 MOYO, ADMARK. “Standing, access to justice and the rule of law in Zimbabwe”, *African Human Rights Law Journal*, 2018, 18, 1, pp. 266-292.

responsabilidad de la legislatura y el ejecutivo de “proteger y mejorar el medio ambiente y salvaguardar los bosques y la vida silvestre del país”⁹⁹.

Es a través de la ya mencionada interpretación de la Constitución que estos países han traducido los derechos consagrados en la Carta Política y el derecho internacional en acciones concretas por parte del Estado que han beneficiado al medio ambiente, y que, para el caso de India, han llegado incluso a beneficiar a la naturaleza y también al desarrollo económico del país con la institución de un Tribunal Verde que favorece la certeza jurídica, la cientificidad y la transparencia de los procesos que involucran decisiones sobre elementos ambientales. Sin embargo, si bien compartimos importantes lugares comunes con estas tradiciones jurídicas de Oriente, como es el caso de las sentencias estructurales¹⁰⁰, no nos hemos aventurado aún a establecer una jurisdicción especializada que se encargue de la protección de la salud ambiental y de los ecosistemas.

De ese modo, tal como en el constitucionalismo indio, la acción judicial colombiana podría contemplar los visos sociales que se relacionan con la lucha contra el cambio climático y centrar el debate en el espacio judicial como escenario de la realización de los derechos ecológicos; promoviendo incluso la creación de una jurisdicción ambiental completa a cargo de intereses que cobijan subjetividades procesales, mucho más allá de aquellos que se predicen a favor del individuo, como los que se profesan a favor de grupos más amplios de personas y colectividades, así como de la naturaleza y las futuras generaciones. De ese modo, en Colombia, al igual que en India, la cuestión esencialmente consiste en garantizar la tutela judicial efectiva a favor de una serie de intereses jurídicos que por definición tienden a afectar a una mayor cantidad de Individuos.

3. ¿ES NECESARIA UNA JURISDICCIÓN AMBIENTAL EN COLOMBIA?

En Colombia el modelo económico basado en la extracción de petróleo, carbón, oro y otros minerales ha pasado factura a los ecosistemas por cuenta de la débil

99 India. Asamblea Constituyente. Constitución Política de 1976, n.º 48.

100 OSUNA, NÉSTOR. “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales: la protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, 2015.

regulación ambiental que existe en el país, donde garantías constitucionales como la consulta previa¹⁰¹, e incluso la consulta popular, han sido insuficientes para hacer efectivos los derechos que tienen las comunidades respecto de su entorno¹⁰². A esta situación se suma el riesgo que para la salud supone la aspersión de glifosato, riesgo confirmado por las investigaciones realizadas en Estados Unidos contra la empresa Monsanto, que ha sido demandada y ha llegado a un acuerdo de reparación a favor de las víctimas de los efectos cancerígenos del pesticida Roundup por 9.6 millardos de dólares¹⁰³. Al mismo tiempo, fenómenos ilícitos como la deforestación y la minería ilegal, pero muy especialmente el asesinato de los líderes sociales que han asumido la protección del medio ambiente, indican que el cumplimiento del estándar de acceso a la justicia ambiental en este país es más que nunca indispensable.

Los intereses económicos que se ciernen sobre los recursos naturales colombianos son predatorios y no admiten resistencia o regulación en un país que, a pesar de su tradición republicana, se muestra completamente incapaz de proteger sus valores más preciados, como su gente y sus recursos naturales. El Estado de derecho se encuentra en jaque por la corrupción y el populismo que ha capturado el debate nacional y debilita la civilidad en todo el territorio. De unos años para acá el crimen organizado se ha vuelto a tomar el país, y hasta ahora quienes han pagado el costo de esta situación han sido los líderes sociales, muchos de los cuales son defensores del medio ambiente. Como veremos adelante, la garantía de la integridad física y moral de los defensores de derechos ambientales frente a todo tipo de violencia o intimidación se encuentra en el centro del derecho al acceso a la justicia, y es esta una de las justificaciones que soportarían una reforma que garantice la eficacia de este derecho, incluso a través de la creación de un tribunal ambiental.

101 RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, 2014.

102 La Corte Constitucional, mediante sentencia SU-095 de 2018, despojó a las autoridades locales de la facultad constitucional que les permitía regular la destinación del suelo, aun frente a decisiones de explotación minera; mientras que la sentencia C-053 de 2019 declaró la inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley 136 de 1994, que ordenaba la realización de consultas populares frente a decisiones que afectarían la vida de los municipios y de sus pobladores. Estas sentencias desmotaron en Colombia el alcance que tenía este mecanismo para la garantía de los derechos ambientales en cabeza de las comunidades.

103 Véase: <https://www.reuters.com/article/us-otc-roundup/bayer-wants-to-resolve-future-roundup-liability-in-a-class-action-a-new-mass-torts-paradigm-idUSKBN23W39N>

La ratificación en días recientes del Acuerdo de Escazú, que justamente trata sobre los derechos de participación y acceso a la justicia, contrasta fuertemente con el estado actual de cosas, en el que, a pesar de la amplia jurisprudencia acá descrita, la situación constatable es precaria por cuenta de la baja apreciación que se tiene del Estado de derecho y los derechos fundamentales, en un país donde las autoridades públicas hacen poco para proteger los ecosistemas. De ese modo, y muy a pesar de la rectitud de las decisiones judiciales que hemos descrito arriba, y que buscan proteger los valores jurídicos ambientales en Colombia, la imposibilidad de verificar el cumplimiento de dichas decisiones y la falta de una jurisdicción especializada que las pueda sistematizar hacen indispensable la instauración de un auténtico sistema de justicia ambiental que pueda hacer seguimiento al cumplimiento de las sentencias, por cuenta de que todas se engloben dentro de un único cuerpo que, sin embargo, debería estar territorialmente regionalizado.

Instaurar una instancia especializada de control judicial de la acción pública y privada que se relaciona con bienes jurídicos ambientales de interés colectivo implicaría la confirmación definitiva, para nuestro ordenamiento, de que estos valores son de tal entidad que precisan de una garantía jurisdiccional estricta, como la que se profesa de otros principios como la libertad individual de las personas, que solo puede ser restringida en sede judicial. De ese modo, crear un auténtico tribunal con garantías de independencia e imparcialidad permitiría reconocer el verdadero lugar que ocupa el ambiente dentro de las prioridades del orden constitucional, en atención a que emergería una instancia en capacidad de dar seguimiento y ser la guardiana de estos valores dentro del escenario de la rama jurisdiccional del Estado. Esto también permitiría especializar la discusión sobre los ecosistemas y su destino, y además brindar transparencia en la medida en que el debate público y la veeduría ciudadana se concentren en torno a las actuaciones de este ente, y no en actuaciones jurisdiccionales deslocalizadas como ocurre hoy.

De ese modo, esta corte contaría con la especialidad y, sobre todo, con la dedicación exclusiva que le permitiría a la justicia colombiana hacer auténtico seguimiento a la satisfacción de los derechos del medio ambiente, y más específicamente a las decisiones que emiten los jueces, las cuales muchas veces terminan siendo inútiles. Adicionalmente, este tribunal tendría el potencial de mejorar el estándar de acceso a la justicia acordado en Escazú, pues crearía un auténtico foro de litigio ambiental que, entre otras cosas, podría enaltecer la función de los defensores del medio ambiente, quienes podrían encontrar en dicho tribunal el respaldo, la protección y el acompañamiento que tanto

necesitan frente a la amenaza de los violentos, gracias a la autoridad y la persuasión que puede ejercer la dignidad de la justicia.

Adicional a esto, la creación de este tribunal constituiría una oportunidad de concebir una nueva forma de justicia, donde el elemento técnico complementa el debate jurídico y tenga un papel preponderante a la hora de comprender las vicisitudes del manejo de los bienes jurídicos ecológicos. Como vimos arriba, el Tribunal Verde de India cuenta con la presencia de expertos en ciencias relacionadas con el medio ambiente, y lo mismo ocurre con los tribunales ambientales en Chile, donde en las salas de deliberación toma asiento un miembro con formación científica. Si bien es cierto que, como ocurre en Colombia, las voces de la ciencia pueden tomar la forma de peritajes y participaciones ciudadanas, también se puede decir que la institucionalización de esa visión técnica puede ampliar la certeza e imparcialidad de la decisión judicial, que se vería condicionada por la científicidad que demanda la esencia misma de esta materia que, por su complejidad, debe ser vista de manera transversal.

CONCLUSIÓN

El marcado interés global por el medio ambiente propicia novedosas dinámicas de cara a la protección de los derechos de la naturaleza, creando nuevas subjetividades a través de los instrumentos internacionales que hacen parte del ejercicio de la adjudicación constitucional. Estos permiten afianzar una esfera de interdicción de la autoridad estatal en lo que tiene que ver con la gestión de ciertos recursos ambientales, que por su trascendencia han sido reconocidos como titulares de derechos. La existencia de tribunales altamente especializados en materia ambiental, con estructuras funcionales y competencias que se ejercen con apertura deliberada a otros saberes, es decir, con ruptura del monopolio de lo jurídico, no implica el confinamiento de estos tribunales en un reducto aislado de la especialidad exacerbada sino, por el contrario, un diálogo a través del discurso más universal, el del ambiente, posiblemente más universal que el de los derechos humanos, pues este es condición de posibilidad del presente y el futuro de toda forma de vida, incluida la humana.

Múltiples casos demuestran que hoy los pretores de justicia y las constituciones coinciden en que la situación no soporta más la parcelación o confinamiento dentro de las fronteras nacionales de un debate jurídico que es global. Llama poderosamente la atención que múltiples tribunales alrededor del mundo han conminado a sus poderes ejecutivos y legislativos a hacer efectiva la respectiva Constitución y el derecho internacional a través de

acciones protectoras del medio ambiente. La disociación entre lo jurídico y lo político muestra sus bondades. Lo cierto es que tanto el derecho internacional como el derecho constitucional, hoy, comprenden que la sostenibilidad del medio ambiente es una precondition indispensable para el ejercicio de todos los demás derechos, y en esa medida se consolida la tendencia global de un constitucionalismo que reacciona ante la situación de crisis ambiental límite en la que nos encontramos.

Es así como varios ordenamientos que tienen sus propios elementos definitorios han garantizado la eficacia sus constituciones al permitir a sectores más amplios de la sociedad participar o beneficiarse de los litigios sobre derechos esenciales, como los atinentes al medio ambiente y la naturaleza. De ese modo, el litigio de interés público en India permitiría ampliar el potencial transformador de la Constitución al expandir la doctrina del *standing* y, por ende, permitir una legitimación activa más amplia que cobije con mayor amplitud a una pluralidad de sujetos bajo la protección de la decisión judicial.

En ese sentido, las políticas sociales, ambientales y energéticas de las naciones se convierten en elementos esenciales dentro del panteón de prioridades constitucionales que obligan al juez a establecer órdenes concretas a cargo de la autoridad administrativa y legislativa. Esta realidad es especialmente visible en el contexto de aquellas políticas sociales que son medulares para la realización de la plenitud de valores constitucionales, que por cuenta de la profunda interdependencia que existe entre los mismos precisan de una garantía universal para su tutela. Lo cierto es que no se puede concebir ninguno de los derechos considerados esenciales, como aquel a una vida digna, si no se dispone de las condiciones sociales y ambientales mínimas que permitan el debido soporte de la misma, como contar con agua limpia y aire sano.

Dicho esto, resulta indispensable prestar atención a la propuesta de una jurisdicción ecológica que permita la suficiente certeza, especialización y agilidad para la resolución de conflictos ambientales, para que sea posible, por una parte, la protección de los derechos relacionados a los ecosistemas, pero también la garantía del mínimo de seguridad jurídica que necesitan los particulares para desarrollar actividades reconocidas por el ordenamiento como legítimas y necesarias para el desarrollo del país. En ese sentido, este texto plantea que los tribunales ambientales son una solución orgánica que es coherente con la manera en que Colombia ha lidiado con aquellos valores que tutelan bienes jurídicos que son considerados supraindividuales en virtud de su fuerte enraizamiento en lo colectivo y lo intergeneracional.

REFERENCIAS

- CARLSON, ANN E. “Standing for the environment”, *UCLA L. Rev.*, 1997, 45, 931.
- CHANDRAN, M. D. Subash. “On the ecological history of the Western Ghats”, *Current Science*, 1997, pp. 146-155.
- DE SADELEER, NICOLAS y DROSS, MIRIAM. *Access to justice in environmental matters*, CEDRE, 2003.
- FUO, OLIVER NJUH. “The transformative Potential of the Constitutional Environmental Right Overlooked in Grootboom”, *Obiter*, 2013, 34, 1, pp. 77-95.
- GILL, GITANJALI NAIN. “The National Green Tribunal of India: a sustainable future through the Principles of International Environmental Law”, *Environmental Law Review*, 2014, 16, 3, pp. 183-202.
- Green Is Gold. The Strategy and Actions of China’s Ecological Civilization*, UNEP, Nairobi, Kenya, 2016.
- HARTMAN, STEVEN. *Juliana v. United States: the unresolved case already making a difference*, 2018.
- KYSAR, DOUGLAS A. “What climate change can do about tort law”, *Environmental Law*, 2011, pp. 1-71.
- MOYO, ADMARK. “Standing, access to justice and the rule of law in Zimbabwe”, *African Human Rights Law Journal*, 2018, 18, 1, pp. 266-292.
- MULQUEENY, KALA; BONIFACIO, SHERIELYSSE y ESPERILLA, JACQUELINE. “Asian judges, Green Courts, and access to environmental justice: an Asian Judges Network on the Environment”, *J. Ct. Innovation*, 2010, 3, 277.
- OSUNA, NÉSTOR. “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales: la protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, 2015.
- PETERS, ANNE. “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado (Global Legal Goods in an International Constitutionalised Order)”, *AFDUAM* n.º 16, “La protección de bienes jurídicos globales”, 2012, pp. 75-90.

- PRING, G. *Environmental Courts & Tribunals: A Guide for Policy Makers*, UNEP, 2016.
- RAJAMANI, LAVANYA. “Public interest environmental litigation in India: exploring issues of access, participation, equity, effectiveness and sustainability”, *Journal of Environmental Law*, 2007, 19, 3, pp. 293-321.
- RIQUELME SALAZAR, CAROLINA. “Los tribunales ambientales en Chile. ¿Un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental?”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2013, 4.1.
- RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, 2014.
- ROSENCRAZ, ARMIN y SAHU, GEETANJOY. “Assessing the National Green Tribunal after four years”, *J. Indian L. & Soc’y*, 2014, 5, 191.
- SHANKAR, UDAY. “Socio-Economic Rights in South Asia”, en KAUL, JAWAHAR LAL y JHA, ANUPAM (eds.), *Shifting Horizons of Public International Law: A South Asian Perspective*, Springer, 2018.
- VILLAMIL R., JUAN SEBASTIÁN. “Legal pluralism and Transitional Justice in Colombia: is the Special Jurisdiction for Peace a hybrid tribunal?”, *World Constitutional Review*, 2020, 26.1, pp. 229-275.
- VILLAMIL R., JUAN SEBASTIÁN. “The Internationalization of judicial review in the Colombian High Courts”, *Constitutional Review*, 2019, 5, 1, pp. 001-038.
- YOUNG, IRIS MARION. *Inclusion and democracy*, Oxford University Press on demand, 2002.
- ZHAI, TIAN TIAN y CHANG, YEN-CHIANG. “The contribution of China’s Civil Law to sustainable development: progress and prospects”, *Sustainability*, 2019, 11, 1, 294.

FELIPE CALDERÓN VALENCIA*

MANUELA ESCOBAR SIERRA**

VALTER MOURA DO CARMO***

CAPÍTULO 4

*Protección de los defensores ambientales
en Colombia. Aproximaciones normativas
al caso del municipio de San Juan de Pasto*

*Protection of Environmental Defenders in Colombia.
A Regulatory Approaches to San Juan de Pasto City Case*

RESUMEN

Este texto analiza los aspectos normativos de la violencia contra lideresas y líderes ambientales o defensores ambientales como manifestación concreta de la emergencia climática. En cuanto a la metodología, se recurre al enfoque cualitativo de la ciencia. La unidad de análisis son las normas jurídicas, colombianas e internacionales, así como otros documentos oficiales. Además, el análisis se hace desde una perspectiva marcadamente normativista. La unidad de análisis es tratada con la técnica de análisis de datos llamada “Análisis de Discurso” para atender la relación entre reglas y estrategias, pues estas son la parte tangible de un discurso institucional que liga instrumentos internacionales, visibilidad para los defensores ambientales en Colombia y prevención de la violencia en su contra. El análisis se centra en la situación del municipio de San Juan de Pasto, en el departamento de Nariño, al sur de Colombia. Finalmente, el texto se divide en cuatro segmentos. El primero es la introducción; en el segundo se evalúan las normas dedicadas a la protección de líderes sociales; en el tercero se analiza la importancia de la definición del defensor ambiental; por último, el cuarto formula las conclusiones y recomendaciones.

* Docente-investigador de la Universidad de Medellín (Antioquia, Colombia). Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II); magíster en Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II) y magíster en Historia del Derecho de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II). Co-coordinador de la línea de Sostenibilidad, Justicia Económica, Derechos Humanos y Empresa (SJEDHE) de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad de Medellín; co-presidente de la sección de Justicia Transicional de la Association de Juristes Franco-Colombiens (AJFC). Contacto: felipecalderonvalencia@gmail.com ORCID: 0000-0001-7384-7470.

** Docente-investigadora de la Universidad de Medellín (Antioquia, Colombia). Doctora en Ingeniería, Industria y Organizaciones de la Universidad Nacional de Colombia; magíster en Ingeniería Administrativa de la Universidad Nacional de Colombia. Co-coordinadora de la línea de Sostenibilidad, Justicia Económica, Derechos Humanos y Empresa (SJEDHE) de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad de Medellín. Contacto: manuelaescobar@gmail.com ORCID: 0000-0003-1865-6238

*** Docente-investigador de la Universidad de Marília (Marília, Brasil). Doctor en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), con periodo sándwich en la Universidad de Zaragoza (UNIZAR) (España); magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Fortaleza (UNIFOR). Director de relaciones institucionales del Consejo Nacional de Investigación y Posgrado en Derecho (CONPEDI) de Brasil. Contacto: vmcarmo86@gmail.com ORCID: 0000-0002-4871-0154

Palabras clave: derechos humanos, movimiento pro derechos humanos, derecho del individuo, conflicto social, salvaguardia de la paz.

ABSTRACT

This text analyzes the regulatory aspects of violence against environmental leaders and environmental defenders as a concrete expression of climate emergency. The method for the present study is the qualitative approach of science. The unit of analysis are Colombian and International law and regulations, as well as other official documents. The analysis unit is treated with the data analysis technique called “Discourse Analysis”. It helps to understand the relationship between rules and strategies, as these are the tangible part of an institutional discourse that links international instruments, visibility for environmental defenders in Colombia and prevention of violence against them. The present analysis focuses on San Juan de Pasto city, in the department of Nariño in southern Colombia. Finally, we propose a four parts structure for our text. The first is an introduction. The second part study social leaders’ protection legal standard. The third part analyze the importance of a legal definition of the Environmental Defender. The fourth is for conclusions and recommendations.

Keywords: human rights, human rights movement, rights of the individual, social conflict, peacekeeping.

INTRODUCCIÓN

A continuación se analiza un aspecto puntual de la emergencia climática: la prevención de la violencia contra las lideresas y líderes¹, activistas y defensores de derechos humanos en asuntos ambientales, que aquí llamaremos “defensores

1 “Líderes sociales”, término que según la Presidencia se aplica al conjunto heterogéneo de activistas sociales. Instituto de Estudios del Ministerio Público [IEMP]. *Violencia sistemática contra defensores de derechos territoriales en Colombia* [en línea]. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2018 [consultado el 6 de mayo 2020], disponible en: https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/180710_Violencia_sistematica-contra_defensores-derechos-territoriales.pdf

ambientales” (en adelante DA o defensores); son ellos la primera línea de defensa que tiene la naturaleza ante aquellas personas o grupos que aún no se han hecho ni conscientes de la protección ni responsables ante el daño ambiental. No se puede conservar la naturaleza “sin gente”, sin personas que quieran que algo se preserve y que estén dispuestas a que otros lo hagan también, o bien, individuos que ponen todo de sí para que –dentro del marco del Estado social de derecho– no se afecte a la Madre Tierra de manera irreparable. Es así como ciertas normas debieron ser adoptadas para prevenir la violencia contra los DA, brindándoles la protección que exige la actividad que desempeñan.

En cuanto a la metodología, para alcanzar el objetivo recurrimos al enfoque cualitativo de la ciencia, tomando la norma jurídica como unidad de análisis², extraídas de documentos oficiales como normas de derecho colombiano e instrumentos internacionales, así como comunicados de prensa. Esta unidad de análisis será tratada con la técnica de análisis de datos llamada “Análisis de Discurso”³. Al usarla, el análisis gana profundidad, además de potenciar su carácter propositivo. El Análisis de Discurso presta atención a reglas y estrategias establecidas en normas porque son parte tangible del discurso institucional al tender puentes entre instrumentos internacionales, la visibilidad requerida por los DA en Colombia y la prevención de la violencia en su contra.

Dada la imposibilidad de tratar este tema en toda su extensión, delimitaremos el objeto de estudio y su dimensión espacial. De un lado, nuestro análisis tiene una marcada perspectiva normativista, enfocándose en normas que aportan a la definición de DA en Colombia. Por otra parte, espacialmente, el tratamiento de la problemática nos conduce al municipio de San Juan de Pasto (en adelante Pasto) en el sur de Colombia. Tratar este territorio se justifica por dos razones. Primera, porque, según el mapa internacional de conflictos ambientales (figura 1), Pasto se encuentra en un departamento afectado de manera intensa por la deforestación⁴. Segunda, porque Pasto es un municipio

2 CAVANAGH, S. “Content analysis: concepts, methods and applications” [en línea], en *Nurse Researcher*, 1997, vol. 4, n.º 3 [consultado el 6 de mayo de 2020], pp. 5-16, disponible en: DOI:10.7748/nr.4.3.5.s2

3 WODAK, RUTH. “What CDA is about - a summary of its history, important concepts and its developments”, en WODAK, RUTH y MEYER, MICHAEL (comps.), *Methods of Critical Discourse Analysis*, Londres y Nueva Delhi, Thousand Oaks y Sage, 2001, pp. 1-13.

4 A la destrucción de manglares en Tumaco (véase: <https://ejatlas.org/conflict/perdida-demanglar-tumaco-colombia>) y la alerta sobre la aspersión con glifosato (véase: <https://ejatlas.org>).

que adoptó normas propias para la protección a las lideresas y líderes sociales (cfr. *infra*, 2.3). Este es, *prima facie*, el aspecto positivo del asunto, pero el trabajo de análisis tiene la finalidad de identificar si dichas normas permiten proteger a los DA. Este interés se refuerza por las recientes mutaciones del conflicto armado en Colombia.

Luego de la dejación de las armas por la antigua guerrilla de las FARC-EP, en 2016, se viene acrecentando la coincidencia entre los mapas de conflictos ambientales (figura 1) y de violencia contra lideresas y líderes sociales (figura 2). De este modo, puede pensarse que el departamento de Nariño es un territorio que requiere especial atención a las medidas de protección a los DA. En concordancia con su frágil situación, el presente análisis brinda insumos teóricos para entender si su fragilidad se debe a un déficit normativo o a una cuestión de eficacia normativa, cuya interpretación puede extenderse a cuestiones políticas.

Para alcanzar este objetivo, segmentamos el desarrollo del texto. El primer segmento está dedicado a introducir y fijar aspectos metodológicos; el segundo, a evaluar varias normas de diversos niveles dedicadas a la protección las lideresas y líderes sociales; el tercero, a analizar la importancia de la definición del término DA, y el último, a las conclusiones y a algunas recomendaciones.

El riesgo inherente a la condición de los DA plantea uno de los más grandes desafíos regionales⁵ y locales para Colombia⁶. Al ser un país que logró un acuerdo de paz⁷, y que con ello sintió que acababa con el conflicto armado e iniciaba un *posconflicto oficial*⁸, en cierta medida pasó por alto que la paz es

org/conflict/aerial-fumigation-with-glyphosate-in-the-putumayo-colombia) por extensión de la agricultura ilegal, se suma la extensión de la frontera agrícola.

- 5 Global Witness. “¿Enemigos del Estado? De cómo los gobiernos y las empresas silencian a las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente” [en línea], en *Global Witness*, Londres, 2019 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.globalwitness.org/es/campaigns/environmental-activists/enemigos-del-estado/>
- 6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 262. 6 de diciembre de 2019. Personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia [en línea], Washington D.C., 2019 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DefensoresColombia.pdf>
- 7 Colombia. Gobierno Nacional y FARC-EP. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Bogotá, 24 de noviembre de 2016.
- 8 Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento Conpes 3867, Estrategia de Preparación Institucional para la Paz y el Posconflicto, Bogotá, 2015.

FIGURA I. MAPA DE CONFLICTOS AMBIENTALES EN COLOMBIA

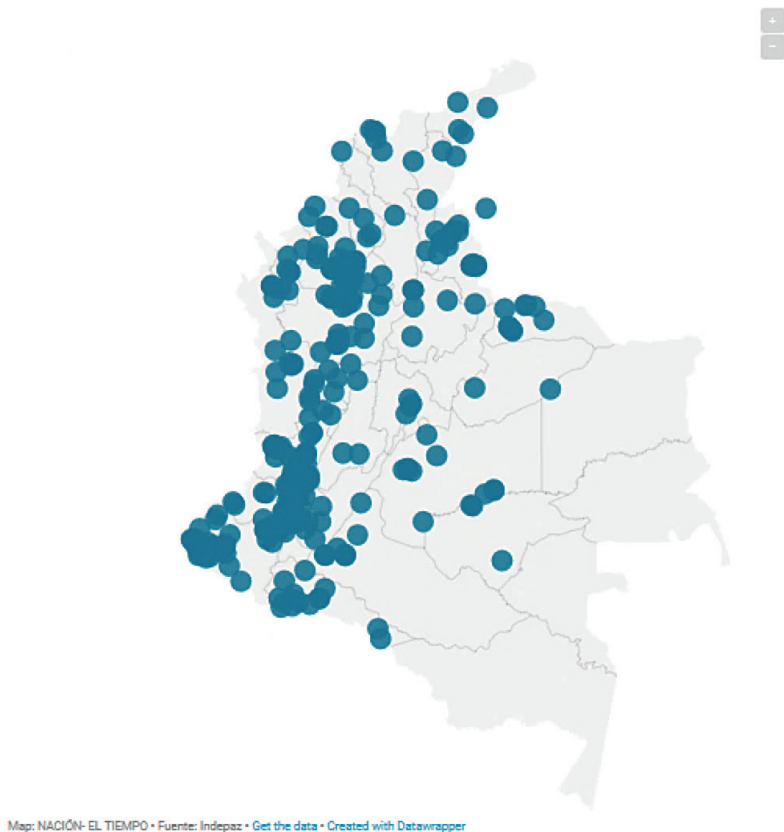


Fuente: *Environmental Justice Atlas*, 2020, Recuperado de: <https://ejatlas.org/country/colombia>

más un anhelo, una idea, que un estado de la materia; no se está sólido o líquido de la misma manera que se está en paz, pues esta no es reposo sino un despliegue mucho mayor de fuerza, la paz es movimiento, pero en una dinámica limpia del deseo de persistir en errores. La realidad trasciende las definiciones poéticas y la situación socioeconómica en Colombia reconfiguró el conflicto allende la letra del Acuerdo de Paz. Estos cambios de agenda en el

conflicto permitieron la aparición de otras violencias nuevas: la minería ilegal y el auge de los cultivos ilícitos que trae consigo una deforestación a una escala faraónica. Así como ya lo hizo la ONU, los organismos internacionales advierten que junto con estos problemas reaparece el paramilitarismo, e incluso otros actores armados, trayendo como consecuencia violencia contra activistas que se oponen a sus intereses.

FIGURA 2. MAPA DE LÍDERES SOCIALES Y DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS ASESINADOS DESDE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ACUERDOS DE PAZ



Fuente: Indepaz, citado en *El Tiempo*, 2020, recuperado de: <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/el-mapa-de-los-lideres-sociales-asesinados-en-colombia-184408>

Y en el fuego cruzado, quienes promueven los valores ambientales, cuidan la naturaleza y los derechos al territorio⁹ están en la mira porque existe una relación directa entre la deforestación y la expansión de los cultivos ilícitos. En este orden de ideas, los riesgos de ser un DA aumentaron con la falta de capacidad del Estado de ocupar los espacios desmovilizados del Acuerdo de Paz. No es culpa, entonces, de los acuerdos logrados en La Habana. En Colombia, resulta difícil de entender que los últimos gobiernos nacionales hayan omitido la aplicación de los necesarios controles a la explotación criminal de recursos naturales (figura 1). En su momento, esto lo denunció la organización Global Witness¹⁰.

Tanto en el continente americano como en el sur de Colombia, los derechos no se protegen solos. Se requiere de quien vele por ellos, de alguien que los proteja. En principio, esto es, ciertamente, una obligación estatal, pero también está en manos de todos nosotros y, en especial, de quienes dejan su vida en recordarle a otras personas que el respeto del territorio y del ambiente sano y ecológicamente equilibrado son esenciales y van más allá de las letras de una norma. En la historia de Colombia posterior al Acuerdo de Paz, el mismo gobierno sabe que la baja capacidad del Estado para realizar *el imperio del derecho* es cubierta por las lideresas y líderes sociales, como los DA. Para analizar su situación, comencemos por la importancia de la definición básica.

I. EL ORDEN NORMATIVO EN COLOMBIA Y LA DEFINICIÓN DEL DEFENSOR AMBIENTAL

La estructura del orden normativo en los Estados modernos es cada vez más compleja; igualmente compleja resulta la definición de DA, que contiene elementos convencionales (2.1) y de derecho interno, nacional (2.2) y local, propio del municipio de Pasto (2.3). Esta situación inherente al derecho positivo nos empuja a recurrir al normativismo —como soporte del Análisis de Discurso como técnica de análisis de datos— para asegurar la protección especial de

9 Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU]. A/HRC/43/51 [en línea], 24 de febrero de 2019, Los defensores de los derechos humanos que operan en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos [consultado el 6 de mayo 2020], Nueva York, disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/43/51>, parágrafo 29.

10 Global Witness. “Defenders of the Earth. Global killings of land and environmental defenders in 2016”, en *Global Witness*, Londres, 2017.

ciertos sujetos; el reconocimiento expreso de su condición diferencial es un factor para hacerlos visibles, como ya lo viene trabajando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); esto reduce el riesgo de discriminación contra los defensores de derechos humanos¹¹.

I. I. ELEMENTOS CONVENCIONALES PARA UNA DEFINICIÓN DE DEFENSOR AMBIENTAL

Puede llegar a pensarse que la definición del término de DA aparece en el Acuerdo de Escazú¹² –en adelante AE– después de una larga espera; sin embargo, este solamente aporta instrumentos nuevos. Y eso está bien, pues el derecho en Occidente se percibe cada vez más como una red de normas cuyas líneas se entrecruzan, y cada vez menos como una pirámide¹³. Una definición está presente en el artículo 9 del AE y puede ser complementada con instrumentos igualmente valiosos.

I. I. I. Aporte del Acuerdo de Escazú a la definición de defensor. En primer lugar, tengamos como base el artículo 9 del AE. También tengamos en cuenta que la definición tuvo serias dificultades para llegar a ser explícitamente consagrada. Los saboteos sufridos por los delegatarios de algunos países de la región¹⁴ no

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II.171. 12 de febrero de 2019. Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos [en línea], Washington D.C., 2019 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>, para. 89–124.

12 Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. Acuerdo de Escazú [en línea], 4 de marzo de 2018. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Costa Rica, 2018 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

13 OST, F. y VAN DE KERCHOVE, M. “De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit” [en línea], *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003, vol. 55, n.º 3 [consultado el 6 de mayo 2020], pp. 730–742, disponible en: www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2003_num_55_3_18997

14 Esta es una historia de la vida real. Durante el curso de las negociaciones del AE, la 8.ª reunión había propiciado una definición explícita del término DA. El diseño final del instrumento todavía conserva el artículo 2 como una norma prevista para las “Definiciones” (Octava Versión: Texto compilado por la Mesa Directiva que incluye las propuestas de texto de los países, 2017, p. 15); el proyecto llegó a contemplarse así: los “‘defensores de derechos humanos en asuntos ambientales’ son individuos, grupos u organizaciones sociales que actúan en la protección

hacen más que *perfilar al DA como ángel guardián* en los países de una región tan rica en recursos naturales como América Latina y el Caribe. Su rol es, en muchos casos, el del encargado de recordar la vigencia del orden constitucional; los DA denuncian los abusos de intereses económicos¹⁵ al mismo tiempo que imprimen dinamismo a la defensa del ambiente. El contraste con esta visión idílica lo mencionó el Relator Espacial para los Derechos Humanos y el Medio Ambiente de la ONU: “En promedio, cuatro defensores ambientales son asesinados cada semana a causa de su trabajo, y muchísimos más son objeto de amenazas o actos violentos, son detenidos ilegalmente o sufren cualquier otro tipo de acoso”¹⁶.

En efecto, las garantías estatales a las labores de todo DA son las mismas garantías de las que goza el ambiente y las mismas garantías de eficacia de los derechos humanos. Por tal motivo, vienen facilitándose mecanismos nacionales y mecanismos internacionales, un tanto más novedosos¹⁷. Previo a sus más

y promoción del medio ambiente y de los derechos humanos relacionados”. No obstante, no pasó mucho tiempo antes de que la definición fuera desplazada a otro artículo, y luego faltó poco para que fuera eliminada definitivamente. La presión de otras algunas delegaciones, que invocaron el consenso de reuniones anteriores, hizo reaparecer el artículo 9. Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. LC/L.4059(CNP10.2/4) [en línea], 22 de enero de 2017. Texto compilado por la mesa directiva que incluye las propuestas de texto de los países relativas al documento preliminar del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Octava versión, Santiago de Chile, 2017, p. 11, nota 10 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39050/S1800065_es.pdf?sequence=37&isAllowed=y

- 15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. 31 de diciembre de 2015A. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, Washington D.C., 2015 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industrialsextractivas2016.pdf>
- 16 KNOX, J. H. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible [en línea]. Nueva York, UN, 2018, par. 26 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/231/07/PDF/N1823107.pdf?OpenElement>
- 17 Llegó a proponerse, inclusive, una *ley modelo* para asegurar la protección del DA. Véase International Service for Human Rights [ISHR]. Ley Modelo para el Reconocimiento y la Protección de las Personas Defensoras de Derechos Humanos [en línea], Santiago de Chile, ISHR, 2017 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: https://www.ishr.ch/sites/default/files/documents/model_law_spanish_january2017_screenversion.pdf

recientes progresos para asegurar la labor de los DA¹⁸, ya se había formado una opinión, generalizada, sobre la necesidad de protegerlos. El artículo 9 del AE así lo prueba. Fue con el acuerdo logrado en Escazú que se estableció una relación entre déficit de garantías y ausencia de una definición explícita de estos activistas y su labor¹⁹. Al respecto, Borrás plantea:

Los defensores ambientales sufren la violación de sus derechos más fundamentales como consecuencia de la existencia de una degradación ambiental previa. La mayoría de los casos, por lo tanto, está relacionada con la degradación ambiental del hábitat de comunidades indígenas y/o pobres. Estos defensores del medio ambiente no siempre son “activistas” o miembros de organizaciones en defensa del medio ambiente, sino que muy frecuentemente son personas que simplemente se enfrentan a decisiones importantes que afectan su medio ambiente, o pueblos indígenas cuyo uso tradicional de sus tierras es amenazado²⁰.

En sus consideraciones preliminares, el AE describe la labor de los DA como una contribución al “fortalecimiento de la democracia, los derechos de acceso y el desarrollo sostenible”. Con posterioridad, este sujeto es referido directamente en el artículo 9 como sigue:

Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales

I. Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas,

18 Con anterioridad a la denominada “Etapa de concreción” del derecho ambiental regional se apelaba aún a la *soft law* y al cambiante sistema de fuentes del derecho internacional ambiental. Véase CASTRO BUITRAGO, E. y CALDERÓN-VALENCIA, F. “Un derecho ambiental democrático para Latinoamérica y el Caribe: los retos de la negociación del Acuerdo Regional sobre el Principio 10 de Río 92” [en línea], en *ACDI*, 2018, vol II, n.º 1 [consultado el 6 de mayo de 2020], pp. 159-186, disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6541>

19 Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. Acuerdo de Escazú [en línea], 4 de marzo de 2018. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, Costa Rica, 2018 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

20 BORRÁS, S. “El derecho a defender el medio ambiente: la protección de los defensores y defensoras ambientales” [en línea], *Derecho PUC: Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 70, 2013, p. 297 [consultado el 22 de agosto de 2020], disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6755>

grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.

2. Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico.

3. Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo²¹.

Estas disposiciones del AE dejan claro que los DA pueden ser personas o grupos u organizaciones. Y se diferencian del resto de los defensores de derechos humanos porque sus funciones son promover y defender dichos derechos en asuntos que se precisan como “ambientales”. Estos tienen el derecho de actuar, calificado por una condición: que esté libre de perturbaciones denominadas como “amenazas, restricciones e inseguridad”. Luego el numeral 2 del AE establece que esta *libertad negativa* de los DA es una carga que pertenece a los Estados, y que como consecuencia de esta obligación se desprenden una serie de derechos esenciales a la labor de los defensores (véase *supra*). Finalmente, sus derechos deben ser garantizados mediante la adopción de medidas que cumplen una finalidad (*i.e.*, que prevengan, faciliten la investigación y sanción de los ataques, amenazas o intimidaciones contra DA) y que tienen unas características (“apropiadas, efectivas y oportunas”).

1.1.2. *Aportes de otros instrumentos internacionales.* Entre los aportes a la construcción jurídica del DA contamos al Convenio 169 de 1989 de la OIT²²

21 Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, 2018, cit.

22 Organización Internacional del Trabajo [OIT]. Convenio n.º 169 de 1989, 27 de junio. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [en línea],

y a la Resolución A/RES/53/144 de 1999 de la ONU²³. El Convenio 169 abre un espacio para beneficiar personas que requieren protección especial, como los pueblos indígenas; el compromiso internacional que este produjo *fuerza* el respeto del modo de vida y el territorio, creando –en cierta medida– una obligación estatal para “proteger y preservar el ambiente de los territorios que habitan”. Por su parte, en lo que respecta a la Resolución A/RES/53/144, esta se ocupa expresamente de los derechos y deberes “de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”. Aunque las últimas dos décadas del siglo XX son plétóricas en declaraciones de derechos, estas se caracterizan por *olvidar* a las personas que los defienden. Ciertamente, la Resolución A/RES/53/144 no excluye a los defensores de derechos humanos, pero da una definición indirecta e impone restricciones sin garantías proporcionales a individuos y grupos.

Se resaltan, especialmente, varios elementos del articulado. El artículo 1.º hace un reconocimiento de alcance universal e indica el ejercicio de la labor del defensor de derechos humanos, individual y colectivo, de un lado, y nacional e internacional, del otro. Una norma relevante es también el artículo 5, que consagra los derechos indispensables a la labor de dichos defensores, entre los que se cuentan los de reunión y asociación, así como la comunicación federativa con ONG y organizaciones intergubernamentales; el AE hace eco de dichos derechos. Finalmente, el artículo 9 reconoce algunos mecanismos, como el de denuncia, indisolublemente ligado con la obligación del Estado de proteger a los defensores y con la de investigar los atentados contra su vida e integridad. No obstante, este artículo tiene un punto ciego que se manifiesta como una situación desventajosa: en efecto, condiciona la acción estatal a “motivos razonables” (art. 9-5).

1.1.3. *Contrastes y evolución de los aportes convencionales.* El AE es una norma que marca un antes y un después en la protección de los DA. Primero, porque fija mínimos a su ejercicio. Segundo, porque consagra los derechos de acceso.

Washington D.C., 1989 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

23 United Nations [UN]. Resolution A/RES/53/144, 8 de marzo de 1999. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos.

Tercero, porque destaca la contribución de los defensores en el Acuerdo; esto lo hace en las disposiciones preliminares²⁴.

Ahora bien, se espera aún que el AE tenga una mayor repercusión que aquella que tuvo la Resolución A/RES/53/144 en la situación de los activistas de los derechos al territorio y del ambiente. Colombia ya es un Estado signatario del acuerdo, pero aún no lo ha ratificado²⁵. Pese al vacío legal que aún existe –inconveniente que hiere la susceptibilidad de los formalistas–, el artículo 9 del AE consagrara tres cargas básicas en cabeza de los Estados que se revierten en derechos para los “defensores de derechos humanos en asuntos ambientales”.

El numeral 1 exige un “entorno propicio y seguro”, libre de “amenazas, restricciones e inseguridad”. Por su parte, el numeral 2 exige que se tomen “medidas adecuadas y efectivas” para “reconocer, proteger y promover” los derechos de “todos” los DA. Esta carga parece conectarse con la Resolución A/RES/53/144 porque reconoce como derechos de estos activistas la “vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente”. Finalmente, el numeral 3 exige que las partes adopten “medidas apropiadas, efectivas y oportunas” para así poder “prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones” a DA.

Ahora que conocemos el aporte del derecho convencional a la definición *sub examine*, podemos estudiar el aporte del orden normativo colombiano.

I. 2. ELEMENTOS DEL ORDEN NORMATIVO NACIONAL A LA DEFINICIÓN DE DEFENSOR AMBIENTAL

Como sabemos, el AE fue firmado por el presidente Iván Duque en diciembre del año 2019. Este acto parece que muestra una voluntad política que ha tardado en aflorar por parte de su gobierno y también por parte del anterior²⁶,

24 De hecho, desde el comienzo, el AE tenía como principal novedad un Mecanismo Público Regional integrado por la sociedad civil. Este ayudó en la concepción del articulado del AE y reunía a expertos y asociaciones.

25 Con su visita a Colombia, una resolución de la UNO recomendó firmar el AE; la presión política ejercida por Michel Forst, del relator especial, permitió el respeto del *pacta sunt servanda*; véase FORST, M. Visita a Colombia, 20 de noviembre al 3 de diciembre de 2018 [en línea], 3 de diciembre 2018, Nueva York, 2018, par. 8 [consultado el 6 de mayo 2018], disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/n.%s/Defenders/StatementVisitColombia3Dec2018_SP.pdf

26 El gobierno de Juan Manuel Santos Calderón se limitó a permitir su negociación.

aunque sea una de las victorias del movimiento social de 2019; las exigencias sociales, en materia ambiental, fueron atendidas en las conversaciones con el gobierno. Esta es una oportunidad de oro para que Colombia cuente con una norma exclusivamente diseñada para proteger a los DA. Antes de la esperanza generada a partir del AE, Colombia ya contaba con algunas normas que caracterizaban el activismo como una actividad protegida y a los sujetos dedicados a él como ejerciendo una actividad riesgosa que cada vez recibe más atención²⁷, nivelándose con la que tienen, tradicionalmente, los menores, las mujeres y los ancianos, entre otros²⁸. La cuestión toma nuevos matices y hay críticas legítimas al actual orden normativo.

1.2.1. *La paradoja del “descuidar protegiendo”*. Colombia tiene normas para proteger a sus lideresas y líderes sociales, aunque parece que no se emplean. Por esta razón, se reprocha que han sido suficientemente promocionadas. Les juega también en contra que algunas de estas normas de protección a sujetos como los DA llegaron de manera tardía; por esto han llegado a ser extendidas, muy recientemente, por la Resolución 01/2020^[29]. En efecto, con la presión ejercida por la última visita de Michel Forst al país, se adoptaron los decretos 660 de 2018^[30] y 2137 de 2018^[31].

27 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-473 de 2018, M.P.: Alberto Rojas Ríos.

28 BERNAL-CAMARGO, D. R. y PADILLA-MUÑOZ, A. C. “Los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la constitución política colombiana de 1991” [en línea], *Revista Jurídicas*, 2018, vol. 15, n.º 1, [consultado el 6 de mayo de 2020], pp. 57-59, disponible en: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas15\(1\)_4.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas15(1)_4.pdf)

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Resolución n.º 1/2020. 10 de abril de 2020. Pandemia y derechos humanos en las Américas [en línea], Washington D.C., 2020 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

30 Colombia. Presidencia de la República. Decreto 660 (17 de abril de 2018). “Por el cual se adiciona el Capítulo 7, del Título 1, de la Parte 4, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para crear y reglamentar el Programa Integral de Seguridad y Protección para Comunidades y Organizaciones en los Territorios; y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 50.567, 2018.

31 Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2137 (19 de noviembre de 2018). “Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para el desarrollo del Plan de Acción Oportuna (PAO) de Prevención y Protección individual y colectiva de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de defensores de derechos humanos, líderes sociales, comunales, y periodistas - Comisión del Plan de Acción Oportuna (PAO) para defensores de derechos humanos, líderes sociales, comunales, y periodistas”, *Diario Oficial*, n.º 50.782, 2018.

En primera instancia, la aplicación del Decreto 660 cobija a los DA; su artículo 2.4.1.7.1.3 contempla, entre la “Población Sujeto”, a las “comunidades y organizaciones [...] defensoras de derechos humanos en los territorios, así como sus líderes, lideresas, dirigentes, representantes y activistas”. Su complemento está en otras expresiones como aquellas que contemplan que las “defensoras de derechos humanos que se encuentren en situación de riesgo o amenaza, serán beneficiarios de este Programa como sujeto colectivo y las medidas integrales contempladas en este capítulo, serán asignadas de manera colectiva”³².

Hay un enfoque corporativo de la defensa de intereses ambientales y pareciera insinuarse que la defensa de los derechos humanos –donde contamos al ambiente (OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia)– se hace desde una organización, aunque el propio Decreto 660 se abre a la participación de los DA (véase art. 2.4.1.7.1.7, num. 13). En efecto, hay una definición tangencial del DA, por la *tracción* producida por el derecho ambiental colombiano³³, en donde incluso algunas decisiones de la jurisdicción constitucional respaldan la aparición de los llamados derechos de la naturaleza³⁴; estas acercan la cláusula de Estado social de derecho al

32 Este enunciado pertenece a una disposición del Decreto 2252 de 2017.

33 Debemos resaltar la existencia del subsistema, primero, pretoriano llamado “Constitución Ecológica”, que es, segundo, legal gracias al llamado Sistema Nacional Ambiental (SINA), construido por la Ley 99 de 1993 (*Diario Oficial*, n.º 41.146, 22 de diciembre de 1993; véase art. 4); el sistema “es el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales contenidos en esta Ley”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; Colombia. Congreso de la República. Ley 99 (22 de diciembre de 1993). “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 41.146, 1993.

34 Hay muchas decisiones que nos regocijan, pero las más famosas son las protegieron el río Atrato y la Amazonía. En estas, la Corte Constitucional, dio soporte en alguna de sus consideraciones a los DA; véase Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 4360-2018, M.P.: Luis Armando Tolosa, 5 de abril de 2018; CALDERÓN-VALENCIA, F., ESCOBAR-SIERRA, M. y BEDOYA-TABORDA, L. F. “Defensores ambientales y ecología política en Colombia”, en DO NASCIMENTO, V. R. y LOPES SALDANHA, J. M. (comp.), *Os direitos humanos e o constitucionalismo em perspectiva: espectros da DUDH e da Constituição da República Federativa do Brasil*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2019, pp. 167-183.

anhelado Estado socio-ambiental consagrado, por ejemplo, en el artículo 225 de la Constitución brasileña³⁵.

Ahora bien, nuestro *ombudsman*, la Defensoría del Pueblo, defendía inicialmente los derechos humanos, esto antes de la expedición del Decreto 660 por el gobierno nacional. Acorde con la misión asignada por la Constitución Política (art. 282), este organismo identificaba riesgos para los defensores y cumplía funciones ambientales. Con respaldo en el artículo 13 de la Ley 99 de 1993 y según la Corte Constitucional³⁶, la Defensoría tenía a su cargo mecanismos de defensa medioambiental. Asimismo, podía emplear alertas de riesgo para los derechos humanos a través del Sistema de Alertas Tempranas (SAT)³⁷. Por

35 Brasil. Assembléa Nacional Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de octubre de 1988, *Diário Oficial*, n.º 191-A, pp. 1-32.

36 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

37 En paralelo al SAT se crearon otros mecanismos. Primero, el *Programa de Protección* para personas expuestas a violencia política en el conflicto armado, con la Ley 418 de 1997, reglamentado por el Decreto 1740 de 2010; dicha ley estructuró un protocolo con enfoque de género, además de implementar el *Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*, desarrollado por normas como el Decreto 4100 de 2011 y la Resolución 0805 de 2012. Segundo, el Decreto 4912 de 2011 creó el *Programa de Prevención y Protección de personas, grupos y comunidades en situación de riesgo extraordinario o extremo* (PPP), posteriormente modificado por el Decreto 1225 de 2012 al crear la obligación de adoptar medidas de protección a personas en riesgo en su vida, libertad, integridad y seguridad, medidas que cuentan tanto para el nivel nacional como para el territorial; véase Colombia. Congreso de la República. Ley 418 (26 de diciembre de 1997). Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial*. 1997, n.º 43.201; Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1740 (19 de mayo de 2010). Por el cual se reglamenta el artículo 81 de la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial*, n.º 47.714, 2010; Colombia. Ministerio del Interior de la República. Decreto 4100 (2 de noviembre 2011). Por el cual se crea y organiza el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se modifica la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial*, n.º 48.241, 2011; Colombia. Ministerio del Interior de la República. Resolución 0805 (14 de mayo de 2012); Colombia. Ministerio del Interior de la República. Decreto 4912 (26 de diciembre de 2011). Por el cual se organiza el Programa de Prevención y Protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de personas, grupos y comunidades del Ministerio del Interior y de la Unidad Nacional de Protección, *Diario Oficial*, n.º 48294, 2011; Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1225 (12 de junio de 2012). Por el cual se modifica y adiciona parcialmente el Decreto 4912 del 26 de diciembre de 2011, *Diario Oficial*, n.º 48459, 2012.

último, se creó la Unidad Nacional de Protección (UNP)³⁸, cuya finalidad es asegurar la protección de personas en riesgo extremo.

Ciertamente, el sistema evoluciona sin reposo para adaptarse, pero la situación de los activistas sigue empeorando a pesar de la expedición del Decreto 660 y las recomendaciones de los sistemas regional y universal de protección de derechos humanos. Esto lo soportan organizaciones y datos oficiales. INDEPAZ (2018) denunció que a lo largo del año 2018 hubo 226 activistas asesinados, gran parte de ellos líderes campesinos, ambientalistas y comunales (105 personas); otros eran indígenas (44 personas) y personas favorables a la sustitución de cultivos ilegales (40 personas). Por su parte, a hoy, la organización PARES³⁹ cuenta 352 lideresas y líderes sociales asesinados. Para la Defensoría, “cada mes han fallecido 11 líderes sociales y defensores de derechos humanos” entre 2016 y 2018.

1.2.2. *Un sistema de protección que todavía puede mejorar.* Los yerros parecen ser más evidentes que los aciertos. Esto es de resaltar porque fallan el SAT y el sistema de protección a defensores. Desde un punto de vista operativo o material, la Contraloría General de la República ha cuestionado los procedimientos y medidas de protección, tanto en cuanto a las características para

38 Según el artículo 1.º del Decreto 4065 de 2011, la UNP es una “Unidad Administrativa Especial del orden nacional [...] con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Interior”. Es un cuerpo de escolta y tiene el “carácter de organismo nacional de seguridad”; su vocación es la de proteger los derechos de personas en riesgo por su actividad política y de defensa de los derechos. Ante la UNP se sigue este procedimiento: (i) el afectado hace su solicitud ante la Unidad; (ii) el *Cuerpo Técnico de Recopilación y Análisis de la Información* (CTRAI) realiza una visita al lugar donde se reporta la situación de riesgo para investigar el caso del solicitante; luego, (iii) el CTRAI corre traslado de la solicitud al *Grupo de Valoración Preliminar* (GVP) para que este también analice el caso y evalúe otros riesgos que pueden estar relacionados; y, finalmente, (iv) una vez evaluado por el GVP, se presenta el expediente al *Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendación de Medidas*, y este termina de definir el nivel de riesgo y evalúa si se adoptan las medidas de protección o si, por el contrario, la solicitud se devuelve; véase Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4065 (31 de octubre de 2011). Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura, *Diario Oficial*, n.º 48.239, 2011.

39 CANO, L. “Presidente, ¿y la epidemia de líderes sociales asesinados?” [en línea], en PARES-Posconflicto, Bogotá, 13 de marzo de 2020, disponible en: <https://pares.com.co/2020/03/13/presidente-y-la-epidemia-de-lideres-sociales-asesinados/>

evaluar el riesgo⁴⁰ como a las necesidades de la persona⁴¹. El Programa Somos Defensores, por su parte, ha identificado falencias en la disponibilidad de personal de protección, así como en la infraestructura, hecho que compromete la funcionalidad de la UNP. Ahora bien, en cuanto a la problemática propia de nuestro texto, *i.e.*, desde un punto de vista jurídico, es difícil confiar en la caracterización que el orden normativo colombiano hace de las personas que protege, en especial, los activistas, pero aún más específicamente –y dentro de este conjunto–, de los DA. Por lo tanto, no es clara su protección, por estar en contravía con la concepción individual y de la espontánea del liderazgo social, pues prefiere una definición con enfoque corporativo: el defensor, antes de ser un individuo, parece ser visto como un miembro de un grupo formalmente constituido.

La UNP, en su glosario, define “activista”⁴² ligándolo a la “certificación que se expida por la respectiva organización o grupo al que pertenece o por una autoridad legalmente reconocida”. Se percibe, entonces, un criterio formalista para identificar a los activistas. Paradójicamente, los esquemas de seguridad del sistema de protección no parecen haber sido diseñados para proteger las expresiones colectivas que buscan la defensa de los derechos humanos. Es como si se limitara a individuos acreditados por organizaciones. A esta dificultad se suman dos puntos ciegos: primero, la identificación de las causas del riesgo se limita al riesgo inmediato, segundo, el carácter tridimensional del riesgo. Con este último, la protección se limita a la seguridad física, no se atiende la realidad de cada territorio –p. ej., influencia de grupos armado que allí operan– y, finalmente, no se presta atención a las garantías a la familia del solicitante. En otras palabras, pareciera que, para atender este problema de la violencia contra las lideresas y los líderes sociales, a los últimos gobiernos y a las autoridades les ha faltado sentido práctico. Las medidas no tienen conexión con la realidad, e inclusive no prestan atención a otros factores que dificultan la protección a los activistas, como la corrupción⁴³. Esto reduce la

40 Estas son la edad, la etnia, el género, si existe una discapacidad, también la orientación sexual y la procedencia urbana o rural del solicitante.

41 Esto hace referencia a si requiere o no vehículo blindado, o bien si el solicitante requiere de personal de protección como conductor, o si requiere chaleco antibalas y sistema de comunicación.

42 Al respecto, véase: <https://www.unp.gov.co/atencion-al-ciudadano/glosario/> (consultado el 1.º de mayo de 2020).

43 CIDH, 2019, para. 397.

velocidad de respuesta a las solicitudes enviadas y el consiguiente otorgamiento de medidas de protección.

En última instancia, no se tienen en cuenta los aspectos particulares ni de defensores, ni de organizaciones⁴⁴, apartándose del estándar interamericano⁴⁵ sobre contextos de vulnerabilidad y necesidades determinadas por la etnia, género o actividad de los solicitantes, por lo que se cuestiona la eficiencia de las respuestas a las solicitudes y las medidas de protección⁴⁶.

1.2.3. *Complemento de la Procuraduría al sistema de protección.* La Procuraduría General de la Nación está entre los organismos que complementan el sistema nacional de protección a defensores de derechos humanos, acorde con la Constitución (véase art. 118). Este organismo recientemente adoptó lineamientos de protección efectiva para defensores con la expedición de la Directiva 002^[47], la

-
- 44 En su momento, INDEPAZ resaltó que “existen 2.745 beneficiarios de medidas materiales de protección, de los cuales 535 son para funcionarios públicos, 33 para servidores y ex servidores públicos y solamente 383 para dirigentes, representantes de organizaciones de DDHH, de víctimas, sociales, cívicas y comunales”; véase Instituto de Estudios para el Desarrollo [INDEPAZ], Cumbre Agraria y Coordinación Social y Política Marcha Patriótica. *Todos los nombres, todos los rostros: Informe de Derechos Humanos sobre la situación de líderes/as y defensores de derechos humanos en los territorios* [en línea], Bogotá, INDEPAZ, 2018 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2018/11/Separata-de-actualización-de-INFORME-ESPECIAL-Todos-los-nombres-todos-los-rostros.-19-de-noviembre-2018-2.pdf>
- 45 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, 31 de diciembre 2011 [en línea], 31 de diciembre 2011. Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas. Washington D.C., 2011 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>
- 46 Asociación Pro Derechos Humanos [APRODEH], Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo [CAJAR], Centro de Documentación e Información Bolivia [CEDIB] y Centro de Desarrollo Humano [CEDHU]. Informe sobre Extractivismo y Derechos en la Región Andina. Abusos de poder contra defensores y defensoras de los derechos humanos, del territorio y del ambiente [en línea], Bogotá, La Paz, Lima, Quito y Bruselas, CEDIB, 2018 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://cedib.org/wp-content/uploads/2018/06/INFORME-ANDINO-ÚLTIMA-VERSIÓN.pdf>
- 47 Colombia. Procuraduría General de la Nación. Directiva 002 de 2017 del 14 de junio 2017. Lineamientos para la protección efectiva de los derechos de los defensores y defensoras de derechos humanos, y sus organizaciones, integrantes de los movimientos sociales, movimientos políticos, y lideresas y líderes políticos y sociales, y sus organizaciones, y a los que en esta condición participen activamente en la implementación de Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, Bogotá, 2017; hay que

cual alcanza un nivel importante de armonía con el estándar interamericano, pues reconoce el carácter tridimensional del riesgo: las autoridades locales deben abstenerse, respecto de los defensores, de “realizar conductas que los deslegitimen, descalifiquen, hostiguen, o inciten al hostigamiento o estigmaticen su labor”. En efecto, la directiva obliga a las autoridades competentes a investigar denuncias y amenazas, permitiendo a la Procuraduría aportar a la labor de la UNP para que sea oportuna, idónea y efectiva. Acorde con la Directiva 002, se implementa un registro único de las personas en situación de riesgo que involucra al gobierno central.

Esta iniciativa fue secundada por el Ministerio del Interior. El Decreto 2252 de 2017^[48] (véase art. 2.4.1.6.2) obliga tanto a alcaldes como a gobernadores a detectar situaciones de riesgo, sobre todo, por medio del principio de primeros respondientes⁴⁹. Con el gobierno nacional, estas autoridades deben coordinar estrategias preventivas. Agréguese la posibilidad de coordinar estas medidas con la Procuraduría, que puede ayudar gracias a su función de prevención, reglamentada por su Resolución 132 de 2014^[50] (véase art. 9.6). Su importancia radica en la posibilidad de coordinar la acción conjunta entre dicho ministerio y la Defensoría. Creada especialmente para esto, en los territorios puede

tener en cuenta que esta fue profundamente modificada por la Directiva 012: véase Colombia. Procuraduría General de la Nación. Directiva 012 de 2010 del 15 de julio de 2010. Directrices para garantizar el derecho de los defensores y defensoras de derechos humanos a ejercer su labor, Bogotá, 2010.

- 48 Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2252 (29 de diciembre de 2017). “Por el cual se adiciona el Capítulo 6, del Título 1, de la Parte 4, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, sobre la labor de gobernadores y alcaldes como agentes del Presidente de la República en relación con la protección individual y colectiva de líderes y lideresas de organizaciones y movimientos sociales y comunales, y defensores y defensoras de derechos humanos que se encuentren en situación de riesgo”, *Diario Oficial*, n.º 50.461, 2017.
- 49 “Artículo 2.4.1.6.2. Primeros respondientes. Las gobernaciones y alcaldías, en el marco de sus competencias, con el apoyo del Ministerio del Interior, del Ministerio de Defensa Nacional y del Ministerio Público, actuarán como primeros respondientes en la detección temprana de situaciones de riesgo contra líderes y lideresas de organizaciones y movimientos sociales y comunales, y defensores y defensoras de derechos humanos”.
- 50 Colombia. Procuraduría General de la Nación. Resolución 132 (30 de abril de 2014). Por medio de la cual se establece un nuevo enfoque, principios, lineamientos para el ejercicio de la función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación, se modifica y fortalece el Sistema Integral de Prevención, y se dictan otras disposiciones, Bogotá D.C., 2014.

exigirse que el SAT sea atendido por la Procuraduría delegada de Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos.

1.2.4. *Complemento del poder judicial al sistema de protección.* Mediante la sentencia T-205A de 2018, la Corte Constitucional ordenó a la UNP evitar dilaciones injustificadas, pues esta conducta pone en riesgo, primero, al solicitante en sus derechos a la vida y a la integridad, además de a la libertad y a la seguridad personales; y, segundo, a su familia y organización a la que pertenece. La Corte invoca el estándar internacional. Este tiene en cuenta –como ya se mencionó respecto de la labor complementaria de la Procuraduría– el carácter tridimensional del riesgo. Dicho carácter comprende al grupo familiar de las lideresas y líderes solicitantes y a las organizaciones donde desempeñan su labor. La Corte Constitucional señala que estas deben ser protegidas, permitiendo, así, la entrada a las transformaciones del constitucionalismo.

Ahora bien, el ente acusador de la jurisdicción ordinaria, la Fiscalía General de la Nación (fgn), también tuvo que jugar un rol más activo. Esta tiene la obligación de investigar crímenes contra cualquier persona, deber constitucional que comprende, por supuesto, a los activistas⁵¹. La reacción de la FGN fue la creación de una unidad especial⁵². Esto luego de haber establecido la

51 Incluso la FGN solicitó agregar al Código Penal el delito de amenaza contra líderes sociales y defensores de derechos humanos. La Ley 1908 de 2018 dispuso: “Adiciónese el artículo 188E a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: / Artículo 188E. Amenazas contra defensores de Derechos Humanos y servidores públicos. El que por cualquier medio atemorice o amenace a una persona que ejerza actividades de promoción y protección de los derechos humanos, o a sus familiares, o a cualquier organización dedicada a la defensa de los mismos, o dirigentes políticos, o sindicales[,] comunicándole la intención de causarle un daño constitutivo de uno o más delitos, en razón o con ocasión de la función que desempeñe, incurrirá en prisión de setenta y dos (72) a ciento veintiocho (128) meses y multa de diecisiete punto setenta y siete (17,77) a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. / En la misma pena se incurrirá cuando las conductas a las que se refiere el inciso anterior recaigan sobre un servidor público o sus familiares. / Parágrafo. Se entenderá por familiares a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, segundo de afinidad o sobre cónyuge o compañera o compañero permanente o cualquier otra persona que se halle integrada a la unidad doméstica del destinatario de la amenaza”. Colombia. Congreso de la República. Ley 1908 (9 de julio de 2018). “Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 50.649.

52 El nombre completo es: “Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones criminales responsables de homicidios y masacres o que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos, incluyendo las

Fiscalía⁵³ 231 casos reconocidos en los dos últimos años, aclarando el 53.5% de los homicidios a defensores con el establecimiento del autor material. Sin ser despreciable este esfuerzo, las autoridades estatales están aún perplejas ante la dificultad de encontrar a los autores intelectuales.

Ciertamente, el sistema de protección tiene apoyo de otros organismos estatales. Sin embargo, estos mismos se quejan de una falla estructural que se manifiesta en la ausencia de presencia institucional en el territorio. El mismo Estado, en cabeza de sus funcionarios y agentes, denuncia que la delincuencia intimida a los activistas, lo que le ha valido a Colombia que la comunidad internacional vigile de cerca su política criminal⁵⁴, bajo sospecha de descuidar sus recomendaciones⁵⁵.

organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo”, y su fundamento normativo es el Decreto-Ley 898 de 2017 y el punto 3.4.4. del Acuerdo de Paz.

- 53 Colombia. Fiscalía General de la Nación. Boletín n.º 25206 (10 de enero de 2019). “Fiscalía presenta el informe de las rentas criminales de las desmovilizadas Farc y el recuento histórico de la victimización a líderes sociales por parte de agentes del Estado” [en línea], Bogotá, 2019 [consultado el 6 de mayo 2020], disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-presenta-el-informe-de-las-rentas-criminales-de-las-desmovilizadas-farc-y-el-recuento-historico-de-la-victimizacion-a-lideres-sociales-por-parte-de-agentes-del-estado/>; Colombia. Presidencia de la República. Decreto-Ley 898 (29 de mayo de 2017), “Por el cual se crea al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en cumplimiento a lo dispuesto en el Punto 3.4.4 del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, se determinan lineamientos básicos para su conformación y, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 50248, 2017.
- 54 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5. 24 de febrero de 2020. Informe Anual 2019 de la CIDH [en línea]. Washington D.C., 2020, pars. 92-101 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/indice.asp>
- 55 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 262. 6 de diciembre de 2019. Personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia [en línea]. Washington D.C., 2019, par. 302 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DefensoresColombia.pdf>

1.3. ELEMENTOS DEL ORDEN NORMATIVO LOCAL EN LA DEFINICIÓN DE DEFENSOR AMBIENTAL

En el año 2018, la Alcaldía de Pasto adoptó dos decretos municipales que tratan de combatir el exterminio de los activistas. Esto en virtud de las facultades que le concede el artículo 315 de la Constitución Política y para secundar las políticas de Estado que pretenden, de un lado, darle un trato diferencial a las víctimas de la violencia en Colombia, a través del Decreto 0417 de 2018^[56]; y, del otro lado, prevenir las violaciones a los derechos humanos y a la integridad de personas y grupos, a través del Decreto 0365 de 2018^[57]. De estos dos, nos detendremos únicamente en el segundo, porque el primero está más enfocado en la atención territorial de las personas ya afectadas, por medio de la implementación de los “Centros Regionales de Atención y Reparación a Víctimas”⁵⁸. Este es el último eslabón de la protección; veamos cuál es el lugar que ocupan los da.

1.3.1. *Protección a lideresas y líderes sociales en Pasto: estructura del Decreto 0365 de 2018.* El Decreto municipal 0365 creó el “Comité Territorial de Prevención en el Municipio de Pasto para la implementación de la política pública de prevención de violaciones a los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad de personas, grupos y comunidades” (CTPMP). En cuanto a sus responsabilidades, el decreto municipal hace un reenvío al Decreto 1581 de 2017^[59] del Ministerio del Interior. El Comité cuenta con la representación

56 Colombia. Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto (Departamento de Nariño). Decreto 0417 (8 de noviembre de 2017). Por medio del cual se crea el Comité Técnico para la ejecución, coordinación, orientación y seguimiento técnico y financiero del convenio marco interadministrativo n.º 1423 de 2018 suscrito entre la Unidad para la Atención Integral a las Víctimas y Municipio de Pasto.

57 Colombia. Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto (Departamento de Nariño). Decreto 0365 (25 de octubre de 2018). “Por medio del cual se crea el Comité Territorial de prevención en el Municipio de Pasto para la implementación de la Política Pública de Prevención de Violaciones a los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad de personas, grupos y comunidades”.

58 Este fue definido por el Decreto 1084 de 2015: “Artículo 2.2.6.6.1. Definición de los Centros Regionales. Los Centros Regionales de Atención y Reparación a Víctimas son una estrategia de articulación interinstitucional del nivel nacional y territorial que tiene como objetivo atender, orientar, remitir, acompañar y realizar el seguimiento a las víctimas en los términos del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 que requieran acceder a la oferta estatal en aras de facilitar los requerimientos en el ejercicio de sus derechos a la verdad, justicia y reparación integral”.

59 “Artículo 2.4.3.9.1.6. Responsabilidades de los Comités Territoriales de Prevención. Los

de varias autoridades del orden municipal, departamental y nacional y con participación del ejército nacional, entre otros⁶⁰. Sobresale –y contrasta con el número de miembros– la obligación de reforma del Decreto 0365 cuando su composición cambie por el retiro voluntario o forzado de alguno de sus miembros (véase art. octavo, pará. 5).

Comités Territoriales de Prevención, o las instancias territoriales que hagan sus veces, tendrán las siguientes funciones: / 1. Servir de instancia de coordinación y articulación institucional entre las entidades del orden nacional y territorial para la implementación de la política de prevención en su respectivo territorio. / 2. Monitorear permanentemente la situación de riesgo; alertar y coordinar las acciones para prevenir violaciones a los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad de personas, grupos y comunidades. / 3. Elaborar o actualizar los planes integrales de prevención y planes de acción territorial, de modo que estos instrumentos sean coherentes y consistentes entre sí, se eviten duplicidades y se actúe de manera oportuna, idónea y eficaz. / 4. Velar por la incorporación de las estrategias y acciones contenidas en los planes integrales de prevención, en los respectivos planes de acción sectoriales y los presupuestos institucionales. / 5. Requerir, de parte de las entidades concernidas, la implementación de las estrategias y actividades previstas en los planes integrales de prevención. / 6. Implementar los mecanismos de seguimiento y evaluación de la política, y requerir de las entidades los informes correspondientes. / 7. Reportar semestralmente al Ministerio del Interior los informes sobre el estado de implementación de la política de prevención en su territorio, y el desempeño de los indicadores de seguimiento e impacto definidos para tal fin. / 8. Presentar semestralmente un informe de rendición de cuentas a las organizaciones sociales y órganos de control presentes en su territorio. / Parágrafo 1. La respectiva gobernación o alcaldía será la encargada de liderar en su territorio la implementación de la política pública de prevención. / Parágrafo 2. En cada ente territorial se conformará un grupo promotor de la política, integrado por la respectiva gobernación o alcaldía, el Ministerio del Interior, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, la Unidad Nacional de Protección, la Fuerza Pública y la Agencia para la Reincorporación y la normalización, los cuales apoyarán a la respectiva entidad territorial en el impulso, implementación y seguimiento de la política. Se requerirá apoyo del Ministerio Público para tal fin, en el marco de sus competencias constitucionales y legales”. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1581 del 28 de junio de 2017, “Por el cual se adiciona el Título 3 a la Parte 4, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para adoptar la política pública de prevención de violaciones a los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad de personas, grupos y comunidades, y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 50.370, 2017.

60 Además de la Alcaldía de Pasto, por medio de su representante legal o de la Secretaría de Gobierno-Comisión de Paz, el artículo segundo del Decreto 0365 de 2018 ordena que en el CTPMP participen los directores del Departamento Administrativo de Prosperidad Social, de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, de la Unidad Administrativa de Gestión y de la UNP; el comandante de la Brigada n.º 23 del Ejército Nacional y el de la Policía de Pasto; los directores de la Fiscalía Seccional Nariño, de la Procuraduría Provincial de Pasto, de la Defensoría del Pueblo Regional Nariño y de la Personería Municipal de Pasto.

Su funcionamiento contempla la periodicidad mínima de reuniones (véase art. sexto) que tienen carácter obligatorio (véase art. octavo, par. 1), so pena de ser investigados por los entes de control (véase art. octavo, par. 2). Las reuniones ordinarias deben realizarse una vez cada tres meses y en ellas se asumen compromisos que quedan en el acta, junto con el asistente que lo adquirió, dejando sus datos pormenorizados (véase art. octavo, par. 1). Habrá lugar a reuniones extraordinarias en caso de una eventual emergencia. En ambos supuestos la reunión es convocada por la Secretaría Técnica, delegada en la Secretaría de Gobierno del municipio de Pasto y que tiene amplias funciones que permiten la coordinación y el funcionamiento del CTPMP. Ahora, en lo que respecta a su funcionamiento, el artículo sexto del Decreto 0365 estableció: “El quórum deliberatorio y decisorio requerirá la asistencia de la mitad más uno de sus miembros”. Las decisiones son efectuadas, de manera nominal, por medio de un instrumento que permita confirmar el quórum.

El CTPMP es una instancia de coordinación y articulación institucional entre las entidades nacionales y territoriales para la “implementación política” de la prevención (véase art. quinto, a); el monitoreo permanente de situaciones de riesgo, además de alertar y coordinar operaciones encaminadas a prevenir violaciones a la integridad de lideresas y líderes sociales (véase art. quinto, b); velar por la coherencia y consistencia en la elaboración y actualización de planes integrales de prevención y los planes de acción territorial (véase art. quinto, c)⁶¹; incorporar estrategia y acciones tanto en los planes sectoriales de acción como en los presupuestos institucionales (véase art. quinto, d y e); requerir informes, además de la implementación de mecanismos de seguimiento y evaluación de la política (véase art. quinto, f); enviar reportes semestrales al

61 Los “planes integrales de prevención” fueron definidos por el Decreto 660. Su artículo 2.4.1.7.1.9 trae las definiciones y el numeral 10 contempla el término exacto: “Herramienta de planeación que orienta y coordina el análisis y la gestión del riesgo, concretándolos en acciones directas de prevención y protección para las comunidades, organizaciones sociales, populares, étnicas, de mujeres, de género, ambientales, comunales, de los sectores LGBTI y defensoras de derechos, sus líderes, lideresas, dirigentes, representantes y activistas en los territorios. / Los Planes Integrales de Prevención tienen como fin enfrentar los factores de riesgo o disminuir su impacto en la comunidad. Así mismo, permiten definir los criterios de articulación y coordinación interinstitucional entre nación, departamento y municipio; establecen el marco de actuación y las orientaciones que en materia de prevención temprana, urgente y Garantías de No Repetición, debe adoptar el ente territorial. / Para la elaboración e implementación de los planes de prevención, se tendrán en cuenta como fuente de información, las alertas tempranas emitidas por la Defensoría del Pueblo”.

Ministerio del Interior, rindiendo cuentas sobre el nivel de implementación territorial de la prevención e impacto (véase art. quinto, g); y, finalmente, rendir cuentas a los órganos de control y las organizaciones sociales a través de un informe semestral.

En términos generales, estas “responsabilidades” están encaminadas a optimizar las medidas en términos de oportunidad, idoneidad y eficacia, pero en cuanto a sus obligaciones específicas están la de (i) establecer un protocolo de prevención para situaciones de riesgo (véase art. quinto, pará., a) y la de (ii) implementar medidas para la atención y la asistencia que solvete el impacto producido por las violaciones a la integridad (véase art. quinto, pará., b). Es de resaltar que dicho protocolo es de carácter individual y colectivo.

1.3.2. *El “último eslabón” de protección: una interpretación.* En la investigación que dio origen al presente texto, sistemáticamente se enviaron derechos de petición a todas las gobernaciones de los departamentos y a los alcaldes de todos los municipios capitales. Luego de pasado el término de ley que tenían las autoridades para responder al derecho fundamental de petición formal consagrado por el artículo 23 de la Constitución, la Alcaldía de Pasto fue la única administración municipal que respondió a la pregunta sobre las normas adoptadas en su nivel territorial para evitar la violencia contra los líderes sociales. Según lo determina el Decreto 1581 –fundamento del acto administrativo adoptado por el alcalde–, esta es una política de Estado para normalizar la situación creada por la dejación de armas de un grupo armado.

Ahora bien, resulta curioso que, de 66 peticiones elevadas –una por cada gobernación y cada municipio capital–, solamente se haya recibido una respuesta directa a una pregunta simple. El alcalde de Pasto dio su respuesta en el año 2019^[62], y respondió con pleno conocimiento del principio de primeros respondientes, del Decreto 2252. Asimismo, esta autoridad municipal mencionó los decretos 1581 y 660 (véase *supra*) como base para activar la “Ruta Municipal de protección y prevención de líderes y lideresas” (en adelante, la Ruta Municipal). Sin embargo, esperábamos que la respuesta promoviera dicha ruta, indicando su ubicación en un repositorio o la explicación de su estructura. Esto no fue así y no puede impartirse un juicio al mejor estilo de Hannah Arendt.

Quizá pecando por críticos, el carácter incompleto de la información suministrada obedece al respeto de las funciones propias del alcalde, aunque haya

62 Rad. PQED _ 458_2019 del 27 de febrero 2019. La respuesta tiene fecha 6 de marzo de 2019.

más principios constitucionales que permitan dar respuestas más comprometidas con los derechos humanos⁶³. No obstante, lo que más escandaliza sigue siendo aquello que está tan en el fondo y que casi ni se percibe: la definición del sujeto a proteger con la Ruta Municipal sigue el enfoque corporativo arriba denunciado (véase *supra*, 1.2). En efecto, en caso de ser los DA los beneficiados por dicha ruta, las lideresas y líderes en asuntos ambientales tendrían que pertenecer a “organizaciones y movimientos sociales y comunales”. Aun si la expresión “defensores y defensoras de derechos humanos” que sigue a la partícula “y” –copulativa– en el enunciado normativo, amplía su alcance, esta no parece muy alentadora frente el estado actual de cosas⁶⁴.

Si bien el Decreto 0365 no tendría por qué contar con definiciones –pues este es el último eslabón normativo en la protección a activistas–, no se hace ninguna precisión sobre la intención para entender la relación que existe entre conflictos ambientales y eliminación sistemática de las lideresas y los líderes sociales. Seguramente, de todo el departamento de Nariño, la ciudad de Pasto no sea la demandante en términos de gestión del riesgo de derechos humanos de los DA, pero el entusiasmo de las autoridades locales por implementar las directrices nacionales y convencionales no es palpable.

2. UNA OBLIGACIÓN PROSPECTIVA: PROTEGER A LOS DEFENSORES AMBIENTALES

En 2018, las primeras impresiones de la visita del mandato especial de la ONU fueron resumidas con la palabra “aterrador”⁶⁵ y evidenciaron la relación entre

63 Al respecto puede citarse una obligación adquirida por los alcaldes desde el año 2018. Su fuente es el artículo 2.4.1.7.2.9 del Decreto 660 y se expresa de la siguiente manera: “Medidas para la prevención y superación de la estigmatización y discriminación. *Las autoridades municipales o distritales, departamentales y del orden nacional adoptarán acciones legales, pedagógicas, comunicativas y culturales de impulso y promoción de la no estigmatización de organizaciones y comunidades en los territorios, especialmente, aquellas en situación de vulnerabilidad o discriminación como las mujeres, las comunidades étnicas, ambientales, sectores sociales LGBTI, los y las jóvenes, niños y niñas y adultos mayores, las personas con discapacidad, las minorías políticas y religiosas, para tal fin se podrán adoptar las siguientes medidas, entre otras: ...*” (resaltado fuera de texto).

64 El portal de El Tiempo, que tiene el “Mapa de los líderes sociales asesinados” (véase: <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/el-mapa-de-los-lideres-sociales-asesinados-en-colombia-184408#>, consultado el 3/5/2020), cuenta para el departamento de Nariño 28 homicidios.

65 FORST, M. *Colombia debe actuar para detener los asesinatos y ataques contra defensores*

dinámicas sociales y conflictos ambientales, además del desencuentro entre la problemática generada a partir de esta y la débil reacción institucional; así quedó consignado en la Resolución A/HRC/43/51/Add.1.

En efecto, las críticas formuladas por los DA no parecieron resolverse con la firma del AE; no solo fue descuidada la protección específica que los DA requieren, sino que el orden normativo colombiano persiste en el enfoque corporativo de la definición. Desafortunadamente, este se replica a nivel local, si tomamos el caso de Pasto, por ejemplo (véase *supra*, 1.3).

Para resolver el problema de trato indiferenciado, el artículo 9 del AE contiene una definición de DA. Cualitativamente, esta es mejor, pues propone un progreso frente a las definiciones que proporciona el Decreto 660 (véase art. 2.4.1.7.1.9) o a otras que provienen de la Resolución A/RES/53/144 de 1999, mucho más centradas en la pertenencia a un grupo que en la labor del defensor, aunque también tengan sus matices esperanzadores⁶⁶. Diversos informes de la CIDH establecen una relación directamente proporcional entre existencia de los defensores y eficacia de sus derechos⁶⁷. Al respecto, la ONU⁶⁸ afirma que esta relación cobra mayor relevancia en contextos de construcción de paz, pues se eleva el riesgo los denunciantes de conflictos ambientales.

Además, la Organización de Estados Americanos ya reconoce, oficialmente, la conexión entre ambiente y derechos humanos⁶⁹. Esto amplifica el reclamo hecho por la CIDH a los Estados parte en la Convención Americana en cuanto a la criminalización de los DA⁷⁰ ya es recurrente que se les calumnie. En

y defensoras de los derechos humanos [en línea], Nueva York, 2018 [consultado el 6 de mayo 2020], disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23968&LangID=S>

66 El hecho de mencionar organizaciones amplía la eficacia de las medidas.

67 CIDH. Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, 2006, cit., v. X-Recomendaciones, 5.

68 Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU]. A/HRC/43/51. 24 de febrero de 2019. Los defensores de los derechos humanos que operan en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, [en línea], Nueva York, 2019, para. 51; 2002, para. 101 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/43/51>

69 Organisation of American States [OAS]. OEA/Ser. PAG/RES.1819 (XXXI-O/01). 5 de junio de 2001. Resolución Derechos Humanos y Medio Ambiente [en línea]. Washington D.C., 2001 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/ago1/agres_1819.htm

70 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66. 31 de diciembre 2011 [en línea]. Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores

consecuencia, estos defensores merecen la protección especial de su labor, independientemente de si están vinculados o no un grupo u organización⁷¹; su exterminio, como fenómeno subyacente, pone en evidencia que el sistema parece estar montado sobre una lógica donde resulta más relevante una membresía que el oficio que desempeñan los defensores.

El artículo 2.4.1.7.1.3 del Decreto 660 plantea un paradigma. Es una desventaja que la “Población Sujeto” se inscriba en “comunidades y organizaciones [...] defensoras de derechos humanos en los territorios, así como sus líderes, lideresas, dirigentes, representantes y activistas”. Sobresale el punto ciego por nosotros señalado: el enfoque corporativo produce que la defensa del medio ambiente deba hacerse a través o en nombre de una organización, representando, así, un obstáculo al acceso a la justicia de los DA. Esto cuenta, en general, para lideresas y líderes sociales⁷². Una demostración de esto se produce cuando se hace pasar los crímenes cometidos contra estos por delitos comunes⁷³. Cuando la violencia ejercida sistemáticamente en su contra se hace pasar por “líos de faldas”, hurtos o riñas callejeras, resulta difícil demostrar si fue violencia contra un DA. Entonces, solamente para efectos probatorios cobra importancia su pertenencia, formal, a una organización o a un grupo.

En el imaginario colectivo, los DA deberían percibirse como paladines de la protección ambiental o, mínimo, como dinamizadores de esta. Por extensión, luego de la firma del AE, los DA deberían ser vistos como facilitadores de los derechos de acceso. Por el contrario, el enfoque de la definición en Colombia pareciera afectar negativamente su condición de “sujeto protegido”, debido al registro o membresía previa a todo ejercicio de su actividad de mediación y protección de la naturaleza⁷⁴. Aunado a esto, la poca presencia institucional

de derechos humanos en las américas. Washington D.C., 2011, par. 324 y pp. 136-146 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>

Véase, al respecto, par. 324.

71 Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. 29 de diciembre de 2017. Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos [en línea]. Washington D.C., 2017, parágrafo 21 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Proteccion-Personas-Defensoras.pdf>

72 CIDH, 2015.

73 Global Witness. “¿Enemigos del Estado?”, cit.

74 Hay problemas inherentes a los requisitos de legalidad de las formas asociativas. Están ligadas al diseño de la “protección” prevista por dicho decreto (véase 2.4.1.7.1.9, num. 10); limita la defensa y prevención a las “organizaciones y comunidades”.

en las zonas que anteriormente ocupaban los guerrilleros que dejaron las armas en 2016, dificulta que el Estado proporcione seguridad a sus ciudadanos o inclusive fiscalizar a sus propios agentes y contratistas.

En este orden de ideas, la definición adoptada en Colombia del DA debe cambiar pronto. Se debe eliminar el enfoque corporativista que exige credenciales de membresías y aceptar el reconocimiento que una comunidad hace del liderazgo ambiental del DA. Este último elemento está ceñido al estándar interamericano. Colombia ya cuenta con un precedente: los jueces ya protegieron el derecho a reclamar medidas de protección⁷⁵. Se trataba de un líder indígena, pero conforme a lo dicho por el sistema regional de protección de derechos humanos y por el artículo 9 del AE, esto debe extenderse a los DA, superando el enfoque corporativo imperante en la cultura jurídica colombiana. Esta regla de interpretación puede aplicarse a casos como el de Pasto, con un decreto municipal, el Decreto 0365, que no parece perfilarse por fuera de lo que dictan los decretos del orden nacional, como el Decreto Nacional 660.

En sentido prospectivo, la reflexión sobre la emergencia climática desde el análisis propuesto permite acercarnos a recomendaciones que están fundamentadas en la necesidad de una interpretación de las normas colombianas que regulan la protección a las lideresas y líderes ambientales. Se insiste sobre una interpretación eficaz en la medida en que es el reconocimiento a su labor la que brinda el mayor provecho de los mecanismos para luchar contra el deterioro de la naturaleza.

Entonces, respondiendo al interrogante sobre si la precaria protección a los DA es provocada por la ausencia de definición, en una norma de derecho positivo, o si –por el contrario– se debe a cuestiones políticas, nos inclinamos por la segunda opción. Hay suficientes mecanismos de protección, así como una amplia definición. Pese a esto, la respuesta institucional sigue siendo insuficiente, y es esta insuficiencia un factor que se suma al exterminio sistemático de lideresas y líderes en Colombia.

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

Existe una definición de defensor ambiental (DA) en Colombia. Estos pueden reconocerse en una tipología alternativa y no concurrente. Los DA pueden

75 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-205A de 2018, M.P.: José Antonio Lizarazo Ocampo.

ser (i) organizaciones, (ii) miembros de organizaciones y (iii) individuos cuya labor es contribuir a eliminar violaciones a los derechos al territorio y al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La tercera casilla de la tipología es el punto sobre el que Colombia debe prestar mayor nivel de atención, y es el aporte del derecho internacional de los derechos humanos.

Además, en el ejercicio de su labor, los DA cuentan con los derechos de la persona humana, pero también poseen unos derechos exclusivos. Estos son: (i) gozar de un entorno seguro, sin restricciones como amenazas e inseguridad; (ii) solicitar y obtener medidas efectivas y adecuadas tendientes a reconocer, promover y proteger sus derechos, y (iii) contar con medidas adecuadas a su situación, efectivas y oportunas tendientes a la prevención y sanción de amenazas o intimidaciones o ataques. Este último derecho representa, igualmente, una obligación estatal de investigar de dichas amenazas, intimidaciones y ataques; el Estado es el que debe desmentir, entonces, el carácter sistemático de la violencia contra los DA y asegurar garantías efectivas a sus derechos.

En el caso concreto del municipio de Pasto, en el departamento de Nariño, sur de Colombia, se espera que las autoridades asuman el compromiso con las lideresas y líderes sociales, reconociendo –cuando sea del caso– su condición de DA. Esto debe hacerse al margen de una fijación formalista por la definición con enfoque corporativo, como la que impera en nuestro país. Se espera que las autoridades locales presten más atención a la función que desempeñan los activistas que a sus credenciales; su labor es preservar la naturaleza y recordar a los actores armados y económicos el imperio del derecho, enriquecido por el derecho convencional. En consecuencia, cuando se tome una decisión para proteger la vida de un defensor de derechos humanos en asuntos ambientales, esta debe tener en cuenta que dicha labor debe valorarse por el reconocimiento de la comunidad antes de atender los formalismos de una membresía a una organización.

El proceso de construcción de paz en Colombia exige, hoy por hoy, una atención especial a la relación entre derechos humanos y el ambiente. Esto se debe a que las nuevas economías ilegales que han ido apareciendo en la etapa del post-acuerdo ven un obstáculo en los DA. Basta con constatar que los conflictos ambientales se concentran también en zona de conflicto, para entender esta situación.

Se recomienda, entonces, que en estos mapas se agreguen los delitos cometidos contra organizaciones e individuos que desarrollan labores de liderazgo ambiental. Así, puede llegar a triangularse la información, arrojando las relaciones entre crimen, crimen organizado, violaciones de derechos humanos y

violaciones particulares al derecho humano al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Proceder de esta manera permitiría mejorar el acceso a la justicia de lideresas y líderes, pero también transformaría la realidad social y nutriría las convicciones éticas de los miembros de la función pública, en cada uno de los niveles de la administración estatal. La lucha contra el cambio climático está tanto en las herramientas que sienten para combatirlo como en la voluntad política de las autoridades.

Si las normas colombianas relativas al cuidado de los DA –y de todos los activistas– definen el sujeto protegido como un miembro de una organización, las autoridades pueden ampliar su visión. Pueden entenderlos como individuos que desempeñan una labor especial de cuidado del territorio y la naturaleza. En términos más concretos, esta debe ser la información objeto del recaudo de pruebas; esta es la que permitiría el acceso a la justicia de los DA, reduciendo la impunidad y palear la emergencia climática, cuyos cuidados requieren de agentes con capacidad social transformadora.

REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU]. A/HRC/43/51, 24 de febrero de 2019.

Los defensores de los derechos humanos que operan en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos [en línea], Nueva York, 2019 [consultado el 6 de mayo 2020], disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/43/51>

Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU]. A/HRC/43/51/Add.1 [en línea], 24 de febrero de 2019. Visita a Colombia. Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos [consultado el 6 de mayo de 2020]. Nueva York, disponible: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_43_51_Add.1_S.pdf

Asociación Pro Derechos Humanos [APRODEH], Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo [CAJAR], Centro de Documentación e Información Bolivia [CEDIB] y Centro de Desarrollo Humano [CEDHU]. Informe sobre extractivismo y derechos en la Región Andina. Abusos de poder contra defensores y defensoras de los derechos humanos, del territorio y del ambiente [en línea], Bogotá, La Paz, Lima, Quito y Bruselas, CEDIB, 2018 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://cedib.org/wp-content/uploads/2018/06/INFORME-ANDINO-ÚLTIMA-VERSIÓN.pdf>

BERNAL-CAMARGO, D. R. y PADILLA-MUÑOZ, A. C. “Los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la Constitución Política

- colombiana de 1991” [en línea], en *Revista Jurídicas*, 2018, vol. 15, n.º 1, [consultado el 6 de mayo de 2020], pp. 46-64, disponible en: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas15\(1\)_4.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas15(1)_4.pdf)
- BORRÁS, S. “El derecho a defender el medio ambiente: la protección de los defensores y defensoras ambientales” [en línea], *Derecho PUC: Revista de la Facultad de Derecho*, 2013, vol. 70 [consultado el 22 de agosto de 2020], pp. 291-324, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6755>
- Brasil. Assembléia Nacional Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de octubre de 1988. *Diário Oficial*, n.º 191-A, pp. 1-32.
- BROWN, G. y YULE, G. *Discourse Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- CALDERÓN-VALENCIA, F.; ESCOBAR-SIERRA, M. y BEDOYA-TABORDA, L. F. “Defensores ambientales y ecología política en Colombia”, en DO NASCIMENTO, V. R. y LOPES SALDANHA, J. M. (comps.), *Os direitos humanos e o constitucionalismo em perspectiva: espectros da DUDH e da Constituição da República Federativa do Brasil*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2019, pp. 167-183.
- CANO, L. “Presidente, ¿y la epidemia de líderes sociales asesinados?” [en línea], en PARES-Posconflicto, Bogotá, 13 de marzo de 2020, disponible en: <https://pares.com.co/2020/03/13/presidente-y-la-epidemia-de-lideres-sociales-asesinados/>
- CASTRO BUITRAGO, E. y CALDERÓN-VALENCIA, F. “Un derecho ambiental democrático para Latinoamérica y el Caribe: los retos de la negociación del Acuerdo Regional sobre el Principio 10 de Río 92” [en línea], en *ACDI*, 2018, vol. 11, n.º 1 [consultado el 6 de mayo de 2020], pp. 159-186, disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6541>
- CAVANAGH, S. “Content analysis: concepts, methods and applications” [en línea], en *Nurse Researcher*, 1997, vol. 4, n.º 3 [consultado el 6 de mayo de 2020], pp. 5-16, DOI: 10.7748/nr.4.3.5.s2.
- Colombia. Ministerio del Interior de la República. Decreto 4100 del 2 de noviembre de 2011, “Por el cual se crea y organiza el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se modifica la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 48.241, 2011.
- Colombia. Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto (Departamento de Nariño). Decreto 0365 del 25 de octubre de 2018, “Por medio del cual se crea el Comité Territorial de

prevención en el Municipio de Pasto para la implementación de la Política Pública de Prevención de Violaciones a los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad de personas, grupos y comunidades”.

Colombia. Alcaldía Municipal de San Juan de Pasto (Departamento de Nariño). Decreto 0417 del 8 de noviembre de 2017, “Por medio del cual se crea el Comité Técnico para la ejecución, coordinación, orientación y seguimiento técnico y financiero del convenio marco interadministrativo n.º 1423 de 2018 suscrito entre la Unidad para la Atención Integral a las Víctimas y Municipio de Pasto”.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. 13 de junio de 1991. *Gaceta Constitucional*, n.º 114 del 4 de julio de 1991.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1106 del 22 de diciembre de 2006, “Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 46.490, 2006.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1421 del 21 de diciembre de 2010, “Por medio de la cual se prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006”, *Diario Oficial*, n.º 47.930, 2010.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1908 del 9 de julio de 2018, “Por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 50.649.

Colombia. Congreso de la República. Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 43.201, 1997.

Colombia. Congreso de la República. Ley 975 del 25 de julio de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, *Diario Oficial*, n.º 45.980, 2005.

Colombia. Congreso de la República. Ley 99 del 22 de diciembre de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 41.146, 1993.

- Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 3867. Estrategia de Preparación Institucional para la Paz y el Posconflicto. Bogotá, 2015.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-095 de 2016, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-205A de 2018, M.P.: José Antonio Lizarazo Ocampo.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-473 de 2018, M.P.: Alberto Rojas Ríos.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 4360-2018, M.P.: Luis Armando Tolosa.
- Colombia. Defensoría del Pueblo de Colombia. Informe Especial de Riesgo. 30 de marzo de 2017. Violencia y Amenazas contra los Líderes Sociales y los Defensores de Derechos Humanos [en línea], Bogotá, 2017 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.observatorioidetierras.org/wp-content/uploads/2017/05/INFORME-ESPECIAL-L%C3%84DDERES-30-03-17-I.pdf>
- Colombia. Defensoría del Pueblo. Alerta Temprana n.º 26-18, 2 de marzo de 2018.
- Colombia. Fiscalía General de la Nación. Boletín n.º 23336 de 2018. 6 de julio de 2018. Los líderes sociales están siendo asesinados preponderantemente en los territorios donde operan ejércitos del narcotráfico [en línea], Bogotá, 2018 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/los-lideres-sociales-estan-siendo-asesinados-preponderantemente-en-los-territorios-donde-operan-ejercitos-del-narcotrafico/>
- Colombia. Fiscalía General de la Nación. Boletín n.º 25206 del 10 de enero de 2019. Fiscalía presenta el informe de las rentas criminales de las desmovilizadas Farc y el recuento histórico de la victimización a líderes sociales por parte de agentes del Estado [en línea], Bogotá, 2019 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-presenta-el-informe-de-las-rentas-criminales-de-las-desmovilizadas-farc-y-el-recuento-historico-de-la-victimizacion-a-lideres-sociales-por-parte-de-agentes-del-estado/>

Colombia. Gobierno Nacional y FARC-EP. Acuerdo de Paz. 24 de noviembre de 2016. Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Bogotá, 2016.

Colombia. Ministerio del Interior. Decreto 4912 del 26 de diciembre de 2011, “Por el cual se organiza el Programa de Prevención y Protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de personas, grupos y comunidades del Ministerio del Interior y de la Unidad Nacional de Protección”, *Diario Oficial*, n.º 48294, 2011.

Colombia. Ministerio del Interior. Resolución 0805 del 14 de mayo de 2012. Bogotá, 2012.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2137 del 19 de noviembre de 2018, “Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para el desarrollo del Plan de Acción Oportuna (PAO) de Prevención y Protección individual y colectiva de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de defensores de derechos humanos, líderes sociales, comunales, y periodistas - Comisión del Plan de Acción Oportuna (PAO) para defensores de derechos humanos, líderes sociales, comunales, y periodistas”, *Diario Oficial*, n.º 50.782, 2018.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1225 del 12 de junio de 2012, “Por el cual se modifica y adiciona parcialmente el Decreto 4912 del 26 de diciembre de 2011”, *Diario Oficial*, n.º 48459, 2012.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1581 del 28 de junio de 2017, “Por el cual se adiciona el Título 3 a la Parte 4, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para adoptar la política pública de prevención de violaciones a los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad de personas, grupos y comunidades, y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 50.370, 2017.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1740 del 19 de mayo de 2010, “Por el cual se reglamenta el artículo 81 de la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 47.714, 2010.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2124 del 18 de diciembre de 2017, “Por el cual se reglamenta el sistema de prevención y alerta para la reacción rápida a la presencia, acciones y/o actividades de las organizaciones, hechos y conductas criminales que pongan en riesgo los derechos de la población y la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, *Diario Oficial*, n.º 50.451, 2017.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2252 del 29 de diciembre de 2017, “Por el cual se adiciona el Capítulo 6, del Título 1, de la Parte 4, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, sobre la labor de gobernadores y alcaldes como agentes del Presidente de la República en relación con la protección individual y colectiva de líderes y lideresas de organizaciones y movimientos sociales y comunales, y defensores y defensoras de derechos humanos que se encuentren en situación de riesgo”, *Diario Oficial*, n.º 50.461, 2017.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 250 del 8 de febrero de 2005, “Por el cual se expide el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 45.816, 2005.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2780 del 3 de agosto de 2010, “Por el cual se crea y reglamenta la Comisión Intersectorial de Alertas Tempranas (CIAT)”, *Diario Oficial*, n.º 47.790, 2010.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4065 del 31 de octubre de 2011, “Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura”, *Diario Oficial*, n.º 48.239, 2011.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto 660 del 17 de abril de 2018, “Por el cual se adiciona el Capítulo 7, del Título 1, de la Parte 4, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para crear y reglamentar el Programa Integral de Seguridad y Protección para Comunidades y Organizaciones en los Territorios; y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 50.567, 2018.

Colombia. Presidencia de la República. Decreto-Ley 898 del 29 de mayo de 2017, “Por el cual se crea al interior de la Fiscalía General de la Nación la Unidad Especial de Investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, que atentan contra defensores/as de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos o que amenacen o atenten contra las personas que participen en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz, incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesoras del paramilitarismo y sus redes de apoyo, en cumplimiento a lo dispuesto en el Punto 3.4.4 del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, se determinan lineamientos básicos para su conformación y, en consecuencia, se modifica parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, la planta de cargos de la entidad y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 50248, 2017.

Colombia. Procuraduría General de la Nación. Directiva 002 del 14 de junio 2017, Lineamientos para la protección efectiva de los derechos de los defensores y defensoras de derechos humanos, y sus organizaciones, integrantes de los movimientos sociales, movimientos políticos, y lideresas y líderes políticos y sociales, y sus organizaciones, y a los que en esta condición participen activamente en la implementación de Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, Bogotá, 2017.

Colombia. Procuraduría General de la Nación. Directiva 012 del 15 de julio de 2010. Directrices para garantizar el derecho de los defensores y defensoras de derechos humanos a ejercer su labor, Bogotá, 2010.

Colombia. Procuraduría General de la Nación. Resolución 132 del 30 de abril de 2014. Por medio de la cual se establece un nuevo enfoque, principios, lineamientos para el ejercicio de la función preventiva a cargo de la Procuraduría General de la Nación, se modifica y fortalece el Sistema Integral de Prevención, y se dictan otras disposiciones, Bogotá, 2014.

Colprensa. ¿Cómo detener el asesinato de líderes sociales en el país?, este es el plan del Gobierno [en línea], en El País, Bogotá, 13 de enero de 2019 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://m.elpais.com.co/politica/como-detener-el-asesinato-de-lideres-sociales-en-el-pais-este-es-el-plan-del-gobierno.html>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. Acuerdo de Escazú [en línea]. 4 de marzo de 2018. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Costa Rica, 2018 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], decisión de Santiago [en línea]. 10 de noviembre de 2014. Cuarta Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la Aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile, 2014 [consultado el 6 de mayo 2020], disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37213/S1420708_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. LC/L.4059(CNPIO.2/4) [en línea]. 22 de enero de 2017. Texto compilado por la Mesa Directiva que incluye las propuestas de texto de los países relativas al documento preliminar del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. Octava versión. Santiago de

Chile, 2017 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39050/S1800065_es.pdf?sequence=37&isAllowed=y

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II.124 [en línea]. 7 de marzo de 2006. Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. San José de Costa Rica, 2006 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensorescap9-10.htm#RECOMENDACIONES>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, 31 de diciembre 2011 [en línea]. 31 de diciembre de 2011. Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas. Washington D.C., 2011 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. 31 de diciembre de 2015. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. Washington D.C., 2015 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industrialsextractivas2016.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. 31 de diciembre de 2015. Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos [en línea]. Washington D.C., 2015 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/criminalizacion2016.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. 29 diciembre 2017. Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos [en línea]. Washington D.C., 2017 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Proteccion-Personas-Defensoras.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II.171. 12 de febrero de 2019. Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos [en línea]. Washington D.C., 2019 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. 6 de diciembre de 2019. Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos [en línea]. Washington D.C., 2019 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 262. 6 de diciembre de 2019. Personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia [en línea]. Washington D.C., 2019 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DefensoresColombia.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5. 24 de febrero de 2020. Informe Anual 2019 de la CIDH [en línea]. Washington D.C., 2020 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/indice.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Resolución n.º 1/2020 10 de abril de 2020. Pandemia y derechos humanos en las Américas [en línea]. Washington D.C., 2020 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

Corte IDH. Caso Luna López vs. Honduras. Sentencia del 10 de octubre de 2013, Serie C. n.º 269. Fondo, Reparaciones y Costas. San José de Costa Rica, 2013.

Corte IDH. OC-23 de 2017. 15 de noviembre de 2017. Opinión Consultiva solicitada por la República de Colombia. San José de Costa Rica, 2017.

FORST, M. Colombia debe actuar para detener los asesinatos y ataques contra defensores y defensoras de los derechos humanos [en línea]. New York, 2018 [consultado el 6 de mayo 2020], disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23968&LangID=S>

FORST, M. Visita a Colombia, 20 de noviembre al 3 de diciembre de 2018 [en línea]. 3 de diciembre 2018. Nueva York, 2018 [consultado el 6 de mayo 2018], disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/n.%s/Defenders/StatementVisitColombia3Dec2018_SP.pdf

Global Witness. “Defenders of the Earth. Global killings of land and environmental defenders in 2016”, en *Global Witness*, London, 2017.

Global Witness. “¿Enemigos del Estado? De cómo los gobiernos y las empresas silencian a las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente” [en línea], en *Global Witness*, Londres, 2019 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.globalwitness.org/es/campaigns/environmental-activists/enemigos-del-estado/>

GRANDI, R. *Texto y contexto en los medios de comunicación: análisis de la información, publicidad, entretenimiento y su consumo*, Barcelona, Bosch, 1995.

Instituto de Estudios del Ministerio Público [IEMP]. Violencia sistemática contra defensores de derechos territoriales en Colombia [en línea]. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2018 [consultado el 6 de mayo 2020], disponible en: https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/180710_Violencia_sistematica-contra_defensores-derechos-territoriales.pdf

Instituto de Estudios para el Desarrollo [INDEPAZ], Cumbre Agraria y Coordinación Social y Política Marcha Patriótica. Todos los nombres, todos los rostros: Informe de Derechos Humanos sobre la situación de líderes/as y defensores de derechos humanos en los territorios [en línea]. Bogotá, INDEPAZ, 2018 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2018/11/Separata-de-actualización-de-INFORME-ESPECIAL-Todos-los-nombres-todos-los-rostros.-19-de-noviembre-2018-2.pdf>

International Service for Human Rights [ISHR]. Ley Modelo para el Reconocimiento y la Protección de las Personas Defensoras de Derechos Humanos [en línea]. Santiago de Chile, ISHR, 2017 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: https://www.ishr.ch/sites/default/files/documents/model_law_spanish_january2017_screen-version.pdf

KNOX, J. H. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible [en línea]. Nueva York, UN, 2018 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/231/07/PDF/N1823107.pdf?OpenElement>

ONU. In A/71/281. 3 de agosto de 2016. Situación de los defensores de los derechos humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Sr. Michel Forst. New York, 2016.

Organisation of American States [OAS]. OEA/Ser. PAG/RES.1819 (XXXI-O/01). 5 de junio 2001. Resolución Derechos Humanos y Medio Ambiente [en línea]. Washington D.C., 2001 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/ago1/agres_1819.htm

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. Convenio n.º 169 de 1989. 27 de junio 1989. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [en línea]. Washington D.C., 1989 [consultado el 6 de mayo de 2020], disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

OST, F. y VAN DE KERCHOVE, M. “De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit” [en línea], en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003, vol. 55, n.º 3 [consultado el 6 de mayo 2020], pp. 730-742, disponible en: www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2003_num_55_3_18997

United Nations [UN]. Resolution A/RES/53/144. 8 de marzo de 1999. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. New York, 1999.

WODAK, RUTH. “What CDA is about - a summary of its history, important concepts and its developments”, en WODAK, RUTH y MEYER, MICHAEL (comps.), *Methods of Critical Discourse Analysis*, Londres y New Delhi, Thousand Oaks y Sage, 2001, pp. 1-13.

TERCERA PARTE
ESTRATEGIAS Y MEDIOS PARA LA TRANSFORMACIÓN

MARÍA CAMILA MEDINA GARCÍA*

CAPÍTULO I

*Nuevos horizontes para la protección del medio ambiente
en conflictos armados no internacionales*

*New Prospects to the Protection of the Environment
in Non-International Armed Conflicts*

RESUMEN

El presente artículo busca demostrar que los conflictos armados tienen incidencia en la emergencia climática y cómo la falta de protección del medio ambiente en conflictos no internacionales hace que sus diferentes actores no tengan claros los mínimos de precaución y prevención a la hora de desarrollar una operación militar que pueda afectar ecosistemas estratégicos y a comunidades de civiles, especialmente, grupos étnicos y rurales, que poseen conocimientos ancestrales de sus territorios. Para esto, se propone una integración sistémica de normas de derecho internacional humanitario y de costumbres y nuevas muestras de conciencia internacional en materia de protección del medio ambiente, a través del caso 002 de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia.

Palabras clave: conflicto armado no internacional, medio ambiente, ecosistemas estratégicos, umbral de daño, integración.

ABSTRACT

The international humanitarian law (IHL) regime is challenged by the climate change, especially, because of the environmental damage that have place in major biodiverse spots. Those places are inhabited by local communities that can contribute to the sustainable development. The aim pursued by this paper is showing why is important to do a new interpretation of international humanitarian law norms, given the lack of environmental protection in non-international armed conflicts. Systemic integration could be an alternative to deal with the lack of regulation in IHL, using few consuetudinary principles of environmental law, as new examples of dictates of public conscience, based on the case 002 (Special Jurisdiction for Peace [Colombia]).

Keywords: non-international armed conflict, environmental protection, biodiverse spots, integration.

* Docente-investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Con máster avanzado en Ciencias Jurídicas de la Universitat Pompeu Fabra, es abogada. Contacto: maria.medina@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0002-6922-9351.

INTRODUCCIÓN

El respeto del medio ambiente en tiempos de conflicto es un reto que los Estados y otros actores deben encarar con la mayor prevención y precaución posible, para permitir un mejor desarrollo de la vida en la Tierra, a partir de la protección y el respeto de ecosistemas estratégicos y de comunidades de civiles que poseen conocimientos ancestrales de estos territorios. Lo anterior corresponde a un gran mensaje jurídico y político para un mejor desarrollo de condiciones de vida de presentes y futuras generaciones, desde el punto de vista de la consolidación de la paz, el fortalecimiento de las economías en tiempos de conflicto y/o transición, y la preservación de la vida de especies no humanas.

El medio ambiente es una víctima cada vez menos silenciosa de los conflictos armados. Desde el derecho internacional humanitario (DIH), la comunidad internacional ha buscado fórmulas que procuren la protección del medio ambiente natural ante los daños directos o incidentales que pueda sufrir en el desarrollo de un conflicto.

Existen diversas formas de protección: directas e indirectas. Estas últimas no protegen al medio ambiente en sí mismo, sino que regulan el uso de algunos medios y métodos de combate que pueden tener incidencia en el equilibrio ambiental; previenen que el medio ambiente sea un medio o método de combate o buscan establecer responsabilidades penales individuales por daño ambiental en contextos de conflicto¹.

El objetivo de este capítulo es demostrar, a partir de un análisis cualitativo, que las normas de DIH existentes no aseguran una protección efectiva del medio ambiente en contextos de conflicto armado no internacional. Se expone la interpretación de la Jurisdicción Especial para la Paz como un ejemplo de lectura de la Cláusula Martens y, de esta forma, como un nuevo dictamen de

1 VOLGERFANGER, ALAN. “Derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental, una relación todavía verde”, en LUTERSTEIN, NATALIA M. y BUIS, EMILIANO J. (eds.), *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional*, Colección Serie Académica Sempiterna, vol. I, 2016, p. 95. En el primer grupo encontramos dos instrumentos internacionales: la “Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles” (ENMOD) y los artículos 35.3 y 55 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977).

conciencia pública en materia de protección de ecosistemas afectados por las hostilidades.

Para esto, se hace un breve recorrido por la relación cada vez más estrecha entre conflictos, medio ambiente y emergencia climática; posteriormente se plantean los principales problemas de las disposiciones del “Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales”, de 1977 (en adelante, PA I); y por último, se hace una aproximación a la integración de nuevas prácticas en materia de tratamiento al medio ambiente en contextos de conflicto, que pueden contribuir a interpretaciones más acertadas, de acuerdo al contexto mundial actual.

I. CONFLICTOS ARMADOS Y MEDIO AMBIENTE

Los conflictos armados siempre han tenido incidencia en el medio ambiente natural, pues las operaciones militares dejan huellas –a veces casi irreparables– en ecosistemas, fuentes de agua, suelos y en el curso de la vida silvestre². Pensemos, por ejemplo, en los efectos de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial con los que aún conviven territorios afectados por esos conflictos bélicos, pues todavía hay presencia de minas antipersonal y municiones sin estallar³.

El cambio o emergencia climática nos invita a pensar en nuestras dinámicas sociales, que incluyen la forma en la cual gestionamos los conflictos. Alrededor del 80% de los principales conflictos armados entre 1950 y 2000 tuvieron lugar en puntos de gran biodiversidad, que albergan al menos la mitad de plantas y especies raras de animales⁴.

De este modo, los devastadores impactos humanitarios y ambientales del conflicto se incrementan, pues estos aumentan la vulnerabilidad al cambio o

2 DÍAZ SANTIS, BÁRBARA. *La ambientalización del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 88.

3 *Ibid.*, p. 100.

4 HANSON, THOR *et al.* “Warfare in Biodiversity Hotspots”, *Conservation Biology*, 23 (3), 2009, pp. 578-587, citado en International Committee of the Red Cross. *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts: Recommitting to Protection in Armed Conflict on the 70th Anniversary of the Geneva Conventions Report*, 2019, p. 68.

emergencia climática por varios factores: el daño a los recursos naturales, la infraestructura y la posibilidad de obtener medios de subsistencia⁵.

A su vez, el conflicto y el deterioro del medio ambiente tienen relación directa: el daño ambiental puede ser causa de nuevos conflictos⁶. Esta nueva conflictividad se puede generar por los riesgos que genera el cambio climático, como la pobreza, las crisis económicas o el aumento del desplazamiento⁷. Muestra de lo anterior es que el 32% de los conflictos armados en 2019 tuvieron como factor determinante luchas por recursos y territorio⁸.

La comunidad internacional ha tenido una preocupación formal por el impacto ambiental de los conflictos a raíz de efectos nefastos de agentes químicos durante el siglo XX, particularmente, los daños ambientales producidos por el uso del agente naranja y otros herbicidas durante Guerra de Vietnam (1955-1975)⁹.

A pesar de estas experiencias, tan solo en 2019 se contabilizaron 34 conflictos armados, de los cuales el 6% fueron conflictos internacionales, el 82% fueron conflictos armados internos internacionalizados y el 12% fueron conflictos internos¹⁰. Dentro de este porcentaje se encuentra el caso colombiano. En un Estado con un territorio caracterizado por la biodiversidad y la abundancia de recursos naturales, los actores del conflicto han recurrido a métodos como “la voladura de oleoductos, la contaminación de acueductos, la tala indiscriminada, la extracción de minerales [o] la alteración del cauce de los ríos”¹¹, con lo cual se amenaza la existencia de especies de fauna y flora, y la contaminación de fuentes de agua¹².

5 IPCC. *Cambio climático 2014: impactos, adaptación y vulnerabilidad – Resumen para responsables de políticas*, 2014, p. 8.

6 GONZÁLEZ BARRAL, JUAN CARLOS. “La protección del medio ambiente en caso de conflicto armado”, en RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, JOSÉ LUIS y PÉREZ GONZÁLEZ, MANUEL (coords.), *Derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 914.

7 DÍAZ SANTIS. *La ambientalización del derecho internacional humanitario*, cit., p. 86.

8 Escola de Cultura de Pau. *Alerta 2020! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Barcelona, Icaria, 2020, p. 27.

9 BOTHE, MICHAEL *et al.* “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 879, 2010, p. 324.

10 Escola de Cultura de Pau. *Alerta 2020!*, cit., p. 9.

11 GMH. *¡Basta Ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013, p. 277.

12 *Ibid.*

TABLA I. CONFLICTOS ARMADOS EN 2019

África (16)	Asia (9)	Oriente Medio (6)	Europa (2)	América (1)
Argelia Burundi Camerún (Ambazonia/North West y South West) Libia Mozambique Región Lago Chad RCA RDC (este) RDC (este-ADF) RDC (Kasai)** Sahel Occidental Somalia Sudán (Darfur) Sudán (Kordofán Sur y Nilo Azul) Sudán del Sur	Afganistán Filipinas (NPA)** Filipinas (Mindanao) India (Jummu y Cachemira) India (CPI-M)** Myanmar Pakistán Pakistán (Baluchistán) Tailandia (sur)	Egipto (Sinaí) Iraq Israel-Palestina Siria Yemen (al- houthistas) Yemen (AQPA)	Turquía (sudeste) Ucrania	Colombia**

** Conflictos armados no internacionales.

Fuente: Escola de Cultura de Pau. *Alerta 2020! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Barcelona, Icaria, 2020, p. 11.

La comunidad internacional ha mostrado su preocupación por las consecuencias de la guerra a través de diferentes instrumentos, especialmente de *soft law*, como la Declaración de Estocolmo (1972) y la Declaración de Río (1992). En la primera, se hizo un llamado de atención a los Estados para desarrollar normas sobre responsabilidad por el daño ambiental¹³; de igual forma, se resaltó la necesidad de eliminar y destruir por completo las armas nucleares¹⁴.

En la Declaración de Río se hace un llamado más explícito, desde el discurso del desarrollo sostenible. Así, se invita a los Estados a “respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario”¹⁵.

13 Declaración de la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo) de 1972, principio 22.

14 *Ibíd.*, principio 26.

15 Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, principio 24.

De igual modo, en el informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre protección de los civiles en los conflictos armados se resalta que las consecuencias ambientales de los conflictos armados pueden contribuir al cambio climático. De ahí la importancia de implementar medidas de promoción y aplicación del DIH¹⁶.

Estas normas de protección al medio ambiente en tiempo de conflicto armado tienen una antigüedad considerable en el derecho internacional. Estas son las normas de DIH, que se aplican bajo la regla de *lex specialis*. Por tal razón, será necesario determinar cómo se protege al medio ambiente natural en este régimen, y cuál es su grado de eficacia, especialmente, en países con conflictos no internacionales, como el colombiano.

2. EL DIH COMO *LEX SPECIALIS*

Los conflictos armados del siglo XX, especialmente la Guerra de Vietnam, despertaron una preocupación particular de la comunidad internacional por proteger el medio ambiente natural de los efectos devastadores de la guerra, de manera directa. En el régimen del DIH, este interés se reflejó en la Declaración de la XXII Conferencia Internacional del Comité Internacional de la Cruz Roja, donde se resaltó la importancia de proteger el medio ambiente como bien indispensable para la protección civil¹⁷.

El resultado de esta preocupación se materializó en 1977, tras la aprobación de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, particularmente, en el Protocolo I. En este instrumento se incluyeron dos normas que protegen de manera directa el medio ambiente¹⁸: el artículo 35.3, donde se prohíbe el uso de medios o métodos de guerra que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, y el artículo 55, que reitera la prohibición del artículo 35 e incluye una relación entre daño ambiental y salud o supervivencia de la población civil.

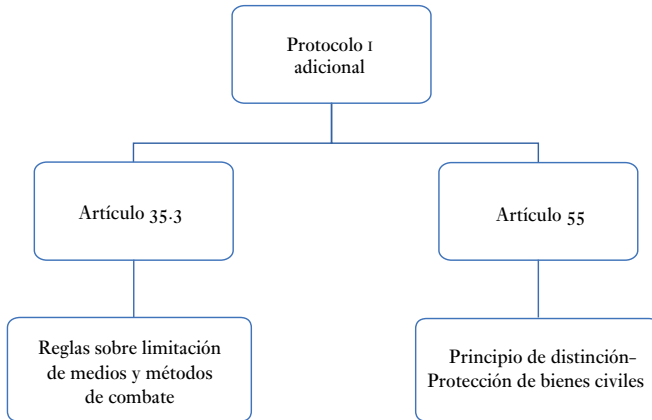
16 Organización de Naciones Unidas [ONU]. La protección de los civiles en los conflictos armados. Informe del Secretario General, 2020. Documento S/2020/366, párr. 44.

17 GONZÁLEZ BARRAL. “La protección del medio ambiente en caso de conflicto armado”, cit., p. 922.

18 Algunos sectores de la doctrina destacan el artículo 52 del mismo instrumento, que establece la protección general a bienes de carácter civil, toda vez que el medio ambiente natural se considera un bien de carácter civil.

Prima facie, los artículos parecieran tener contenidos iguales. Sin embargo, la protección que consagran tiene como fundamento dos principios diferentes. El artículo 35.3 contiene una protección general del medio ambiente natural sobre la base de la prohibición del uso de medios y métodos de combate que causen daños extensos, graves y duraderos, mientras que el artículo 55 protege el medio ambiente como un bien de carácter civil, es decir, su fundamento es el principio de distinción.

FIGURA 1. DISTINCIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN DIRECTA DEL MEDIO AMBIENTE EN EL PROTOCOLO I ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA, 1977



Fuente: elaboración propia.

El inicio del artículo 55 insiste en que en la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves, lo cual equivale a un “recordatorio duradero del reconocimiento de que la humanidad debe seguir protegiendo el medio ambiente durante los conflictos armados”¹⁹, que permitiría proteger el medio ambiente de amenazas emergentes como los efectos contaminantes de ciertas armas e infraestructuras²⁰.

A partir de la interpretación de estas normas se ha dicho que el medio ambiente comprendería todo aquello que existe u ocurre sin la acción del ser humano, como la hidrosfera, la geosfera y la atmósfera; dentro de la última

19 HULME, KAREN. “Proteger el medio ambiente contra los daños: ¿una obligación ineficaz?”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2010, n.º 879, p. 350.

20 *Ibid.*, p. 348.

se ubicarían la fauna, la flora, los océanos y demás cuerpos de agua, el suelo y las rocas²¹.

A continuación expondremos algunas de las razones por las cuales la aplicación de normas previstas en los convenios y protocolos adicionales resulta ineficaz. Esto constituye un reto a modo de prospectiva, pues, dadas las altas cifras de conflictos señaladas con anterioridad, se requieren normas humanitarias capaces de responder a los desafíos ambientales —más allá de la prohibición de los daños superfluos— que son una de las prioridades de la agenda global²², y en particular, del Comité Internacional de la Cruz Roja²³.

EXIGENCIA DEL DAÑO QUE SE REQUIERE: ¿EXTENSO, GRAVE Y DURADERO?

El PA I exige que el daño al medio ambiente sea extenso, grave y duradero. El primer problema es que los requisitos del daño son acumulativos, por lo cual no es suficiente que se produzca uno de los tres supuestos²⁴. Por otra parte, existe un problema de vaguedad y ambigüedad, toda vez que no hay consenso sobre el alcance y contenido de la extensión del daño, sobre qué se considera grave y qué se considera duradero.

En cuanto al primer problema, existe un problema de aplicación que deriva en una ineficacia material: no es fácil sancionar a los actores responsables del daño ambiental, incluso cuando este representa afectaciones graves en un territorio concreto, y a un grupo amplio de civiles con características sociales particulares, como indígenas y comunidades étnicas que habitan ecosistemas ricos en biodiversidad, por ejemplo, el pueblo Awá y el Pacífico colombiano²⁵.

21 International Committee of the Red Cross. *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, cit., p. 67.

22 El asunto es tan urgente que en 2020 el Comité Internacional de la Cruz Roja publicará directrices actualizadas para la protección del medio ambiente natural en situaciones de conflicto armado. Véase Organización de Naciones Unidas [ONU]. La protección de los civiles en los conflictos armados. Informe del Secretario General, 2020. Documento S/2020/366, párr. 43.

23 ICRC. 31st International Conference of the Red Cross and the Red Crescent. Strengthening legal protection for victims of armed conflicts (Draft Resolution), 2011. Document 31IC/11/5.1.1, p. 18.

24 BOTHE *et al.* “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados”, cit., plantean algunos escenarios hipotéticos interesantes sobre estos debates.

25 Jurisdicción Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y

Si bien un daño puede ser extenso y duradero, o grave y duradero, es casi imposible que se cumplan los tres requisitos.

A lo anterior se suman dudas en cuanto al significado de los términos “extenso, grave y duradero”. Los términos han generado controversias, por no saberse con certeza a qué se hace referencia con la extensión del daño: por una parte, se entiende ‘extensión’ como los metros o kilómetros cuadrados afectados por un daño determinado²⁶, y por otra, se asocia con la extensión de los efectos en el tiempo, bajo la consideración de que el daño debe causar consecuencias durante varias décadas²⁷.

Las interpretaciones autorizadas han sugerido que se debe evaluar el contenido de los términos a la luz de la casuística, atendiendo a una evaluación de la escala y la cuantificación del daño²⁸.

Estos problemas abrirían la puerta a los Estados y demás actores para justificar sus operaciones según su entendimiento de los términos a la luz de la ventaja militar concreta y directa. Así, los manuales militares, las reglas operacionales y las decisiones judiciales tendrían un amplio margen de interpretación, que podría implicar una reducción considerable de protección del medio ambiente.

Junto a las dificultades que supone alcanzar el umbral del daño se ha analizado la posibilidad de ampliar la protección a través del principio de distinción, bajo el presupuesto de que el medio ambiente natural sería un bien de carácter civil. Esto, sin embargo, también resulta de difícil aplicación, porque es fácil que elementos del medio ambiente se transformen en objetivos militares²⁹, y con ello, que sea legítimo su ataque, dentro del respeto de otros principios fundantes del DIH como los de precaución en el ataque, proporcionalidad y humanidad.

Incluso, bajo la perspectiva de estos principios, no hay claridad sobre el grado de protección que se da al medio ambiente ante daños directos o

Determinación de los Hechos y Conductas. Auto SRVBIT – 079, 12 de noviembre de 2019. Este caso se abordará con mayor profundidad en el último acápite de este trabajo.

26 *Ibíd.*

27 BOTHE *et al.* “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados”, cit., p. 328.

28 HULME. “Proteger el medio ambiente contra los daños”, cit., p. 356.

29 *Ibíd.*, p. 329.

colaterales, toda vez que no sería posible determinar la extensión y la duración del daño colateral dentro de la lógica del principio de precaución³⁰.

Todos los problemas enunciados se reproducen a su vez en otras disposiciones como el artículo 8.2.b.iv del Estatuto de Roma:

... 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

[...]

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

[...]

iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea³¹.

Esta disposición reproduce los requisitos acumulativos que debe tener el daño al medio ambiente, previstos en el PA I, con lo cual se traslada el problema del umbral de daño al escenario de las responsabilidades penales individuales en la jurisdicción internacional. No obstante, el mayor problema del Estatuto de Roma es que eleva aún más los requisitos para que un daño –directo o incidental– se considere un crimen de guerra o una infracción al DIH, pues permite que el daño se produzca siempre que no sea excesivo con respecto a la ventaja militar concreta y directa³².

Esto significa que a pesar de cumplirse los difíciles requisitos previstos en los artículos 35.3 y 55 del PA I, el daño ambiental no sería considerado como

³⁰ *Ibid.*, p. 331.

³¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Documento A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux* del 10 de noviembre de 1998, el 12 de julio de 1999, el 30 de noviembre de 1999, el 8 de mayo de 2000, el 17 de enero de 2001 y el 16 de enero de 2002.

³² DINSTEN, YORAM. “Protection of environment in international armed conflict”, *Max Planck Yearbook of United Nations*, vol. 5, 2001, p. 536.

crimen si se ajusta a los criterios del principio de precaución, lo que supone un punto de quiebre con el instrumento mencionado, pues este no tiene en cuenta los criterios de necesidad militar y ventaja para reconocer la existencia de un daño al medio ambiente³³.

El anterior sería un punto de partida para empezar a pensar en una protección más eficaz, al menos, para ecosistemas estratégicos no habitados, o habitados por comunidades indígenas o étnicas, que poseen conocimientos y relaciones especiales con determinados territorios, como es el caso del *Katsa Su* y los pueblos indígenas del Cauca³⁴.

¿Y LOS CONFLICTOS NO INTERNACIONALES?

A estos problemas se suma una limitación en el ámbito de aplicación: las disposiciones que estudiamos son aplicables solamente en conflictos de carácter internacional. La razón de esta laguna radica en el rechazo a una propuesta para introducir disposiciones análogas a las del Protocolo I en el Protocolo II³⁵. Estas fallas se han advertido incluso en el seno de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, donde se ha resaltado que la protección del medio ambiente no es un asunto exclusivo del derecho internacional del medio ambiente, sino que compete al DIH, en situaciones de conflicto internacional y no internacional, en aras de velar por el bienestar de las generaciones presentes y futuras³⁶.

Cabe resaltar que en las décadas de 1980 y 1990 se produjeron daños ambientales por el uso de sustancias químicas similares al agente naranja en Guatemala; el uso de napalm y fósforo blanco en el conflicto salvadoreño³⁷, o los vertimientos de crudo y la destrucción o deterioro de ecosistemas en el caso colombiano. A lo anterior se suma el porcentaje de conflictos armados no internacionales en el mundo, al menos hasta finales de 2019, que mencionamos

33 *Ibíd.*; VOLGERFANGER. “Derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental”, cit., p. 95.

34 Auto SRVBIT – 079, cit., párr. 75 ss.

35 BOUVIER, ANTOINE. La protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1991, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlqf.htm>. Consultado el 16 de junio de 2020.

36 ICRC. 31st Conference, cit., p. 19.

37 WYATT, JULIAN. “Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, 2010, vol. 92, n.º 879, p. 612.

en el acápite anterior. Este contexto muestra la importancia de aclarar el nivel de protección con el que cuenta el medio ambiente natural en el DIH.

Podría pensarse que la laguna de protección directa del medio ambiente natural en el PA II cabría suplirla con la aplicación e interpretación del DIH consuetudinario o con la incorporación de una protección similar a la del PA I en normas de derecho interno. A continuación expondremos algunas razones por las que estas opciones también resultan insuficientes para proteger el medio ambiente en tiempo de conflictos armados no internacionales.

En el primer escenario, se esperaría que el medio ambiente contara con una protección directa, independiente de las normas sobre conducción de hostilidades, en términos similares al artículo 35.3, al margen de sus problemas de interpretación. Sin embargo, las costumbres recogidas por el CICR solo protegen el medio ambiente a la luz de las normas de conducción de hostilidades, bajo la premisa de no emplear “métodos o medios de guerra concebidos para causar, o de los cuales quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”³⁸.

Esta norma se considera costumbre solo en conflictos internacionales, de modo que los conflictos no internacionales quedarían desprovistos de protección por esta vía³⁹. En este punto, existe cierta expectativa sobre la nueva interpretación que realice el CICR en las Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares, prevista para 2020^[40]. La única objeción sobre este punto es el grado de eficacia que pueda tener la reinterpretación de estas normas en casos de grupos armados organizados, que escapan de la esfera del control de los Estados.

La reinterpretación de las normas debe ser sumamente cuidadosa, puesto que el escenario ideal sería no reproducir los dilemas que tiene la redacción de las normas del PA I, especialmente, la protección que se otorga con el artículo 55. Seguir la lógica de los principios de la conducción de hostilidades, particularmente el de distinción⁴¹, resulta problemático, puesto que en el

38 HENCKAERTS, JEAN MARIE y DOSWALD-BECK, LOUISE. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, *Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 168.

39 *Ibíd.*, p. 174.

40 ONU. *La protección de los civiles en los conflictos armados*, cit., párr. 43.

41 HENCKAERTS y DOSWALD-BECK. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, cit., pp. 159-160.

desarrollo de operaciones resulta fácil dejar de considerar el medio ambiente como bien civil si el adversario está obteniendo con su uso ventaja militar concreta y directa.

En efecto, en un escenario donde se aduzca necesidad militar imperiosa, el medio ambiente perdería su protección como bien civil, por lo cual la protección contra el daño directo o incidental residiría de manera casi exclusiva en el principio de proporcionalidad, es decir, los efectos incidentales del ataque no deberían superar la ventaja militar prevista en un ataque a un objetivo militar legítimo⁴². Una vez más, no se tiene en cuenta un umbral mínimo del daño, y se deja al medio ambiente al arbitrio de necesidades militares, que justificarían daños directos o incidentales con efectos a mediano o largo plazo, pero permitidos jurídicamente.

De acuerdo a lo anterior, las normas humanitarias consuetudinarias no son una fuente de derecho internacional que permita hablar de la existencia de protección, al menos indirecta, del medio ambiente natural en el marco de conflictos armados no internacionales, lo cual constituye un gran problema para contar con mecanismos formales, de cara a proteger ecosistemas estratégicos y, con ello, el bienestar de las comunidades –muchas de ellas étnicas o rurales, como es el caso de los 32 cabildos Awá, reconocidos como víctimas en el caso 002 de la Jurisdicción Especial para la Paz.

Esta primera revisión nos llevaría a pensar en la alternativa de incorporar normas convencionales en el derecho interno, como en efecto lo ha hecho Colombia en su legislación punitiva. Es así como en el Código Penal se tipifica la destrucción del medio ambiente como delito contra personas y bienes protegidos por el DIH en los mismos términos del PA I:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, emplee métodos o medios concebidos para causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses, multa de seis mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (6.666.66) a cuarenta y cinco mil (45.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses⁴³.

42 *Ibíd.*

43 Colombia. Código Penal. Ley 599 del 24 de junio de 2000, artículo 164.

Los lectores podrían notar que la reproducción de este contenido traslada al derecho interno los mismos problemas sobre la acumulación de las características del daño y la vaguedad de los términos “extensos, duraderos y graves”, y con ello, los mismos problemas de efectividad en la protección del medio ambiente en contextos de conflicto. Así pues, los graves daños ambientales se imputarían como otras conductas tipificadas como delitos contra el DIH, pero no existiría una protección directa al medio ambiente.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el DIH como *lex specialis* tiene una protección baja del medio ambiente en tiempo de conflicto armado y que su aproximación ha sido apenas periférica⁴⁴. Además, se ha probado que el ámbito de aplicación de las normas no aplica a contextos de conflicto armado no internacional, con lo cual se abre una laguna que el derecho consuetudinario de este régimen de derecho internacional tampoco puede suplir.

Con esto se abre una puerta para integrar a la interpretación de las normas consuetudinarias y convencionales algunos principios del derecho internacional del medio ambiente, en aras de lograr claridad en las normas, para su posterior promoción y aplicación, en aras de limitar de manera efectiva los daños al medio ambiente y las consecuencias negativas que contribuyen al cambio climático⁴⁵.

3. ALTERNATIVAS PARA LA AMBIENTALIZACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A CONFLICTOS NO INTERNACIONALES

Hasta el momento hemos observado la insuficiencia del DIH para responder a daños ambientales y cómo esta brecha de eficacia se amplía a la hora de aplicar estas normas a conflictos no internacionales. A pesar de que los conflictos armados no internacionales –en sentido estricto– representan el 12% de los conflictos en el mundo, algunos de ellos se desarrollan en zonas con ecosistemas estratégicos, como es el caso de Colombia⁴⁶.

44 VÖLGERFANGER. “Derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental”, cit., p. 94.

45 International Committee of the Red Cross. *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary armed*, cit., p. 68.

46 ZÚÑIGA-UPEGUI, P. *et al.* “Exploring social-ecological systems in the transition from war to peace: a scenario-based approach to forecasting the post-conflict landscape in a Colombian region”, *Science of the Total Environment*, 695, 2019, 133874, p. 2.

Además, algunos de los Estados donde hay o han tenido lugar conflictos armados intentan implementar procesos de transición hacia la paz y el fortalecimiento de la democracia⁴⁷. Bajo esta lógica, un estándar laxo de daño ambiental en tiempo de conflicto armado podría llegar a afectar la paz a largo plazo, puesto que las condiciones de vida y la recuperación económica de las poblaciones afectadas se pueden ver comprometidas⁴⁸.

Teniendo en cuenta estas condiciones ambientales y socioeconómicas, así como el contexto global, que exige esfuerzos desde todos los sectores para mitigar las consecuencias de la emergencia climática⁴⁹, es necesario enfrentar un reto propio del derecho internacional público: la fragmentación entre sus diferentes regímenes, así como el reto de armonizar sus relaciones.

La forma tradicional de suplir las lagunas de los regímenes internacionales ha sido pensar en la creación de nuevos tratados o instrumentos aplicables, siguiendo la regla de la *lex specialis*. Nuestra postura, sin embargo, dista de proponer la creación de nuevos instrumentos y opta por una integración sistémica, con dos propósitos: evitar una mayor fragmentación y evitar la creación o reproducción de normas con una redacción que reduce sus efectos prácticos.

La integración sistémica es una forma de resolver aparentes conflictos de aplicación de fuentes que provienen de diferentes regímenes del derecho internacional, a partir del artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, según el cual la interpretación de los tratados deberá tener en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”⁵⁰, pues la existencia de diferentes tratados y normas requiere una perspectiva de “soporte mutuo”⁵¹.

En el caso que nos ocupa, la Cláusula Martens ofrece una posibilidad de integrar normas consuetudinarias en materia de medio ambiente y los dictados de la conciencia pública internacional, a partir de algunos puntos de la decisión

47 En el caso de Colombia, esto sucedió con la firma del Acuerdo de Paz en 2016. África también ofrece algunos ejemplos sobre procesos de paz en curso, como Mozambique. Véase Escola de Cultura de Pau. *Alerta 2020!*, cit.

48 BOTHE. “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados”, cit., p. 328.

49 RODRIGO, ÁNGEL J. *El desafío del desarrollo sostenible: los principios de derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 40 ss.

50 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, artículo 31.3.c.

51 International Law Commission. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, 2006, párr. 417.

de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz que reconoce como víctimas del conflicto al *Katsa Su* y al gran territorio Awá, en el marco del caso 002, y de otros casos donde se ha reconocido la importancia de principios de derecho ambiental.

La Cláusula Martens es una norma consuetudinaria de DIH dirigida a mantener las condiciones de humanidad cuando existe ausencia de normas en este régimen, siguiendo “los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”⁵².

Más allá de los debates sobre lo antropocéntricas que pueden resultar las normas de derecho humanitario, y de seguir enfrentando el reto de la protección del medio ambiente por medios indirectos, la cláusula en cita permitiría integrar ciertos principios que contribuirían a una efectiva protección del medio ambiente, así como a la integración de grupos vulnerables como indígenas y comunidades rurales, que poseen conocimientos ancestrales de sus territorios y sufren las consecuencias de la degradación ambiental del conflicto en primera persona.

LA CLÁUSULA MARTENS Y LOS NUEVOS DICTADOS DE LA CONCIENCIA PÚBLICA

La Cláusula Martens abre la posibilidad de ofrecer garantías a partir de los dictados de la conciencia pública. Díaz Santis ha resaltado que el cuidado del medio ambiente en tiempo de conflicto armado ya es parte de un dictado de conciencia pública, con base en la Carta de la Naturaleza de 1982 y en la Declaración de Río de 1992^[53], mencionadas al inicio de este documento.

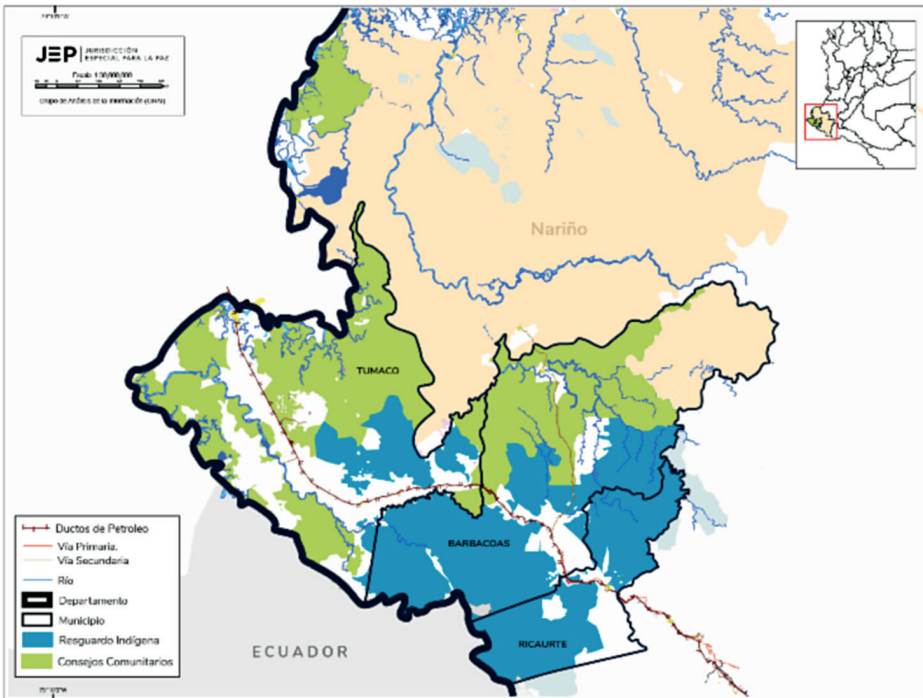
Las prácticas estatales en casos concretos se pueden sumar a esta nueva conciencia pública ambiental. El caso del reconocimiento del *Katsa Su* como víctima se traduce en una nueva conciencia de los tribunales encargados de administrar justicia en periodos de transición, donde se tiene en cuenta la doble dimensión de los ecosistemas afectados por el conflicto: su relación

52 Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; norma contenida en las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 como un artículo común numerado como 63, 62, 142 y 148 respectivamente; y en el artículo 1.2. del PA I de 1977.

53 DÍAZ SANTIS. *La ambientalización del derecho internacional humanitario*, cit., p. 113.

con las comunidades que a su vez son víctimas, y su importancia *per se*, dada su riqueza. En el caso concreto, la Sala de Reconocimiento de la JEP tuvo en cuenta que los ecosistemas de los municipios de Ricaurte, Barbacoas y Tumaco (Nariño) son la “fuente del buen vivir”⁵⁴ para los miembros de los 32 cabildos indígenas del pueblo Awá, que también fueron reconocidos como víctimas en el caso.

FIGURA 2. LOCALIZACIÓN GEOGRÁFICA DE TUMACO, RICAURTE Y BARBACOAS



Fuente: “Los grandes casos de la JEP”, disponible en: <https://www.jep.gov.co/Especiales/casos/02.html>

Este caso es interesante de cara a presentar nuevas formas de conciencia pública sobre el medio ambiente, y permite, además, retomar la importancia de los grupos indígenas para el cuidado ambiental, en los términos de la Declaración de Río, en la que se afirma:

54 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, cit., párr. 81.

Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible⁵⁵.

En el caso del pueblo Awá, la vida no es solo un atributo de los seres humanos, sino también de “los cerros, las cuevas, el agua, las casas, las plantas y los animales”⁵⁶. Con base en esta cosmovisión, la Sala de Reconocimiento reconoce como víctimas a los diferentes elementos del *Katsa Su*: ecosistemas de bosques primarios ecuatoriales, zonas montañosas, selva y bosques de niebla; manglares y esteros; especies vegetales y animales; semillas, y ríos como el Mira, el Telembí, el Güiza, el Nulpe y el Patía⁵⁷.

En este orden de ideas, el juez cobra un papel fundamental para que las partes de los conflictos comprendan de mejor forma los límites que tienen al momento de conducir las hostilidades, y así contribuye a mejorar la comprensión de las obligaciones en materia ambiental⁵⁸.

En este caso, el medio ambiente se consideró desde una perspectiva más amplia de la que ofrece el DIH, pues no se limitó a entender los diferentes elementos del medio ambiente como bienes civiles al servicio del hombre, como cultivos o fuentes de supervivencia⁵⁹, sino que admitió la posibilidad de desequilibrios ambientales en ecosistemas de gran valor.

A la luz de la conciencia pública internacional, esta decisión es un mensaje para proteger una multiplicidad de elementos del medio ambiente natural por la importancia que tienen para mantener la vida en el planeta, y permitiría proteger ecosistemas en otros conflictos de gran intensidad, como el parque nacional de Virunga, en la República Democrática del Congo, que también ha

55 Declaración de Río, principio 22.

56 Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, cit., párr. 81.

57 *Ibid.*, párr. 81-82.

58 Una idea similar se desarrolla en VOLGERFANGER. “Derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental”, cit., p. 103. Sin embargo, el autor limita su análisis al papel de los jueces internacionales.

59 La prohibición de atacar cultivos y fuentes hídricas se sustenta en normas consuetudinarias y convencionales. Véase HENCKAERTS y DOSWALD-BECK. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, cit., normas 53 y 54.

sufrido efectos adversos de al menos 20 años de enfrentamientos y contiene gran parte de la biodiversidad africana⁶⁰.

LA CLÁUSULA MARTENS Y LAS NORMAS CONSUECUDINARIAS

Los nuevos dictados de la conciencia pública internacional se pueden ver acompañados por la interpretación de la cláusula a la luz de algunos elementos que hacen parte de normas consuetudinarias ambientales. Tal es el caso de los principios de prevención y precaución, que tienen naturaleza distinta a los mismos principios en materia humanitaria.

Estos principios gozan de reconocimiento y desarrollo en distintos tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, se buscaría armonizar la relación entre daño ambiental y conflictos, estableciendo obligaciones más claras para las partes. Por ejemplo, se exigiría un mínimo sobre el tipo de daño que se debe prevenir.

Hay un principio que llama la atención en materia ambiental, pues parece ser una de sus piedras angulares: el principio de prevención. La integración de este principio resultaría muy útil, dada la vocación formal del derecho, que, en últimas, es un instrumento que cataliza algunos mínimos deseables para la protección de bienes que la sociedad considera valiosos.

Diferentes cortes internacionales, como la Corte Internacional de Justicia⁶¹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶² han reconocido o reafirmado su naturaleza consuetudinaria y han delimitado sus contenidos. La prevención del daño ambiental debe ser la guía de las políticas de protección del medio ambiente⁶³, de lo cual no escapan la política de seguridad y defensa

60 ICRC. 31st International Conference of the Red Cross and the Red Crescent, cit., p. 18.

61 CIJ. Caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia). Sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 140.

62 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, Serie A n.º 23, párr. 129.

63 *Ibid.*, párr. 130; CIJ. Caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia), cit., párr. 140.

y los manuales militares que se deben tener en cuenta a la hora de desarrollar una operación militar.

De acuerdo a la interpretación de la Comisión de Derecho Internacional, el daño debe ser “significativo”. En otros términos, debe ser más que detectable, pero no grave o sustancial, y debe causar perjuicios reales en asuntos como la salud, la salud humana, la industria, la propiedad, el medio ambiente o la agricultura en otros Estados⁶⁴.

El estándar de prevención que se exige, permitiría flexibilizar el umbral del daño exigido en el PA I, y con ello permitiría una mayor protección a las comunidades y sus ecosistemas, más aún cuando estas tienen relaciones importantes, como en el caso del pueblo Awá. La incorporación de estas costumbres permitiría establecer limitaciones tolerables, que brinden a los Estados y a los agentes no estatales una guía adecuada para “desarrollar sus actividades de forma que reduzcan y minimicen el riesgo de daño ambiental”⁶⁵.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha resaltado la inexistencia de la protección directa del medio ambiente en conflictos no internacionales y sus consecuencias, pues no hay normas convencionales ni consuetudinarias que obliguen a las partes de este tipo de conflictos a respetar el medio ambiente. Así mismo, se ha demostrado que las normas de protección directa aplicables a conflictos internacionales constituyen una protección ilusoria e ineficaz, en la medida en que su umbral es imposible de alcanzar.

Por tal razón, se hace urgente una nueva lectura sobre los principios fundantes del derecho internacional, particularmente, del DIH, que velen por una protección eficaz y adecuada de los ecosistemas en nuestros tiempos. Dicha lectura no se puede desligar de las nuevas prácticas de los Estados donde han tenido lugar los conflictos armados.

En conclusión, la creación de nuevos tratados no parece ser una alternativa plausible, dado el avance sin tregua de la emergencia climática. En cambio, puede hallarse un punto de inicio en las interpretaciones que hacen los tribunales de transición de los Estados que han pasado por un conflicto armado

64 *Ibíd.*, párr. 136.

65 VOLGERFANGER. “Derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental”, *cit.*, p. 104.

para lograr la justicia para las comunidades víctimas y para sus territorios, que son lugares de vida en medio de la penumbra de la guerra.

REFERENCIAS

BOTHE, MICHAEL *et al.* “El derecho internacional y la protección del medio ambiente durante los conflictos armados: lagunas y oportunidades”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 879, 2010.

BOUVIER, ANTOINE. “La protección del medio ambiente en periodo de conflicto armado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1991, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlqf.htm> (consultado el 16 de junio de 2020).

CIJ. Caso del Proyecto Gabčíkovo–Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia). Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

Código Penal de Colombia. Ley 599 del 24 de junio de 2000.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo), 1972.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

DÍAZ SANTIS, BÁRBARA. *La ambientalización del derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

DINSTEIN, YORAM. “Protection of environment in international armed conflict”, *Max Planck Yearbook of United Nations*, vol. 5, 2001.

Escola de Cultura de Pau. *Alerta 2020! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Barcelona, Icaria, 2020.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 2002.

GMH. *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2013.

GONZÁLEZ BARRAL, JUAN CARLOS. “La protección del medio ambiente en caso de conflicto armado”, en RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, JOSÉ LUIS y PÉREZ GONZÁLEZ, MANUEL (coords.), *Derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

HENCKAERTS, JEAN MARIE y DOSWALD-BECK, LOUISE. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. 1, *Normas*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007.

HULME, KAREN. “Proteger el medio ambiente contra los daños: ¿una obligación ineficaz?”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 879, 2010.

ICRC. 31st International Conference of the Red Cross and the Red Crescent. Strengthening legal protection for victims of armed conflicts (Draft resolution), 2011. Document 31IC/II/5.I.I.

International Committee of the Red Cross. International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts: recommitting to protection in armed conflict on the 70th anniversary of the Geneva Conventions Report, 2019.

International Law Commission. Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, 2006.

IPCC. Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas, 2014.

Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas. Auto SRVBIT-079, 12 de noviembre de 2019.

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. La protección de los civiles en los conflictos armados. Informe del Secretario General, 2020. Documento S/2020/366.

RODRIGO, ÁNGEL J. *El desafío del desarrollo sostenible: los principios de derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

VOLGERFANGER, ALAN. “Derecho internacional humanitario y derecho internacional ambiental, una relación todavía verde”, en LUTERSTEIN, NATALIA M. y BUIS, EMILIANO

J. (eds.), *La guerra ante la fragmentación del derecho internacional*, Colección Serie Académica Sempithida, vol. I, 2016.

WYATT, JULIAN. “Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, n.º 879, 2010.

ZÚÑIGA-ÚPEGUI, P. *et al.* “Exploring social-ecological systems in the transition from war to peace: A scenario-based approach to forecasting the post-conflict landscape in a Colombian region”, *Science of the Total Environment*, 2019, 695.

GERMÁN LOZANO VILLEGAS*

CAPÍTULO 2

*Las compras públicas como herramienta
para la mitigación del cambio climático*

Public Procurement as a Tool for Easing Climate Change

RESUMEN

El cambio climático es una realidad inevitable que ha sido orquestada de manera inconsciente por la forma en que funcionan nuestras sociedades. El sistema capitalista ha llevado a la adopción de métodos de producción y formas de consumo que a largo plazo son absolutamente insostenibles en lo que respecta al medio ambiente. Gracias a que esto ha empezado a ser reconocido por la comunidad internacional, se ha iniciado una búsqueda de diferentes mecanismos para modificar dichos patrones de consumo y producción, a través de los cuales se logre mitigar el cambio climático. Dentro de estas herramientas se ha encontrado que las compras públicas sostenibles son una alternativa viable para que los Estados promuevan e implementen métodos más limpios y amigables con el medio ambiente. Este capítulo tiene como objeto analizar cómo las compras públicas sostenibles sirven como una herramienta para la mitigación del cambio climático; y, más concretamente, determinar qué hace falta para que en Colombia funcionen para tales efectos.

Palabras clave: cambio climático, compras públicas sostenibles, compras públicas, sostenibilidad ambiental, Colombia.

ABSTRACT

Climate change is an inevitable truth that has been unconsciously orchestrated by the way our societies operate. Our capitalist system has led to the adoption of production methods and forms of consumption that in the long term are, environmentally speaking, unsustainable. Thanks to the fact that this has begun to be recognized by the international community, a search for different mechanisms to modify these consumption and production patterns has begun in order to ease climate change. Within these tools, it has been found that Sustainable Public Procurement is a viable alternative for States to promote and implement cleaner and more environmentally friendly methods of production and consumption. Thus, this chapter aims to analyze how

* Docente-investigador de los departamentos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho sobresaliente *summa cum laude* por la Universidad Externado de Colombia. Contacto: german.lozano@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0001-8010-8713.

Sustainable Public Procurement serves as a tool for mitigating climate change and, more specifically, to determine what is needed for having a successful implementation in Colombia.

Keywords: climate change, sustainable public procurement, public procurement, environmental sustainability, Colombia.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con las ciencias ambientales, es normal que la naturaleza y el medio ambiente estén en constante cambio, sin embargo, se torna problemático cuando el cambio es resultado de fuerzas externas antropogénicas (esto es, de las actividades humanas) que alteran los procesos propios de la naturaleza. Durante décadas, la raza humana ha encontrado diferentes mecanismos para potencializar su desarrollo (principalmente económico), sin prestar mayor atención a los impactos ambientales y las consecuencias que ellos generen para el entorno. Ejemplo de lo anterior es la forma en que hemos idealizado las revoluciones industriales, pese a que con ellas hayamos acelerado el deterioro del medio ambiente al desarrollar diferentes herramientas que dependen de los combustibles fósiles y que se han vuelto imprescindibles para nuestras actividades del día a día.

A grandes rasgos, la noción de cambio climático responde al deterioro del medio ambiente propiciado por la creciente utilización de los combustibles fósiles y determinados usos de la tierra, que a su vez generan una serie de consecuencias medioambientales asociadas con el calentamiento global¹, los cambios en la nubosidad del planeta, el aumento de precipitaciones, el derretimiento de los polos y el aumento de la temperatura y la acidez de los océanos².

1 Es importante señalar que utilizamos la expresión “calentamiento global” para referirnos al fenómeno de aumento de temperatura que se genera en gran parte del planeta como consecuencia del cambio climático; sin embargo, reconocemos que el uso del adjetivo “global” no es necesariamente preciso en la medida en que no todo el planeta aumenta su temperatura, y menos de manera uniforme. Al respecto, véase OLUFEMI ADEDJI, OKOCHA REUBEN y OLUFEMI OLATOYE. “Global Climate Change”, *Journal of Geoscience and Environment Protection*, n.º 2, 2014, p. 116.

2 United Nations Framework Convention on Climate Change. *Climate Change: Impacts, Vulnerabilities and Adaptation in Developing Countries*, UNFCCC, s. f., p. 8, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/publications/impacts.pdf>

Ahora bien, estas circunstancias no solo suponen una afectación en términos climatológicos sino también respecto a los ecosistemas, la biodiversidad y, lo que ha resultado más preocupante para los Estados, la disponibilidad de recursos naturales, la salud humana, la seguridad alimentaria y las economías nacionales³.

Para comprender un poco más los efectos negativos que el cambio climático supone para las personas y los Estados basta con esclarecer la relación inexorable que tiene este fenómeno con la ocurrencia de desastres naturales como lo son avalanchas, inundaciones y olas de calor. En concreto, el creciente riesgo de estas situaciones obliga a los gobiernos a destinar gran parte de su presupuesto a la prevención y reducción de los desastres naturales, a la mitigación de sus efectos y a la reconstrucción y reparación de los daños que de ellos se derivan. Tan solo para ilustrar esta realidad, considérese que un desastre como la inundación ocurrida en China en 1998 representó pérdidas directas para el Estado que ascendieron al 0,7% del PIB (cerca de 30.000 millones de dólares), y que el huracán Katrina que afectó a Estados Unidos en 2005 supuso una pérdida equivalente a más del 1.1% del PIB (125.000 millones de dólares⁴). En razón de ello, los Estados han previsto dentro de sus presupuestos mayores rubros para la mitigación de los riesgos y la atención de los efectos de este tipo de desastres. Así por ejemplo, Estados Unidos aprobó en 2019 la destinación de 19.1 billones de dólares de su presupuesto para un fondo de subsidio y recuperación de desastres naturales⁵.

Ahora bien, pese a que el cambio climático es un fenómeno global, los impactos que tiene en cada Estado son diferenciales. Por un lado, no todos los territorios sufren exactamente los mismos cambios ambientales y, por tanto, no todos lidian con los mismos efectos físicos y naturales; pero por el otro, el impacto en términos económicos también varía según el nivel de desarrollo de cada Estado. Esto último supone que los países en vía de desarrollo tengan

3 United Nations Framework Convention on Climate Change. *Climate Change*, pp. 11-12.

4 FRANCIS GHESQUIERE y OLIVER MAHUL. "Financial Protection of the State against Natural Disasters: A Primer", *Policy Research Working Paper No. 5429*, 2010, disponible en: https://www.preventionweb.net/files/15924_54291.pdf

5 Estados Unidos. Congreso de Estados Unidos de América. *H.R. 2157 Additional Supplemental Appropriations for Disaster Relief Act, 2019 (Making supplemental appropriations for the fiscal year ending September 30, 2019, and for other purposes)*, disponible en: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2157/text>

una afectación mayor⁶. Así por ejemplo, mientras que en Estados Unidos la pérdidas por el huracán Katrina fueron del 1.1% del PIB, el costo generado por el terremoto de 1986 en El Salvador ascendió al 37% de su PIB y la estimación de las pérdidas por un huracán en Jamaica alcanzaron un 200% de su PIB⁷.

Es en parte por estas razones que desde 1979 el cambio climático y sus efectos han ido cobrando relevancia en la agenda internacional. Desde ese entonces se han firmado múltiples declaraciones y celebrado tratados internacionales con los cuales se establecen compromisos tendientes a la mitigación de las causas de este fenómeno; ejemplo de ellos son la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), el Protocolo de Kioto (1997) y el Acuerdo de París (2016). A lo largo de estas cinco décadas, la comunidad internacional y los Estados han desarrollado diferentes estrategias para responder y mitigar el cambio climático, logrando que finalmente, con el Acuerdo de París, sea la actuación doméstica de cada Estado la que mayor relevancia tenga en la lucha contra dicho cambio⁸.

Ahora bien, la aproximación tradicional al cambio climático desde el derecho internacional ha estado caracterizada por contar con un enfoque sectorial que se ha concentrado en promover la disminución de los gases de efecto invernadero (GEI); sin embargo, con los Objetivos de Desarrollo del Milenio esto empezó a cambiar poco a poco. A través de las metas establecidas en ese entonces, empezó a abordarse el cambio climático desde una perspectiva integral que reconociera no solo los efectos medioambientales sino también los de las esferas social y económica⁹. Esto a su vez ha llevado a que la forma de atender el cambio climático ya no sea sectorialmente, sino que también se haga de manera multisectorial y sistemáticamente¹⁰.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) son un buen ejemplo de cómo ha cambiado esta visión del cambio climático, y de las formas de luchar contra él. En concreto, vemos que dentro de los 17 objetivos, los Estados miembros de

6 ADEDJI, REUBEN y OLATOYE. "Global Climate Change", cit., p. 115.

7 MARK MITCHELL y RETO SCHNARWILER. *Disaster Risk Financing: Reducing the Burden on Public Budgets*, Zúrich, Swiss Reinsurance Company, 2008, p. 3.

8 ANDREA LUCAS GARÍN. "Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático", *Revista Derecho del Estado*, n.º 44, 2019, pp. 200-204, doi: 10.18601/01229893.n44.o8

9 MARCOS A. ORELLANA. "Cambio climático y los ODM: el derecho al desarrollo, cooperación internacional y el mecanismo de desarrollo limpio", *SUR*, vol. 7, n.º 12, 2010, p. 154, disponible en: <https://sur.conectas.org/es/cambio-climatico-y-los-odm/>

10 United Nations Framework Convention on Climate Change. *Climate Change*, p. 12.

la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible incluyeron como prioridad establecer un equilibrio entre el crecimiento económico y el desarrollo sostenible a través de la producción y el consumo responsables, más allá del control de los medios contaminantes. De allí que dentro de las metas específicas establecidas de la Agenda 2030 se encuentre, entre otras, la de *promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles de conformidad con las políticas y prioridades nacionales*.

A partir de este contexto, este artículo tiene por objeto analizar cómo las compras públicas sostenibles (CPS) constituyen una herramienta para afrontar al cambio climático en los países en vía de desarrollo. Para tales efectos, a partir del análisis documental y el uso de métodos comparativos y descriptivos ilustraremos cómo en Colombia puede ser reforzada e implementada una política pública de CPS. En todo caso, es importante señalar que este documento apenas corresponde a los resultados preliminares de un proyecto de investigación más amplio, y por tanto se limita a ofrecer algunas nociones preliminares que servirán como punto de partida para la construcción propositiva de un marco jurídico nacional vinculante en materia de CPS; por tanto, se trata de un aporte eminentemente conceptual. Así pues, en este capítulo empezaremos por definir a las compras públicas sostenibles; después analizaremos cómo este enfoque de las compras públicas puede contribuir a la mitigación del cambio climático; para luego analizar cuál es el nivel de implementación de las CPS en Colombia e identificar qué hace falta para materializarlas como una herramienta para la mitigación del cambio climático, dentro de la Agenda 2030.

I. LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES

Con la aparición del Estado aparato y el reconocimiento de un sinnúmero de obligaciones prestacionales a favor de los ciudadanos de un país, el Estado se ha transformado en uno de los mayores consumidores de los mercados nacionales. En concreto, los gobiernos han empezado a jugar un papel particularmente importante en las economías nacionales, en la medida en que está en manos de ellos garantizar su funcionamiento, ya no como regulador, sino como consumidor. Al respecto cabe señalar que el gasto público oscila entre el 15% y el 30% del PIB de un país¹¹. Así por ejemplo, para el año 2017, el promedio

11 PNUMA DTIE. *Implementando compras públicas sostenibles: introducción al Enfoque del PNUMA*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2012, p. 9.

mundial era del 27,1%; en los países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) del 27,3%, en la Unión Europea del 35,9% y en Latinoamérica del 28,1%¹².

En este contexto, los Estados han tenido que empezar a desarrollar diferentes herramientas, mecanismos y sistemas que les permitan cumplir con sus obligaciones materiales en lo que respecta al propio funcionamiento operativo-administrativo, así como también en cuanto a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de sus habitantes¹³. En otras palabras, han tenido que desarrollar mecanismos que les hagan posible participar como verdaderos agentes económicos que consumen los bienes y servicios que ofrecen los mercados nacionales e internacionales.

Dentro de estas herramientas ha aparecido la figura de los sistema de compras públicas como un desarrollo del sistema de contratación pública, a través del cual se procura agilizar y optimizar los procesos de adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas. Se trata también de un mecanismo con el que se pretende asegurar la eficiencia, eficacia y transparencia de los procesos de compras gubernamentales¹⁴. Por último, cabe señalar que hay quienes extienden el alcance de los sistemas de compras públicas al gerenciamiento de existencias y a la logística necesaria para lograr los objetivos nacionales¹⁵.

Ahora bien, tradicionalmente los sistemas de compras públicas fueron pensados como una alternativa para que el Estado pudiese satisfacer sus necesidades de bienes y servicios con mayor agilidad, sin tomar en consideración factores diferentes a la optimización de los recursos públicos económicos. En pocas palabras, lo que interesaba era encontrar una alternativa para que el Estado pudiese funcionar y cumplir con sus diferentes obligaciones. Sin embargo, esta

12 Banco Mundial. “Gasto (% del PIB)”, en Fondo Monetario Internacional, *Anuario de Estadísticas de las Finanzas Públicas y archivos de datos y estimaciones del PIB del Banco Mundial y la OCDE*, Banco Mundial, s. f., disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/gc.xpn.totl.gd.zs>

13 GERMÁN LOZANO VILLEGAS. “Los sistemas de compras públicas como herramienta para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto colombiano: una nueva forma de centralización administrativa”, en *El Estado constitucional colombiano en la periferia*, MAGDALENA CORREA HENAO y ALFONSO PALACIOS TORRES (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 382.

14 *Ibíd.*, p. 383.

15 GUILLERMO ROZENWURGEL y LORENA DREWES. *Las PYMES y las compras públicas*, Argentina, IRDC-CRDI y Universidad Nacional de San Martín, 2012.

visión ha ido cambiando paulatinamente para reconocer la importancia de que las compras públicas aseguren una optimización integral de los recursos para que el precio no solo sea competitivo, sino que se valore también el ciclo de vida del producto o del servicio y su impacto en la sociedad y el medio ambiente¹⁶.

En concreto, a partir de la Declaración de Río se pueden apreciar algunos vestigios de una concepción más amplia y responsable de las compras públicas en la medida en que el Principio n.º 8 reconoció que “para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida de todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas”¹⁷. En ese sentido, se incluyó como una prioridad en la Agenda 21 la promoción de un cambio en las formas de consumo que fuesen insostenibles, en particular en lo que respecta a la energía, el transporte y los desechos¹⁸.

Fue así como, en términos generales, la Agenda 21 reconoció al consumo y la producción insostenibles como la principal causa de deterioro del medio ambiente y de la proliferación de la pobreza a nivel mundial. En razón de ello, previó el objetivo común de promover modalidades de consumo y producción que redujeran su afectación al medio ambiente, garantizando la satisfacción de las necesidades básicas de la humanidad¹⁹. Para tales efectos, estableció la necesidad de adoptar un enfoque internacional para promover este nuevo tipo de modalidades de consumo, que estuviese, en primer lugar, en cabeza de los países más desarrollados²⁰. Igualmente, impuso, entre otras actividades por desarrollar, el fomento de una mayor eficiencia del uso energético, de los recursos naturales no renovables, y la difusión e investigación de tecnologías ecológicamente racionales²¹.

16 LIESBETH CASIER, RICHARD HUIZENGA, OSHANI PERERA, MARINA RUETE y LAURA TURLEY. *Manual para agentes de compras públicas de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG). Implementando compras públicas sostenibles en América Latina y el Caribe. Optimizando el valor por dinero a través del ciclo de vida*, International Development Research Center, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, International Institute for Sustainable Development, Canadá y Organización de los Estados Americanos, s. f., p. 8.

17 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992.

18 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. *Programa 21*, Río de Janeiro, 14 de junio de 1992, cap. 4, 4.2.

19 *Ibíd.*, 4.7.

20 *Ibíd.*, 4.8.

21 *Ibíd.*, 4.18.

Por último, vale la pena señalar que la Agenda 21 fue de las primeras iniciativas internacionales que reconoció que los gobiernos tenían una especial responsabilidad en generar conciencia e información relacionada con el consumo sostenible y responsable. En ese sentido, este programa estableció que serían ellos los que tendrían que promover la información de los consumidores, el uso de etiquetados con indicaciones ecológicas, programas de reciclaje y de liderazgo gubernamental a través de las compras²². Sin embargo, el mayor aporte que hizo en ese momento la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de cara a propiciar una transformación en la lógica de las compras públicas fue el de establecer en cabeza de los gobiernos nacionales el compromiso de revisar y replantear sus políticas de compras gubernamentales para que hicieran de ellas una cuestión ecológicamente amigable²³.

Años después, en 2002, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible reafirmó la necesidad de replantear los métodos de producción y consumo insostenibles²⁴. Con relación al papel de los gobiernos, el plan de implementación estableció que estos tendrían que desempeñar un rol activo en la modificación de dichos modos de consumo y producción, en la promoción del uso racional de la energía y en propiciar el acceso al mercado de prácticas y modos ambientalmente amigables y responsables²⁵; y en concreto, la elaboración de un marco de programas a diez años que apoyasen y fortaleciesen las iniciativas para promover un cambio en los patrones de consumo y protección, en pro de la sustentabilidad²⁶.

Sin embargo, no fue sino en 2005 cuando, en atención a lo establecido en el plan de implementación de la Declaración de Johannesburgo, a través del Proceso de Marrakech para la Producción y Consumo Responsables²⁷ y la Fuerza

22 *Ibíd.*, 4.21 y 4.22.

23 *Ibíd.*, 4.23.

24 Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible de Johannesburgo. *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, Johannesburgo, 2-4 de septiembre de 2002, artículo 11.

25 *Ibíd.*, cap. III.

26 4.^a Reunión de Expertos sobre Consumo y Producción Sustentable de América Latina y el Caribe. *Documento preparatorio para la Reunión*, Brasil, UN Environment Programme, 2007, p. 5.

27 Iniciado en junio de 2003, el Proceso de Marrakech consistió en un plan decenal para promover las compras públicas sostenibles. Se estructuró a través de cuatro etapas, en las cuales realizó consultas regionales para identificar las prioridades y necesidades de cada región en materia de consumo y producción responsables; elaboró estrategias regionales y mecanismos para su

Especial de Trabajo de Marrakech sobre Compras Públicas Sustentables²⁸, se acuñó la figura de las compras públicas sostenibles²⁹. En esencia, la definición que propuso la Fuerza de Trabajo se integraba por dos elementos. En primer lugar, partió de la fórmula “una buena compra es una compra sostenible”, en donde cada compra justifica el “valor en dinero” en términos del ciclo de vida del producto o el servicio, reconociendo con ello que no solo beneficia a quien lo adquiere, sino también a la sociedad y a la economía, al minimizar los daños al medio ambiente³⁰. Y por otro lado (lo que constituye el segundo elemento de la definición), empezó a comprender que los Estados, al ser uno de los principales agentes económicos de los mercados nacionales, tenían la capacidad de promover una transformación del mercado hacia uno mucho más sostenible³¹. En ese sentido, se empezó a reconocer la capacidad de incentivar el consumo y la producción sostenibles a través del ejemplo gubernamental³².

De esa manera, la definición inicial de las CPS señala que se trata de:

... un proceso mediante el cual las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes, servicios, obras y servicios públicos, utilizando sus recursos de manera óptima a lo largo de su vida útil, de modo que generen beneficios no solo para la organización en sí misma, sino también para la sociedad y la economía, minimizando los daños medioambientales³³.

implementación; implementó diferentes proyectos a través de grupos de trabajo y diálogos de cooperación con los que desarrolló y mejoró instrumentos y metodologías para el consumo y producción responsables, y finalmente, evaluó los progresos en la materia.

- 28 En el marco del Proceso de Marrakech se crearon diversas fuerzas especiales de trabajo sobre cooperación con África, Productos Sustentables, Formas de Vida Sustentables, Turismo Sustentable, Edificios y Construcción Sustentable, Educación para el Consumo Sustentable; y Compras Públicas Sustentables. Esta última fue coordinada por Suiza, desde su creación en 2005 hasta el año 2011.
- 29 ALEX KOPP. *Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement Led by Switzerland: Activity Report May 2011*, Swiss Federal Office for the Environment, 2011, p. 6.
- 30 VICTORIA BELÁSTEGUI. *Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo*, Argentina, IDRC-CRDI y Universidad Nacional de San Martín, 2011, p. 10.
- 31 ALEXANDER KOPP y EVELINE VENANZONI. *Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement (MTF on SPP)*, Suiza, Federal Office for the Environment, 2008, p. 1.
- 32 PNUMA DTIE. *Implementando compras públicas sostenibles: introducción al enfoque del PNUMA*, p. 6.
- 33 *Ibid.*, p. 9; KOPP. *Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement Led by Switzerland*, cit., p. 6.

Con base en ello, y reconociendo el importante papel que desempeñan los gobiernos en las economías nacionales, se vio en las CPS una estrategia ideal para mejorar las consecuencias sociales y ambientales del consumo y la producción, a través de alternativas más sostenibles.

La Fuerza Especial de Trabajo enfocó su trabajo en diseñar una metodología flexible que permitiese a todos los Estados, con independencia de su nivel de desarrollo, implementar un sistema de CPS. El resultado fue la identificación de ocho elementos que debían ser tenidos en cuenta para la implementación de este tipo de enfoque a nivel nacional, a saber: i) una serie de principios básicos para las CPS, dentro de los que se incluyeron la premisa de “una buena compra es una compra sostenible”, el liderazgo de casos de éxito influenciables, el uso de las compras públicas como política para alcanzar objetivos fundamentales, habilitación para la implementación y, finalmente, la implementación con base en la mejoría continua y el ciclo de vida de los productos y los servicios; ii) el diseño de un plan de implementación; iii) un diagnóstico del estado del arte de las compras públicas; iv) una revisión legal; v) un análisis de la preparación/disposición del mercado; vi) un plan de política pública sobre compras públicas sostenibles; vii) capacitación y, por último, viii) la implementación.

Durante el periodo 2005-2011, once países se acogieron a la metodología diseñada por la Fuerza Especial de Trabajo y mediaron como países piloto para la implementación de una visión de compras públicas sostenibles. Estos países fueron: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ghana, Líbano, Mauricio, Nueva Zelanda, Reino Unido, Túnez y Uruguay³⁴. Se estimaba entonces que para finales de 2011 se habría concluido con la implementación de esta metodología en estos países, para que después el proyecto de CPS fuese asumido por parte del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y, junto con el apoyo de otras partes interesadas, lanzaran la iniciativa sobre CPS y el plan decenal de CPS³⁵.

En 2012, el PNUMA lanzó la segunda fase del proyecto de CPS en la que se esperaba lograr, en tres años, replicar la implementación de la metodología de la Fuerza Especial de Trabajo en veinte países más³⁶. Para ello, unificó los resultados obtenidos del trabajo en la primera fase y publicó unas directrices

34 *Ibid.*, p. 17.

35 *Ibid.*, p. 21.

36 Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement. *Sustainable Public Procurement: Policy Conclusions and Recommendations*, United Nations Environment Project, 2011, p. 1.

para la implementación del enfoque PNUMA de las CPS, dentro de las que estableció un programa de cinco pasos: i) creación de la estructura necesaria para las CPS y su gobernanza; ii) evaluación, estudio y priorización de sectores; iii) diseño de la política y plan de acción de las CPS; iv) capacitación de quienes intervienen en las compras públicas y obtención de apoyos, y v) implementación del enfoque de las CPS.

Ahora bien, sobre el último paso es importante resaltar, de cara a poder delimitar la definición de las CPS, que el PNUMA estableció como elementos prioritarios para la implementación de su enfoque que los criterios de sostenibilidad fueran implementados a lo largo de todo el proceso de las contrataciones públicas, la utilización del eco-etiquetado, la evaluación y selección de proveedores, ofertas y adjudicaciones con base en dichos criterios, y por último, la auditoría constante del rendimiento de los proveedores con respecto a los criterios de la sostenibilidad³⁷.

Para el año 2013, 33 países habían adoptado algún tipo de política relacionada con las CPS³⁸. La definición mayormente aceptada y utilizada por los Estados era la que había propuesto la Fuerza Especial de Trabajo, aunque solo el 24% de los países las denominaba así. En cambio, un 25% de los países incluían en sus regulaciones nacionales la figura de las compras públicas verdes, otro 13% hablaba de compras ambientalmente preferibles, un 10% de compras socialmente responsables, un 10% de adquisiciones sostenibles, un 8% de compras responsables y un 6% de compras éticas³⁹. Por último, con relación al estado del arte de las CPS hasta 2013, merece la pena señalar que solo el 63% de los países entendían la sostenibilidad de las compras públicas en clave de los aspectos ambientales, económicos y sociales⁴⁰.

En 2014 se retomó la implementación de las CPS con la puesta en marcha del Programa de Compras Públicas del Plan Decenal de Programas sobre Patrones de Consumo y Producción Sostenibles que surgió con ocasión de Río+20. Con él se empezó a reunir información sobre las CPS y su efectividad como herramienta para promover el consumo y la producción sostenibles, las economías verdes y el desarrollo sostenible; así como también la implementación

37 PNUMA DTIE. *Implementando compras públicas sostenibles: introducción al Enfoque del PNUMA*, pp. 41-48.

38 UNEP. *Sustainable Public Procurement: A Global Review. Final Report*, United Nations Environment Programme, 2013, p. 18.

39 *Ibid.*, p. 12.

40 *Ibid.*, p. 13.

del enfoque de las CPS en el mundo⁴¹. Así mismo, se abrió la plataforma del Programa sobre CPS para incluir no solo a los gobiernos nacionales sino a una plataforma global de interesados que incluyera también a empresas, organizaciones, expertos y la ciudadanía⁴².

Gracias a esta nueva fase de la implementación de las CPS, para el año 2017, 41 países ya habían adoptado algún tipo de política pública relacionada con este enfoque⁴³. Entre ellos, el 74% abordaron la cuestión a partir de una aproximación tridimensional a la sustentabilidad, en la que se tienen en cuenta cuestiones ambientales, económicas y sociales, mientras que solo el 26% preservó un enfoque eminentemente ambientalista⁴⁴. En ese sentido, ahora es factible encontrar en las regulaciones nacionales criterios de sostenibilidad para las compras públicas que van desde la eficiencia energética, la mitigación del cambio climático y la minimización de desechos, pasando por la garantía de igualdad y diversidad, la eliminación de barreras de acceso, la protección de derechos laborales y la participación de las comunidades locales, hasta la participación de PYMES y el comercio justo o ético⁴⁵.

Como se puede ver, aún falta que el enfoque de las CPS logre penetrar en gran parte de los Estados; sin embargo, el mismo ha presentado importantes avances que permiten comprender con claridad en qué consiste. En ese sentido, debemos empezar por señalar que las CPS tienen como punto de partida la definición moderna de desarrollo sostenible, en donde se tienen en cuenta factores ambientales, económicos y sociales, y que se las incorporó como un principio orientador de las compras gubernamentales⁴⁶. En ese sentido, una es compra sostenible si tiene en cuenta aspectos relacionados con estos tres factores.

También es importante tener en cuenta que las CPS no solo suponen la inclusión de criterios ambientales, económicos y sociales para la sostenibilidad, sino que deben cumplir con una serie de características al momento de

41 UN Environment. *Global Review of Sustainable Public Procurement 2017*. United Nations Environment Programme, 2017, p. 2.

42 *Ibíd.*, p. 58.

43 *Ibíd.*, p. viii.

44 *Ibíd.*, p. 15.

45 *Ibíd.*, p. 16.

46 RITA ROSS. *Compras Públicas Sostenibles. Nota Informativa*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, 2012, p. 1.

realizarlas. Nos referimos en concreto a la transparencia, la imparcialidad, la no discriminación, la competitividad, la rendición de cuentas y la verificabilidad⁴⁷.

En razón de lo anterior, las CPS deben ser entendidas como una herramienta estratégica que permite a los gobiernos nacionales gestionar la sostenibilidad de su país al transformar el mercado en uno más sostenible en términos ambientales, económicos y sociales. Esta transformación se logra en la medida en que el Estado es el mayor actor económico de cada país al significar entre el 15% y 30% del PIB y, por tanto, al incorporar criterios de sostenibilidad para la adquisición de bienes y servicios induce a los proveedores a hacerlo dentro de sus cadenas de producción y distribución. En otras palabras, al modificar desde el sector público los patrones de consumo, se incide en el sector privado para mejorar las formas de producción y, con ello, el consumo y la producción sostenibles.

Dentro de los principales beneficios de adoptar el enfoque de las CPS se encuentran: el alivio medioambiental, la reducción de costos, el reconocimiento de beneficios no tangibles, la buena gobernanza, el aumento de empleos, el empoderamiento de minorías, la reducción de la pobreza, la generación de riqueza y la transferencia de tecnología. Así mismo, puede ser utilizado como estímulo a la competencia y para la transformación de los mercados⁴⁸. En suma, se trata de una herramienta fundada en el principio de la prevalencia del interés general, que pretende garantizar que el funcionamiento del mercado y, por tanto, del sistema capitalista reduzca la forma en que afecta los derechos, intereses y valores de la sociedad en general.

Con relación a las dificultades que pueden surgir para la implementación de un esquema de CPS es posible identificar un grupo de obstáculos que pueden ser trabajados a través de una adecuada evaluación del mercado y un diseño coherente de las políticas y los planes de acción. En primer lugar está la falta de información sobre las CPS, en concreto en lo que tiene que ver con la sostenibilidad, los beneficios que suponen, la relación costo-beneficio y la falta de conciencia ambiental. También se tiene la ausencia de preparación del mercado nacional, que presenta un bajo nivel de oferta de productos y servicios sostenibles, así como también en lo que respecta al mercado internacional.

47 PNUMA DTIE. *Implementando compras públicas sostenibles: introducción al Enfoque del PNUMA*, cit., p. 10.

48 Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement. *Sustainable Public Procurement: Policy Conclusions and Recommendations*, cit., p. 1.

Por último, encontramos otra serie de dificultades, como los costos asociados a la producción y el consumo sostenibles, la ausencia de legislación relativa, la incompatibilidad del sistema de compras públicas existente y, finalmente, la dificultad para llevar a cabo auditorías y contralorías de la incorporación del enfoque de CPS⁴⁹.

Como parte de los esfuerzos para superar dichas barreras es importante reconocer que el PNUMA ha desmitificado algunas de las concepciones tradicionales sobre las CPS. En ese sentido, ha reafirmado que es falso que las CPS sean más costosas en la medida en que el precio debe ser calculado con base en todo el ciclo de vida del producto o del servicio. Esto quiere decir que al comprar un bien o un servicio sostenible se está pagando por un grupo de características que trascienden la simple materialidad del producto o el servicio, que además supondrán un ahorro a lo largo de la vida útil de producto. Tan solo para poner un ejemplo, el comprar un sistema de iluminación artificial que funcione con energía solar podrá suponer un gasto inicial mayor que el de un sistema de luz eléctrica, pero a mediano y largo plazo reducirá el costo al economizar en bombillas y energía eléctrica.

También ha hecho hincapié en que las compras públicas sostenibles no tienen solo un enfoque medioambiental, sino que también están pensadas para que reporten beneficios socioeconómicos a la sociedad. Finalmente, han desmitificado la relación entre las CPS y la importación de productos, asegurando que se trata de una figura que en realidad permite estimular el uso de tecnologías que fortalecen las iniciativas e insumos locales⁵⁰.

Por último, debemos señalar que la experiencia de los países que ya han implementado las CPS ha permitido identificar algunos factores que inciden de manera directa en el éxito de la adopción e implementación de las CPS. Dentro de estos se encuentran la participación del sector privado, la profesionalización de las compras públicas (tanto en términos de capacitación como de exigencia del cumplimiento de requisitos) y la colaboración efectiva entre los diferentes actores que participan en la producción, la distribución y el consumo de los bienes y servicios⁵¹.

49 BELÁSTEGUI, VICTORIA. *Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo*, 2011, p. 56.

50 Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement. *Sustainable Public Procurement: Policy Conclusions and Recommendations*, cit., pp. 5-6.

51 United Nations Environment. *Factsheets on Sustainable Public Procurement in National*

2. LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES COMO HERRAMIENTA PARA LA MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Como hemos visto, las CPS son un enfoque utilizado por los organismos internacionales públicos y los Estados para la adquisición de bienes y servicios, tomando en consideración criterios ambientales y socioeconómicos que contribuyen a disminuir el impacto que las formas de consumo y producción tienen en la sociedad y en el medio ambiente. Se trata de una herramienta estratégica que, pese a atender varias de las prioridades reconocidas por diferentes declaraciones y tratados internacionales como lo son los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ha tenido un nivel de penetración moderado en la comunidad internacional; entre otras cosas, porque ha sido construida a través de instrumentos e iniciativas que no son jurídicamente vinculantes.

Ahora bien, el enfoque de las CPS, pese a estar construido a partir de las tres dimensiones del desarrollo sostenible, tal y como lo señalamos en el acápite anterior, tradicionalmente ha tenido una mayor orientación hacia las cuestiones ambientales. En ese sentido, es claro que de entrada se puede identificar una relación positiva entre la implementación de esta herramienta y el medio ambiente. En realidad, el 100% de los países que han adoptado este enfoque incluyen dentro de las compras públicas consideraciones relacionadas con el medio ambiente y la disminución de la huella ecológica de las cadenas de producción y consumo⁵².

Ahora bien, la pregunta que nos interesa responder en esta parte del capítulo está relacionada con la forma en que las CPS pueden servir como una herramienta para mitigar el cambio climático. Para tales efectos es importante recordar que este fenómeno es consecuencia de las actividades humanas, principalmente, aquellas que dependen de los combustibles fósiles, como son el uso de los medios de transporte que funcionan con este tipo de combustibles y el uso de energía eléctrica, y aquellas que generan un efecto invernadero, como la agricultura, la ganadería y la indebida gestión de residuos. En otras palabras, es resultado de nuestra forma tradicional de subsistencia.

Governments. Supplement to the Global Review of Sustainable Public Procurement 2017, UN Environment, 2017, p. 36.

52 UN Environment. *Global Review of Sustainable Public Procurement 2017*, 2017, p. 15.

De acuerdo con el PNUMA, a nivel mundial se han identificado al menos catorce cuestiones relacionadas con el cambio climático que pueden ser atendidas a través de las CPS. De esa manera, las experiencias internacionales muestran que por medio de las CPS se puede promover el uso eficiente de recursos, controlar el uso y desecho de sustancias peligrosas, promover la conservación de energía, reducir la generación de residuos, bajar los niveles de polución del aire, proteger los recursos naturales, mejorar la calidad de la salud, fomentar el uso de tecnologías limpias y de ecoinnovación, reducir la contaminación y propiciar la conservación del agua, preservar la biodiversidad, disminuir el agotamiento del ozono, proteger la tierra y, en general, mitigar el cambio climático⁵³.

En ese sentido, las CPS tienen una importante incidencia en la mitigación del cambio climático en la medida en que, al constituir entre el 15% y el 30% del PIB, tienen el potencial de transformar en gran medida el mercado nacional y con ello los patrones tradicionales de producción en pro de estas catorce cuestiones. En concreto, este potencial se puede apreciar por cuanto supone que una porción significativa de la demanda de productos y servicios podría estar limitada a productos y servicios ambientalmente amigables (tanto en los procesos productivos como en su ciclo de vida) y, por tanto, generaría un cambio paulatino en sus oferentes.

Con base en lo anterior, se puede pensar en un efecto dominó, en el que todas las empresas que quieran participar en licitaciones del Estado tendrían que empezar a incluir criterios de sostenibilidad (y concretamente criterios ambientales) en sus procesos y sus productos, so pena de ser excluidas de plano de este sector del mercado. Así mismo, en la medida en que las empresas y contratistas que participan en los procesos de licitación pública incluyan estos criterios de sostenibilidad para los bienes y servicios que ofrecen al Estado, paulatinamente irán transformando la totalidad de los procesos de cada empresa, llevando a que los bienes y servicios que ofrecen a los particulares también cuenten con este tipo de criterios y características ambientalmente amigables o responsables.

Así mismo, la inclusión de un enfoque de CPS que incluya criterios tanto ambientales como socioeconómicos permite moldear positivamente un sector importante del mercado nacional que corresponde a uno de los agentes de mayor incidencia en el deterioro ambiental: las Mipymes. Actualmente, las

53 *Ibid.*, p. 16.

empresas de este tipo representan entre el 30% y el 50% del PIB de los países de América Latina⁵⁴, y a su vez, aquellas que participan en los sectores de alimentos y bebidas, textiles, metalmecánica, ladrilleras e industrias químicas están catalogadas dentro de las mayores contaminantes⁵⁵. En la medida en que los sistemas de CPS promuevan la participación de las Mipymes, atada al cumplimiento de los criterios socioambientales propios de la sostenibilidad, podrán propiciar un cambio directo y casi inmediato de los patrones de producción y consumo de este sector.

Con respecto a los criterios ambientales propiamente dichos, cabe señalar que existen una multiplicidad de alternativas y formulaciones dado que el enfoque del PNUMA es completamente flexible y permite a los Estados diseñar y adoptar sus propios criterios. De allí que existan una multiplicidad de clasificaciones de tales criterios. Por ejemplo, pueden clasificarse de acuerdo al momento del íter contractual en el que se valoran, y en ese sentido, puede haber criterios ambientales para la selección de bienes, servicios o contratistas; criterios para la celebración de un contrato; criterios para la ejecución contractual, e incluso criterios de evaluación en una etapa poscontractual. Los criterios ambientales también pueden ser clasificados en razón del tipo de evaluación que realizan, es decir, si evalúan una gestión o un resultado. Finalmente, estos criterios pueden ser clasificados según la materia sobre la que versan, y con ello catalogarse según si se trata de una cuestión relacionada con la emisión de gases, con la eficiencia energética o con la reducción de desperdicios. Ahora bien, debido a que existen múltiples formas de clasificar dichos criterios, a continuación evitaremos acogernos a una de ellas y nos limitaremos a presentar algunos ejemplos de cuáles son, para qué sirven y cómo pueden operar algunos de esos criterios ambientales.

2.1. EL ECOETIQUETADO Y LOS CERTIFICADOS AMBIENTALES

Un primer criterio general que es ampliamente utilizado en el marco de las CPS es el del ecoetiquetado. En términos generales, se trata de un mecanismo a través el cual se procura identificar de manera clara y eficiente aquellos productos que son ambientalmente amigables. En ese sentido, corresponde

54 GUILLERMO ROZENWURGEL y LORENA DREWES. *Las PYMES y las compras públicas*, 2012.

55 JOSÉ LEAL. *Las Pymes en el mercado de bienes y servicios ambientales: identificación de oportunidades políticas e institucionales*, CEPAL, 2006.

a un rótulo que indica el carácter en alguna medida sostenible del producto en términos ambientales. Normalmente, el ecoetiquetado es utilizado para mostrar, entre otras cosas, la eficiencia energética de un producto, su gestión forestal sostenible, la minimización de la generación de CO₂ durante el proceso de manufactura y, en general, el cumplimiento de los más altos estándares medioambientales.

En ese sentido, es posible encontrar al menos tres tipos de ecoetiquetado. El primero de ellos es el etiquetado público, que evalúa múltiples criterios ambientales. Este es el caso del *EU Ecolabel*, el cual corresponde a un sello de excelencia medioambiental promovido y ampliamente utilizado por la Unión Europea. Se trata de un tipo de certificado que es otorgado por la Comisión Europea a partir del cumplimiento de una multiplicidad de criterios medioambientales que garantizan la reducción del impacto ambiental de un producto durante todo el ciclo de vida. Estos criterios son definidos, revisados y actualizados permanentemente por una junta que toma en consideración, entre otras cosas: i) los impactos que un producto puede tener en relación con el cambio climático, la naturaleza y la biodiversidad, con el consumo de energía y de recursos, con la generación de desperdicios y la contaminación; ii) la posibilidad de sustituir el uso de sustancias peligrosas y contaminantes; iii) los aspectos sociales y éticos en su producción, iv) la dignidad animal y la reducción de pruebas en animales, y v) los demás criterios reconocidos nacional e internacionalmente para otros etiquetados, *inter alia*⁵⁶.

Este también es el caso del etiquetado de gestión forestal sostenible que existe en Argentina, por medio del cual se reconocen criterios específicos que deben cumplir todos aquellos productos que utilicen materias primas de origen forestal. Dentro de este criterio se incluye la certificación obligatoria de que las operaciones forestales rentables se realicen sin generar ganancias a expensas de la deforestación, la destrucción de ecosistemas o la explotación de comunidades cercanas al emprendimiento. En concreto, en Argentina se instituyó a través de la obtención obligatoria de la Certificación Forestal Argentina, que supone la acreditación del cumplimiento de al menos seis normas técnicas proferidas por el Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM)⁵⁷.

56 Regulation (EC) n.º 66/2010 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the EU Ecolabel, artículo 6.

57 Argentina. Oficina Nacional de Contrataciones. *Manual de Procedimiento Único de Catalogación y Sustentabilidad*, Buenos Aires, AR_Compra y Presidencia de la Nación, pp. 260-261.

Un segundo tipo de ecoetiquetado es aquel que es también de carácter público, pero que evalúa un único criterio ambiental. Este es el caso de las etiquetas de eficiencia energética. En términos generales, mediante ellas se reconoce la observancia del criterio de la eficiencia energética y la importancia de suministrar, de manera fidedigna, comparable y pertinente el nivel de eficiencia energética de los aparatos electrónicos. Así, en el caso de Argentina, la Resolución 319 de 199 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería estableció el uso obligatorio del rótulo internacional de eficiencia energética para electrodomésticos como refrigeradores, aires acondicionados y calentadores, la cual después fue complementada por la Resolución 35 de 2005 con criterios más específicos⁵⁸.

El último tipo de ecoetiquetado es aquel que es gestionado y otorgado por el sector privado, sea a través de organizaciones no gubernamentales, de asociaciones industriales o de empresas particulares⁵⁹. Sin embargo, este tipo de sellos no suelen ser utilizados en el marco de las CPS y por tanto no nos ocuparemos de él.

Ahora bien, pese a que el ecoetiquetado es ampliamente utilizado en el mundo, son diferentes las estrategias que han servido para vincularlo en los procesos de CPS. En ese sentido, encontramos escenarios en los cuales es obligatorio que los bienes que han de ser adquiridos por la Administración cuenten con una ecoetiqueta o un sello que garantice que fueron producidos a partir de patrones sostenibles y que continuarán siendo ambientalmente sostenibles a lo largo de su ciclo de vida. Este es el caso de China, en donde, pese a no contar con una política clara en materia de CPS, en lo relativo a la compra pública de los productos eléctricos que son enunciados en la lista de productos de conservación energética se exige que cuenten con ecoetiquetado⁶⁰.

Sin embargo, la tendencia mundial en materia de ecoetiquetado para las compras públicas está asociada con el etiquetado voluntario. En ese sentido, casi ningún Estado exige para las compras públicas que los productos cuenten con un sello ambiental para que puedan ser adquiridos. No obstante, el

58 Oficina Nacional de Contrataciones. *Manual de Procedimiento Único de Catalogación y Sustentabilidad*, pp. 243-244.

59 European Commission. *Green Public Procurement and the European Ecolabel. FactSheet*, Bruselas, European Commission, 2008, p. 4.

60 United Nations Environment Programme. *Comparative Analysis of Green Public Procurement and Ecolabelling Programmes in China, Japan, Thailand and the Republic of Korea: Lessons Learned and Common Success Factors*, United Nations Environment Programme, 2017, p. 5.

ecoetiquetado sí suele ser utilizado como un parámetro del cumplimiento de unos mínimos ambientales exigibles a los proveedores. En ese sentido, países como Corea del Sur, Japón y Tailandia valoran positivamente que los productos cuenten con un ecoetiquetado a la hora de ser elegidos por las entidades públicas⁶¹. Así mismo, en Brasil la Instrucción Normativa n.º 1 previó que las entidades públicas podrían exigir en los procesos de compras públicas que los bienes fuesen fabricados con material reciclado, no tóxico o biodegradable, que no contuviesen sustancias peligrosas y que tuviesen certificación ambiental por parte de la autoridad competente⁶².

2.2. LA GESTIÓN AMBIENTAL

Un segundo criterio que puede ser utilizado en el marco de las CPS es el que tiene que ver con el cumplimiento de una serie de parámetros mínimos de gestión ambiental. En ese sentido, los Estados pueden proferir normas de diferentes tipos que establezcan un grupo de parámetros mínimos que deban ser tenidos en cuenta por las empresas que ofrezcan bienes o servicios al Estado. Concretamente, los Estados pueden establecer requisitos mínimos de gestión ambiental, como lo pueden ser, entre otros, que los proveedores cuenten con políticas internas de eficiencia energética, racionalización del agua, gestión de desechos según el tipo de residuo, reducción de emisión de gases o utilización de tecnologías limpias. Bajo este criterio de la gestión ambiental encontramos al menos tres modalidades que se incluyen dentro de los sistemas de CPS.

En primer lugar está la exigencia de una serie de parámetros de gestión ambiental que son de obligatoria consideración en el marco de los procesos de contratación pública. Así por ejemplo, en 2010 Brasil profirió la Instrucción Normativa n.º 1, por medio de la cual estableció los criterios de sostenibilidad ambiental que la Administración Pública Federal debía tener en cuenta para la adquisición de bienes, la contratación de servicios y la contratación de obras. En concreto, se estableció como obligatoria la reducción del consumo de energía y de agua, así como también el uso de tecnologías y materiales que reduzcan el impacto ambiental, como lo serían la automatización de la iluminación,

61 United Nations Environment Programme. *Comparative analysis of Green Public Procurement and Ecolabelling Programmes in China, Japan, Thailand and the Republic of Korea*, 2017, p. 5.

62 Brasil. Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa 01, 19 de enero de 2010, artículo 5.

el uso de energías renovables, el aprovechamiento de aguas lluvias o la implementación de políticas de reciclaje⁶³. Posteriormente, el Decreto 7746 de 2012 replicó esta obligación para todas las autoridades públicas de los niveles federal, estatal (o regional) y local⁶⁴.

Una segunda forma de incorporar el criterio de la gestión ambiental dentro de los procesos de CPS es aquella en la que el mismo se sugiere como parámetro dentro de los procesos de contratación, mas no se establece como de carácter obligatorio. Este es el caso de la estrategia chilena en donde, a través de la Directiva de Contratación Pública n.º 25, el organismo rector de las compras públicas se limita a recomendar tener en cuenta que los productos o servicios que se vayan a adquirir generen un impacto ambiental bajo que pueda ser verificado mediante sellos, etiquetas o certificaciones ambientales⁶⁵.

En este mismo sentido cabe resaltar el caso canadiense, en donde la gestión ambiental ha sido incluida dentro de los criterios para las compras públicas es el de reconocer la sostenibilidad ambiental como un factor de preferencia en la selección de productos y servicios dentro de los procesos de compras públicas. De esa manera, la Política de Compras Verdes de Canadá señala que los funcionarios públicos deben garantizar que se alcancen los objetivos de las compras sostenibles a través de la compra de aquellos bienes y servicios que sean preferibles en términos medioambientales de acuerdo con el valor monetario de cada bien o servicio⁶⁶.

Por último, existe también un modelo híbrido en el que la gestión ambiental, pese a ser un criterio voluntario para las entidades públicas, una vez introducida por una de ellas, se torna obligatoria (para la entidad que la introdujo). Este es el caso de Croacia, quien así lo estableció en el Plan Nacional de Acción de Compras Públicas Verdes con el fin de garantizar que para 2020 el 50% de las entidades públicas lo hubiesen incluido⁶⁷.

63 *Ibíd.*, artículo 4.

64 Brasil. Decreto 7746 de 2012, artículo 6.

65 Chile. Dirección Chile Compra. Directiva de Contratación Pública n.º 25, “Recomendaciones para la contratación de bienes y servicios incorporando criterios ambientales y de eficiencia energética”, s. f., p. 6. <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n25.pdf>

66 Canadá. *Policy on Green Procurement*, 2006, artículo 7.2.4.

67 Croacia. Ministarstvo Zaštite Okoliša i Prirode. *Nacionalni akcijski plan za zelenu javnu nabavu za razdoblje od 2015. do 2017. godine s pogledom do 2020. Godine*, Zagreb, Ministarstvo Zaštite Okoliša i Prirode, 2015.

Finalmente, con relación al criterio sobre la gestión ambiental cabe señalar que existen diferentes formas de verificar su cumplimiento. En ese sentido, en el marco de los procesos de licitación se puede exigir la acreditación de dicha gestión por medio de certificados ambientales proferidos por terceros; mediante la implementación de sistemas de gestión de calidad como el EMAS, o por medio de sistemas unificados de información a través de los cuales las empresas reporten dicha gestión.

2.3. LA PROHIBICIÓN DE USO DE PRODUCTOS O SERVICIOS AMBIENTALMENTE DAÑINOS

En tercer lugar encontramos otro criterio importante con relación con la sostenibilidad ambiental al interior de las compras públicas. Se trata de la inclusión dentro de las políticas que desarrollen las CPS de una cláusula de prohibición para el uso de productos o la contratación de servicios respecto de los cuales se haya evidenciado que son perjudiciales para el medio ambiente. En ese sentido, se trata de un dispositivo pensado para excluir la responsabilidad del Estado respecto a la promoción, financiación y utilización de bienes y servicios medioambientalmente gravosos.

A grandes rasgos, este criterio suele ser utilizado en uno de dos contextos. Así, es posible ver que las prohibiciones de adquirir bienes o servicios que sean proveídos a partir de materiales o procedimientos ambientalmente dañinos se encuentran planteadas ya sea por la agencia nacional de contrataciones, en las circulares y resoluciones internas, o mediante una prescripción general por parte de la legislación. Esta segunda alternativa es la más ampliamente utilizada por los Estados para la restricción de productos que lesionen la capa de ozono tras la adopción del Protocolo de Montreal en 1987.

Así por ejemplo, este tipo de disposiciones pueden ser encontradas en el caso de regulaciones como la de Brasil, que desde 1998 prohibió la adquisición de equipos que utilicen sustancias que erosionan la capa de ozono. Más exactamente, estableció una lista de al menos dieciocho sustancias, que incluyen los CFC 11, 12, 13, 111-115 y 211-217 (utilizados normalmente en productos semiconductores y electrónicos), los HALON 1211, 1301 y 2402, el CCl_4 (utilizado normalmente en líquidos refrigerantes, agentes de limpieza y extinguidores de fuego) y el $\text{C}_2\text{H}_3\text{Cl}_3$ 1, 1, 1 (antiguamente utilizado para la limpieza de las

partes metálicas en componentes electrónicos, como ingrediente de adhesivos y como insecticida)⁶⁸.

2.4. VALORACIÓN DE SANCIONES AMBIENTALES

También suele ser utilizado otro criterio que tiene que ver con la gestión ambiental y que valora el nivel de cumplimiento por parte de los proveedores de bienes y servicios de la legislación y la normatividad ambiental vigente en cada país. En concreto, se trata de una disposición que incluyen algunos países en sus políticas públicas sobre CPS y por medio de la cual prohíben al Estado contratar con cualquier persona (natural o jurídica) que haya sido condenada en el pasado por la violación a cualquier norma de la regulación ambiental del país.

Por ejemplo, Irlanda incluye dentro de los criterios de selección de proveedores y contratistas los antecedentes judiciales relativos al incumplimiento de la legislación ambiental. En ese sentido, exige a todos los oferentes que acrediten la inexistencia de antecedentes judiciales en materia ambiental como criterio de elegibilidad. En consecuencia, excluye automáticamente del proceso de licitación pública a cualquier persona o empresa que haya sido condenada judicialmente por la violación de alguna disposición ambiental⁶⁹.

2.5. INFRAESTRUCTURA ESTATAL AMBIENTALMENTE AMIGABLE

Un quinto criterio que es ampliamente utilizado en el mundo dentro de las CPS es el que tiene que ver con garantizar la sostenibilidad de las diferentes obras de infraestructura que tiene el Estado. En concreto, se trata de un mecanismo a través del cual los gobiernos promueven la transformación de sus espacios y sus obras en modelos a seguir para el resto de la sociedad. En ese sentido, se trata de un criterio con el que se logran varias cosas: por un lado, se promueve y garantiza que las obras del Estado utilicen materiales y procesos ambientalmente amigables, pero por el otro, se asegura que los edificios

68 Brasil. Decreto 2783 de 1998, artículo 1.

69 Irlanda. Environmental Protection Agency. *Green Procurement: Guidance for the Public Sector*, Irlanda, Environmental Protection Agency, 2014, p. 16.

de las instituciones y entidades públicas incorporen prácticas, materiales y tendencias sostenibles.

Un buen ejemplo de lo primero es el caso de Polonia, en donde se incluye este criterio de sostenibilidad de las compras públicas en todos los contratos relacionados con la construcción, adecuación y remodelación de edificios públicos. En concreto, la Agencia Nacional de Compras Públicas ha desarrollado en sus procesos de contratación un mecanismo que reconoce la importancia de que los edificios públicos sean sustentables ambientalmente, y por ello obliga a que tanto las obras como los edificios (ya terminados) cumplan con unos parámetros mínimos de eficiencia energética⁷⁰.

En esa misma línea podemos traer a colación el caso de Corea del Sur, en donde, en virtud de una ley que obligaba a todas las entidades públicas a comprar únicamente bienes “verdes” y a establecer planes internos de racionalización de energía, se propuso como meta que para el año 2016 todos los nuevos edificios públicos contaran con un 100% de luces led y que para 2020 todos los edificios antiguos hubiesen logrado el cambio a este tipo de luces. Gracias a esta medida, en 2015 una sola entidad pública (el Servicio Nacional de Seguros de Salud) compró 3.697 luces led con ecoetiquetado para reemplazar integralmente el sistema de iluminación de sus instalaciones y hacerlo ambientalmente sostenible. Esto supuso para el erario público un ahorro de más de 177 millones de won al reducir sustancialmente la necesidad de nuevos bombillos y disminuir el consumo energético⁷¹.

2.6. EL CAMBIO DE RACIONALIDAD EN EL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS

Por último, vale la pena mencionar un grupo de criterios ambientales que también suelen ser utilizados dentro de las CPS, que a diferencia de lo que ocurre con los cinco criterios anteriores, tiene que ver, ya no con los productores de bienes o proveedores de servicios, sino con el trabajo que desempeñan los compradores públicos. Nos referimos a aquellos criterios que se incluyen dentro del proceso de compras públicas propiamente dicho y que permiten

70 ANNA BOGUSZ, LUKASZ POLAKOWSKI, JAKUB BELI, MARCIN SKOWRON y MAGDALENA LORALEWSKA-ZIELINSKA. *Zielone zamówienia publiczne ii podręcznik*, Varsovia, Urząd Zamówień Publicznych, 2012.

71 Green Purchasing Network Malaysia. *A sampling of successes in Green Public Procurement*, 2017, p. 43.

valorar integralmente la sostenibilidad de un producto o un servicio a partir de los principios de eficiencia y economía. Incluimos en este último grupo de criterios aquellas medidas que suponen un cambio en la racionalidad del agente público que realiza las compras públicas.

En primer lugar, dentro de este grupo se encuentra el cambio de lógica respecto del valor monetario que tienen los productos o servicios. Se trata de capacitar a los funcionarios públicos encargados de las compras para que entiendan que no se trata de adquirir el bien o servicio que sea “más barato” en términos financieros y a corto plazo. En realidad, es necesario que al momento de analizar la competitividad de los precios se tome en consideración el ciclo de vida del producto o del servicio, pues solo en esa medida se podrá realizar un verdadero análisis económico para la compra, previendo qué tanto ahorro supondrá una compra a futuro.

Sumado a esto, también es necesario capacitar a los funcionarios para que hagan una evaluación integral del ciclo de vida del producto o del bien que van a adquirir para el Estado, lo cual supone, en el caso de los bienes, realizar un análisis del producto desde la extracción de los materiales que se utilizaron hasta la disposición final del producto mismo. Con ello se hace posible para los funcionarios cuantificar los verdaderos impactos ambientales y sociales de un determinado bien, como sería el caso de las emisiones de carbono. Para ello, por ejemplo, algunos países como Irlanda han creado sistemas de información unificados que permiten consultar y validar el nivel de la huella ecológica que dejan las empresas que proveen al Estado, facilitando la evaluación ambiental que deben realizar los compradores.

Por último, también vale la pena destacar la forma en que algunos Estados han llevado al máximo su nivel de transparencia en términos de sostenibilidad, promoviendo la creación de sistemas de información y reporte del nivel de sostenibilidad de las entidades públicas. Así por ejemplo, Corea del Sur ha interconectado su plataforma electrónica de compras públicas con la *Green Product Information Platform*, para registrar de manera automática todas las compras del Estado que cumplen con criterios de sostenibilidad ambiental⁷².

En suma, el enfoque de las CPS y los criterios que utiliza para promover la sostenibilidad ambiental del sistema suponen una importante transformación en la cultura del consumo. En concreto, no solo promueve que el Estado tenga

72 Green Purchasing Network Malaysia. *A sampling of successes in Green Public Procurement*, 2017, p. 45.

prácticas más sostenibles y ambientalmente menos dañinas, sino que propicia un cambio estructural en los patrones de producción de los particulares a través del cual se pueden mitigar en gran medida las causas humanas del cambio climático. Hasta el momento hemos presentado algunas herramientas que han sido utilizadas a lo largo y ancho del mundo para ello, y que sin duda contribuyen a reducir la huella ecológica de nuestra civilización; sin embargo, aún nos resta ver cómo se ha implementado el enfoque de las CPS en Colombia y cuáles son los desafíos que existen de cara a lograr la mitigación del cambio climático en el marco de la Agenda 2030.

3. LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES EN COLOMBIA Y LA AGENDA 2030

El sistema de compras públicas en Colombia es resultado de una evolución, algo tardía, del régimen de contratación estatal, y por tanto se encuentra edificado sobre un complejo andamiaje normativo que se integra por normas de diferentes rangos y de naturaleza disímil⁷³. En otras palabras, la evolución del sistema de las compras públicas ha estado marcado en nuestro país por diferentes hitos condicionados por los intereses políticos de los gobiernos de turno. Ahora bien, entre esos hitos se encuentra la inclusión del enfoque de las CPS dentro de nuestro sistema.

En términos generales, la necesidad de adoptar una aproximación como esta viene desde el año 1992, cuando Colombia suscribió la Declaración de Río y se comprometió a contribuir al cambio de los patrones de producción y consumo. Sin embargo, en este periodo inicial apenas se incluyeron tangencialmente algunas disposiciones en materia de impactos ambientales de las construcciones de obras públicas en el Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993)⁷⁴. Con la Declaración de Johannesburgo de 2002 el Estado colombiano reafirmó su intención y empezó a diseñar políticas públicas y estrategias para lograr tal cambio. En ese contexto se adoptó la Política Nacional de Producción Más Limpia (1997), con la cual se intentó mejorar la gestión ambiental de los diferentes actores económicos, previniendo

73 GERMÁN LOZANO VILLEGAS. “Cartografía normativa de las compras públicas en Colombia”, en *Las compras públicas al descubierto. Normatividad, estrategia, economía y tecnología*, GERMÁN LOZANO VILLEGAS (ed.), Bogotá, Ibáñez, 2020, pp. 13-50.

74 Colombia. Ley 80 de 1993, artículos 25 y 67.

la contaminación y promoviendo la eficiencia productiva mediante buenas prácticas manufactureras y el uso de tecnologías más limpias⁷⁵; así mismo se formuló el Plan Estratégico Nacional de Mercados Verdes (2002), que buscó consolidar la producción de bienes ambientalmente sostenibles y la oferta de servicios ecológicamente competitivos⁷⁶. Sin embargo, ninguno de los dos, ni la Política ni el Plan, incluyó las compras públicas como uno de los escenarios para promover este cambio.

Dicho cambio solo se empezó a gestar años después, cuando Colombia se convirtió en uno de los países piloto para la implementación de la metodología desarrollada por la Fuerza Especial de Trabajo del Proceso de Marrakech⁷⁷. Ahora bien, sin entrar en detalle respecto a la forma en que se aplicó dicha metodología en el contexto nacional, podemos señalar que el primer resultado tangible fue la expedición de la Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible de 2010, la cual reconoció el importante papel de las compras públicas como motor del cambio en los patrones de producción y consumo; en parte, debido a que las estrategias anteriores no habían sido suficientes y el país experimentaba una creciente tendencia hacia el consumo insostenible como consecuencia de la desinformación ciudadana, la relación desproporcionada entre crecimiento poblacional, consumo y capacidad ecosistémica y la ausencia de investigación y desarrollo en materia de sostenibilidad⁷⁸.

En concreto, respecto a la introducción del criterio de sostenibilidad en las compras públicas, la Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible fijó tres elementos. En primer lugar, estableció como meta concreta que para el año 2014 al menos el 10% de las compras realizadas por el Estado fueran sostenibles, y que para 2019 llegaran al 30%⁷⁹. En segunda instancia y para lograr medir los avances para alcanzar dicha meta, introdujo un indicador

75 Colombia. Ministerio del Medio Ambiente. *Política Nacional de Producción Más Limpia*, Bogotá, Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pp. 18 ss.

76 Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible*, Bogotá, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, p. 9.

77 GERMÁN LOZANO VILLEGAS. “La incidencia de los estándares internacionales sobre los sistemas de compras públicas y su relevancia en América Latina”, en *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*, GERMÁN LOZANO VILLEGAS y JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 39.

78 Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible*, 2010, p. 10.

79 *Ibid.*, p. 37.

de compras públicas dentro de la Estrategia de Compras Sostenibles⁸⁰. Por último, esta política pública fue la primera en establecer como línea de acción del gobierno el definir, reglamentar e implementar un Plan de Contratación Sostenible que tuviese como fundamento un sistema de información verificable, precisa y no engañosa en materia ambiental⁸¹.

Ese mismo año se puso en marcha el Proyecto Piloto de Fortalecimiento de Capacidades para las Compras Públicas Sostenibles en Colombia, con el que se priorizó el establecimiento de criterios de sostenibilidad ambiental para un total de 16 bienes y servicios: aceites combustibles, baldosas en cerámica, bolígrafos, café, cemento, combustibles, computadores, detergentes, impresoras, luminarias, *mouses*, papel, pinturas para interiores, productos impresos, textiles y vehículos⁸². Así mismo, a través de este proyecto se empezó a promover el uso de estos criterios por parte de las entidades públicas en sus compras, aclarando que podrían ser incorporados a través de las especificaciones técnicas de los productos requeridos y otorgándoles el peso ponderado que considerasen oportuno⁸³.

En 2012, tras la adopción del Plan Decenal de Programas sobre Patrones de Consumo y Producción Sostenibles en Río+20, el Ministerio de Ambiente, junto con el Centro Nacional de Producción Más Limpia, publicó la Guía Conceptual y Metodológica de Compras Públicas Sostenibles, con el fin de promover el uso de ciclo PHVA para la adquisición de bienes y servicios con criterios de sostenibilidad. En ese sentido, se sugería empezar por planear las políticas y lineamientos internos de compras sostenibles, definir los criterios de sostenibilidad y la forma de seleccionar y priorizar los bienes y servicios a adquirir; después, elaborar los estudios y documentos necesarios para incorporar los criterios de sostenibilidad en las compras públicas; en tercer lugar, verificar los bienes y servicios adquiridos y la disminución de sus impactos ambientales y sociales; y, por último, revisar el proceso para las compras sostenibles y revisarlo constantemente para mejorarlo⁸⁴.

80 *Ibíd.*, p. 66.

81 *Ibíd.*, p. 66.

82 Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. *Portafolio de Bienes y Servicios Sostenibles 2013 – Colombia*, Bogotá, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2013, p. 82.

83 *Ibíd.*, p. 83.

84 Ministerio de Ambiente y Centro Nacional de Producción Más Limpia. *Guía conceptual y metodológica de Compras Públicas Sostenibles*, Bogotá, Ministerio de Ambiente, 2012, p. 12.

Dentro de los criterios de sostenibilidad que señaló esta guía metodológica se encontraban transversalmente todos los casos citados: el análisis del ciclo de vida, los ecocertificados y las ecoetiquetas, las autodeclaraciones ambientales, la eficiencia energética y ambiental y el uso de sustancias peligrosas o tóxicas⁸⁵. Igualmente, se presentaron como medios de verificación del cumplimiento de estos criterios: las declaraciones de los proveedores, las fichas técnicas de los productos, los certificados de disposición final, indicadores y metas, y las hojas de seguridad de los bienes⁸⁶.

El año siguiente, el Ministerio de Ambiente publicó un Portafolio de Bienes y Servicios del Programa de Transformación Productiva, en donde sistematizaba los bienes y servicios sostenibles a partir de los diferentes procesos de normalización que se habían surtido hasta el momento y cinco criterios ambientales concretos⁸⁷. De esta manera, se promovió la adopción de nuevos criterios para las compras públicas, en particular, en lo relativo a los sectores del papel, los impresos, los vehículos, los aceites, los textiles y los detergentes. Estos criterios fueron: la vida útil del producto o el servicio, el enfoque de ciclo de vida, la sustitución de sustancias o materiales peligrosos, la naturaleza reciclable del producto o el uso de insumos reciclados para su producción y, finalmente, el uso eficiente y sostenible de los recursos productivos⁸⁸.

Pero para el gobierno se convirtió en un tema importante el que las compras públicas fueran sostenibles y empezó a introducirlo como una prioridad dentro de su mandato. En ese sentido, el presidente de la República expidió el Decreto 1510 de 2013, por medio del cual, retomando algunas ideas de la Ley 80 de 1993 y en atención a la creciente importancia de los criterios ambientales en la contratación pública, estableció una serie de condiciones para la liquidación contractual que tenían que ver con la disposición final y la recuperación ambiental en las obras públicas y los bienes adquiridos por el Estado⁸⁹. Así mismo, dentro del Plan Nacional de Desarrollo “Todos por un

85 *Ibíd.*, p. 22.

86 Centro Nacional de Producción Más Limpia. Convenio 133 de 2013, “Aunar esfuerzos técnicos y financieros para la implementación de la estrategia de compras públicas sostenibles mediante la socialización, sensibilización y capacitación y la evaluación del Estado de Compras Públicas en Colombia. Medellín, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013, p. 4.

87 Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. *Portafolio de Bienes y Servicios Sostenibles 2013 – Colombia*, cit., p. 83.

88 *Ibíd.*, p. 84.

89 Colombia. Decreto 1510 de 2013, artículo 37.

Nuevo País” (2014-2018) incluyó un capítulo entero referente al crecimiento verde del país, en el que reconoció la necesidad de adoptar nuevas estrategias para incrementar las compras públicas sostenibles⁹⁰.

Sin embargo, no fue sino en 2017, después de haber contraído una serie de obligaciones derivadas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, dentro de los que se incluía el asegurar prácticas de compras públicas que fuesen sostenibles, que dicha estrategia prometida por el Plan Nacional de Desarrollo cobró forma, al diseñarse y publicarse el Plan Nacional de Compras Públicas Sostenibles (2016-2020). Dentro de este nuevo plan, el gobierno reafirmó la naturaleza estratégica de las CPS al reconocer que inciden directa y positivamente en las tres dimensiones del desarrollo sostenible, así como también en la democratización, la gestión, la innovación y la gobernanza nacional⁹¹. Igualmente, se propuso no solo incentivar y desarrollar las compras públicas sostenibles a nivel nacional, sino también la participación de Colombia en este tipo de compras en el escenario internacional.

Para lograr dichos objetivos se trazaron siete líneas estratégicas. En primer lugar, el desarrollo de aspectos normativos con el propósito de promover la seguridad jurídica y, con ello, la implementación práctica de las CPS⁹². La segunda de estas líneas está orientada hacia el desarrollo e implementación de herramientas que permitan a las entidades públicas llevar a cabo las CPS⁹³. Por otra parte, se previó el fortalecimiento y desarrollo de las capacidades institucionales para que tengan una idea clara de su responsabilidad y sus compromisos en lo relativo a las CPS⁹⁴. En cuarta instancia, se estableció la estrategia para fortalecer la oferta de bienes y servicios sostenibles a través del apoyo y el desarrollo de las capacidades del mercado y sus proveedores⁹⁵. En quinto lugar, se trazó como línea estratégica la divulgación del Plan de Acción Nacional sobre Compras Públicas Sostenibles como presupuesto para

90 Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Plan Nacional de Desarrollo “Todos por un Nuevo País”, Bogotá, Departamento Nacional de Desarrollo, 2015, p. 682.

91 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Plan de Acción Nacional de Compras Públicas Sostenibles 2016-2020*, Bogotá, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017, p. 14.

92 *Ibíd.*, p. 18.

93 *Ibíd.*, p. 21.

94 *Ibíd.*, p. 24.

95 *Ibíd.*, p. 28.

la consecución de las metas del plan⁹⁶. La sexta línea planteó la necesidad de realizar alianzas y sinergias en términos territoriales, nacionales e internacionales para la implementación de las CPS⁹⁷. Finalmente, la última estrategia propuso la implementación de un Sistema Nacional de Información sobre las Compras Públicas Sostenibles que reuniera la información institucional y nacional sobre el nivel de implementación de este enfoque⁹⁸. En la tabla 1 se muestran las acciones y metas específicas que fueron establecidas para cada una de estas líneas estratégicas.

TABLA 1. ACCIONES Y METAS DEL PLAN NACIONAL DE ACCIÓN SOBRE COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES POR LÍNEA ESTRATÉGICA

Línea estratégica	Acciones	Meta sustancial	Meta temporal para el cumplimiento
Política y aspectos normativos de las CPS	Conformación del Comité Coordinador Nacional de CPS	2 reuniones	2018
	Identificación de metas y objetivos en materia de CPS	100%	2017
	Actualización del marco jurídico en materia de CPS	1 instrumento jurídico vinculante	2020
	Reglamentación del Decreto 1369 de 2014 sobre publicidad alusiva a cuestiones ambientales	100%	2017
	Inclusión de criterios de sostenibilidad en los acuerdos marco de CCE	50%	2020
Desarrollo e implementación de herramientas	Herramienta para la priorización en la adquisición de bienes y servicios	70%	2020
	Análisis de costos y beneficios en la adquisición de bienes y servicios sostenibles	70%	2020
	Utilización de la Guía de CPS en los procesos de compras públicas	80%	2020

96 *Ibíd.*, p. 30.

97 *Ibíd.*, p. 32.

98 *Ibíd.*, p. 35.

Línea estratégica	Acciones	Meta sustancial	Meta temporal para el cumplimiento
	Incorporación de fichas con criterios de sostenibilidad en los procesos de compras públicas	25 entidades	2020
	Utilización de la Guía de comunicación por entidades públicas	80%	N/A
	Plataforma integradora de CPS conectada con el sistema de información de CPS	100%	2018
	Mesa de ayuda para la implementación de CPS por las entidades públicas	80%	2020
Fortalecimiento y desarrollo de capacidades institucionales	Lineamientos y metas de CPS en documentos estratégicos de ministerios y autoridades ambientales	70%	2020
	Fortalecimiento de grupos de trabajo transversales e intersectoriales	70%	2020
	Programa de desarrollo de capacidades	80%	2020
	Asesorías a entidades impulsoras de CPS	8 entidades impulsoras	2018
	Asesorías a otros ministerios no impulsores	70%	2020
Fortalecimiento de proveedores de bienes y servicios sostenibles	Incentivos para promover la oferta de CPS por parte del sector privado	20%	2020
	Criterios de sostenibilidad en proveedores del sector público	20%	2020
Comunicación de las CPS	Estrategia de comunicación	6 entidades impulsoras	2018
	Estrategia para el posicionamiento de las CPS en el sector público	80%	2020
	Estrategia para el posicionamiento de las CPS en la sociedad	3 campañas nacionales	2020
Colaboración, alianzas y sinergias	Plan Ejecutivo Anual	3 planes ejecutivos anuales	2020
	Cooperación internacional	3 acuerdos	2020
	Alianza con ONGs y ESALS	2 alianzas	2020

Línea estratégica	Acciones	Meta sustancial	Meta temporal para el cumplimiento
	Articulación con gobiernos territoriales	5 acuerdos	2020
	Alianzas con cámaras de comercio y asociaciones industriales	4 acuerdos	2020
	Articulación con entidades públicas	2 informes	2020
Sistema de información de CPS	Implementación del Sistema Nacional de Información de CPS	100%	2018
	Reportes estandarizados sobre CPS	1 reporte nacional + 3 institucionales	2020

Fuente: elaboración propia.

Pese a que ya está por cumplirse el periodo establecido por el Plan Nacional de Acción sobre CPS, es difícil realizar un balance total de su cumplimiento. Esto se debe en gran medida a que los objetivos generales que fueron propuestos y que se pretendía lograr a través de las actividades específicas señaladas en la tabla 1, no han sido alcanzados. En realidad, desde la expedición de este plan nacional se han logrado solo algunos avances tangibles (y además verificables a partir de la información pública).

Con relación a la primera línea estratégica, es decir, la política y los aspectos normativos de las CPS, solo se puede señalar que ha habido algunos avances respecto a la inclusión de criterios sostenibles en los acuerdos marco de precios. Sin embargo, debido a la falta de creación del Sistema Nacional de Información de CPS y a la ausencia de información estadística pública sobre este tipo de herramientas de agregación de la demanda, es difícil poder estimar el porcentaje de acuerdos en los que han sido incluidos estos criterios. Por otra parte, el instrumento jurídico vinculante en materia de compras públicas aún no ha sido promulgado, la reglamentación del Decreto 1369 de 2014 tampoco se ha realizado y, en términos generales, no se ha llevado a cabo un proceso de actualización del marco normativo de las compras públicas para incluir el enfoque de las CPS.

En cuanto a las actividades de la segunda línea estratégica, es decir, la que se propone desarrollar e implementar herramientas para las compras públicas sostenibles, tampoco es posible conocer aún con exactitud si se han alcanzado las metas propuestas por el plan de acción. Sin embargo, en esta sí

existen importantes desarrollos que permitirían que se estuviese cumpliendo gran parte de dichos objetivos. Así entonces, encontramos que desde 2017, cuando se publicó el plan de acción, se han diseñado y publicado múltiples herramientas para el uso de las compras públicas sostenibles por parte de las entidades públicas.

Por un lado, encontramos al menos tres manuales o guías para las entidades públicas. El primero de ellos es el *Manual de Compras S.O. Sostenibles para entidades: públicas y privadas*, en donde no solo se explica con claridad la importancia de las CPS sino que se desarrollan uno a uno los pasos que se deben tener en cuenta para implementar un proceso de compras sostenibles al interior de una entidad pública; lo anterior, ejemplificando con casos hipotéticos y casos de éxito de bienes y servicios sostenibles en el contexto colombiano⁹⁹. El segundo es la *Guía Conceptual y Metodológica* de CPS del Ministerio de Ambiente, la cual explica cómo implementar este enfoque en cada una de las etapas de la contratación pública¹⁰⁰. Finalmente, el tercero es el documento G-CPSMA-02 de Colombia Compra Eficiente, mediante el cual se difunde una guía de CPS con el ambiente que explica en qué consiste el análisis de ciclo de vida, cómo se debe aplicar, qué herramientas se pueden utilizar y cómo se puede monitorear y verificar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad exigidos en los procesos de contratación¹⁰¹.

Sumado a lo anterior, encontramos la formulación de las especificaciones técnicas de la herramienta de análisis de costo-beneficio para las CPS¹⁰², así como la elaboración y publicación de las fichas técnicas con criterios de sostenibilidad para 28 bienes diferentes. La estructura general de estas fichas consta de catorce elementos, dentro de los que se incluyen un índice total de sostenibilidad, un *dashboard* de indicadores sobre la reducción de impactos

99 Dirección de Asuntos Ambientales Sectorial y Urbana. *Manual de Compras S.O. Sostenibles para entidades: públicas y privadas*. Bogotá, GIZ, GmbH, s. f.

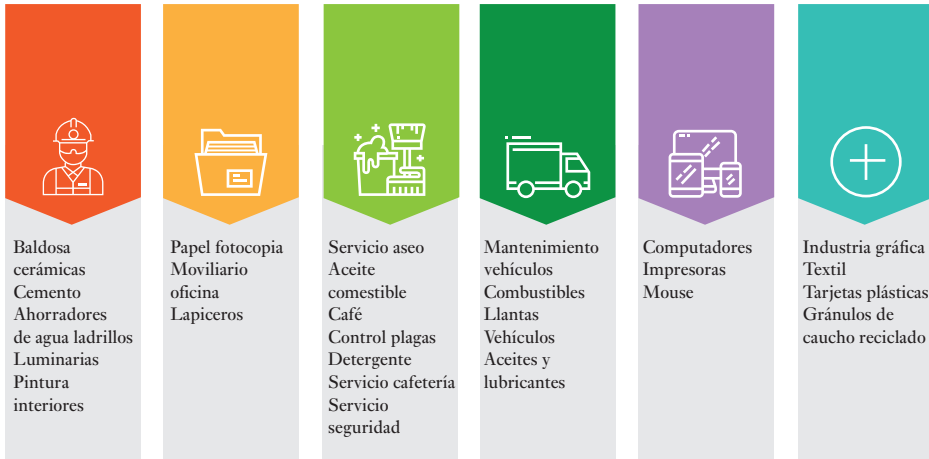
100 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Compras Públicas Sostenibles. Guía conceptual y metodológica*, Bogotá, 2017.

101 Colombia Compra Eficiente (s.f). *Guía de compras públicas sostenibles con el ambiente. G-CPSMA-02*, Bogotá, s. f.

102 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Centro Nacional de Producción Más Limpia. *Estimulación de la oferta y la demanda de productos sostenibles a través de la contratación pública sostenible y eco – etiquetado (SPPEL). Especificaciones técnicas de la herramienta análisis costo beneficio*, Bogotá, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017.

ambientales y sociales, una lista de criterios calificables, habilitables o preferibles, y las políticas y normas asociadas al producto¹⁰³.

FIGURA 1. CLASIFICACIÓN DE FICHAS TÉCNICAS CON CRITERIOS SOSTENIBLES SEGÚN SECTOR DE LOS PRODUCTOS



Fuente: Dirección de Asuntos Ambientales Sectorial y Urbana, *Manual de Compras S.O. Sostenibles para entidades: públicas y privadas*, Bogotá, GIZ, GmbH, s. f.

Así mismo, vemos que ha habido pequeños avances en lo relacionado con las mesas de apoyo para las entidades públicas que decidan implementar el enfoque de las CPS, pues al menos en el caso del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo existió esta herramienta¹⁰⁴. También es preciso señalar que se anunció en 2018 el lanzamiento de la herramienta virtual de CPS para que catorce entidades de los sectores comercio, industria y turismo pudiesen rastrear con mayor facilidad la información necesaria para realizar compras de este tipo; ahora bien, dicha herramienta no es de acceso público y no existe un balance de resultados de ella¹⁰⁵. Finalmente, debemos destacar que una de

103 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Fichas técnicas con criterios de sostenibilidad*, Ministerio de Ambiente, Centro Nacional de Producción Más Limpia, ONU Medio Ambiente y Comisión Europea, s. f., disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/compras_p%C3%BAblicas/Infografia_Fichas_tecnicas_con_criterios_de_sostenibilidad_Generalidades.pdf

104 Compras Públicas Sostenibles en el MinCIT. *Resultados*, s. f., disponible en: <http://web.mincit.gov.co/compuso/mincit-cps.html>

105 Colombia. Minambiente. *Nueva herramienta virtual impulsa el consumo sostenible del sector público en Colombia*, 14 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/>

las grandes deudas de la implementación del plan de acción es el Sistema de Información Nacional, por lo que es difícil conocer con certeza cuántas otras entidades han tenido una mesa de ayuda y han accedido e implementado otras herramientas de las CPS.

Por su parte, el fortalecimiento de las capacidades institucionales de las entidades públicas también ha estado en buena medida segmentado, y con ello, limitado. No existe un reporte unificado de los esfuerzos relacionados con la capacitación de funcionarios ni del diseño e incorporación de lineamientos en materia de compras públicas sostenibles dentro de las entidades públicas. No obstante, podemos nombrar algunos casos de éxito en donde las entidades públicas sí lo han hecho (incluso antes de la expedición del plan de acción): es el caso del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Por ejemplo, el Ministerio de Comercio incluyó una guía metodológica de CPS en la entidad a través de la Circular 01 de 2013^[106]; mientras que, en el caso de la Alcaldía de Bogotá, a través del Acuerdo 540 de 2013, celebrado por la Secretaría Distrital de Ambiente, se establecieron los lineamientos del programa distrital de compras verdes para las adquisiciones de la Administración Pública local¹⁰⁷.

Sin embargo, el caso en el que mayor desarrollo han tenido las capacidades institucionales es el del Ministerio de Ambiente, en donde, a través de la resolución 0594, se fortaleció el proceso de contrataciones con la adopción del *Manual de Contratación* en el que se rescataron los aspectos ambientales de sostenibilidad, facultando a los funcionarios para verificar el cumplimiento de los criterios establecidos en los pliegos de condiciones y para responder a las observaciones e inquietudes que presentaran los oferentes y que estuviesen relacionadas con dicha cuestión¹⁰⁸.

Así mismo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es un buen ejemplo de la conformación de equipos transversales para la implementación de las CPS al interior de las entidades. En su caso, constituyó un equipo

index.php/noticias-minambiente/4109-nueva-herramienta-virtual-impulsa-el-consumo-sostenible-del-sector-publico-en-colombia

106 Colombia. Mincit. Circular 01 del 13 de junio de 2013, disponible en: <https://www.mincit.gov.co/mincit/media/Documentos/Circular-01-de-2013-Anexo-11.pdf>

107 Secretaría Distrital de Ambiente. *Boletín Distrital Piga*, n.º 23, *Compras Sostenibles*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, 2017, p. 4.

108 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Compras Públicas Sostenibles. Guía conceptual y metodológica*, 2017, p. 18.

conformado por un grupo de personas encargado de la revisión de los contratos; otro para la gestión administrativa y los asuntos ambientales, y contó con el apoyo de una oficina de asesoría jurídica¹⁰⁹.

Por su parte, la línea estratégica para el fortalecimiento de proveedores de bienes y servicios sostenibles ha sido desarrollada a través de diferentes mecanismos, entre los que ha primado la valoración de los criterios de sostenibilidad en los procesos de contratación. Sin embargo, los principales casos de éxito en esta materia tienen origen en hechos anteriores al plan de acción, como es el caso del Conpes 3919 o del Decreto 1082 de 2015. En concreto, el primero establece una política nacional de edificaciones sostenibles que promueve las obras sostenibles y ambientalmente amigables, y el segundo, en el artículo 2.2.1.1.2.2.2, incluye los factores ambientales dentro de la figura del *ofrecimiento más favorable*.

En términos de comunicación y posicionamiento de las CPS en el sector público y la sociedad civil, es necesario señalar que se ha hecho un esfuerzo importante. Sin embargo, dicho esfuerzo no ha trascendido a nivel estructural, en la medida en que se ha limitado a la difusión y divulgación de las guías metodológicas desarrolladas por el Ministerio de Ambiente, que en todo caso no han irradiado en su totalidad a las entidades públicas. En esa misma medida, también hay que señalar que en realidad, respecto a las campañas nacionales para incidir en la sociedad, ellas han estado principalmente asociadas a programas preexistentes que promueven un cambio en los patrones de consumo y producción. En ese sentido, un buen ejemplo serían los sellos o certificados ambientales que vienen siendo promovidos desde antes del Plan Nacional de Acción.

En materia de cooperación y sinergias, los avances se han focalizado principalmente en la realización de acuerdos territoriales para la implementación de las CPS. En ese sentido cabe resaltar, a modo de ejemplo, los acuerdos celebrados con la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá y el Acuerdo Metropolitano 06 de 2015 celebrado con el Área Metropolitana del Valle de Aburrá para promover la inclusión de criterios ambientales y de sostenibilidad en los procesos de adquisición de los municipios metropolitanos¹¹⁰. Sin

109 Colombia. Compras Públicas Sostenibles en el MinCIT. Equipo CPS, s. f., disponible en: <http://web.mincit.gov.co/compuo/mincit-cps.html>

110 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Compras Públicas Sostenibles. Guía conceptual y metodológica*, cit., p. 20.

embargo, más allá de la participación de Colombia en el Plan Decenal de Programas de Patrones de Consumo y Producción Sostenibles y en la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, no ha habido avances en la dimensión internacional de las CPS.

Por último y como lo hemos destacado en las últimas páginas, la gran deuda en la implementación del plan de acción es la consolidación y puesta en marcha del Sistema Nacional de Información sobre CPS. Hasta el momento no ha sido desarrollado, lo que ha traído importantes limitaciones para la implementación de este enfoque en el contexto colombiano; pero lo que es más grave, ha supuesto un obstáculo para dimensionar la forma en que las entidades públicas están contribuyendo a la mitigación del cambio climático.

Ahora bien, a partir de este barrido general del nivel de implementación de las CPS en Colombia y a pesar de no haber conseguido realizar un diagnóstico cuantitativo sobre el cumplimiento del plan de acción de CPS, sí es posible extraer algunas conclusiones importantes sobre los desafíos que Colombia tiene en el marco de la Agenda 2030 desde el sector de las compras públicas. En concreto, no podemos olvidar que, en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el país asumió una serie de compromisos, entre ellos la implementación de las CPS^{III}.

Debemos señalar que, si bien el país ha sido uno de los primeros en el mundo en acoger un enfoque de las CPS al haber hecho parte del plan piloto de la Fuerza Especial de Marrakech, su nivel de implementación es bajo en comparación con otros países. Esto se puede evidenciar en varios sentidos. Por un lado, en Colombia no existe todavía un instrumento jurídico vinculante que obligue a las entidades públicas a incluir factores y criterios de sostenibilidad dentro de sus procesos de compras públicas. Por el contrario, la legislación se limita a señalar que se trata de criterios optativos y que por tanto quedan a discreción de cada entidad pública.

Esta situación no sería problemática si en realidad se hubiese logrado una verdadera transformación en la cultura del consumo, y en particular, en la forma de operar de los funcionarios públicos. Sin embargo, como hemos visto, apenas algunas entidades públicas han adoptado el enfoque de las CPS, implementándolo internamente para sus procesos de contratación. En ese mismo sentido, la contribución de Colombia Compra Eficiente como organismo rector

III Colombia. Gobierno de Colombia y MinAmbiente. *Agenda 2030. Transformando Colombia*, Bogotá, PNUD, BID, MinAmbiente y Gobierno de Colombia, s. f.

de las compras públicas en Colombia ha estado limitada a la publicación de una guía práctica y a la inclusión de los criterios ambientales en una porción (desconocida) de los acuerdos marco de precios.

Esto a su vez nos lleva a otra problemática que dificulta lograr y aun contribuir a la sostenibilidad ambiental desde el mercado público, y es la falta de un Sistema Unificado de Información sobre las compras públicas. Como lo hemos visto al principio de estas páginas, uno de los elementos característicos de los sistemas de compras públicas, y más concretamente de los de CPS, es la transparencia y la verificabilidad. Sin embargo, en el caso colombiano, al no existir una plataforma unificada, es prácticamente imposible conocer la forma en que las entidades públicas están consumiendo y cómo a través de dicho consumo están afectando o aliviando al medio ambiente.

Tan solo para poner un ejemplo que puede explicar la importancia que tendría contar con un sistema nacional de información sobre compras públicas en Colombia, se puede considerar el caso del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Como lo hemos visto, esta es una de las entidades públicas que históricamente han tenido mayores avances en materia de CPS en el país. Entre ellos se encuentra el desarrollo de una página web en donde se presentan de manera periódica los resultados derivados de la implementación de esta herramienta estratégica al interior de la entidad, cumpliendo, a nivel interno, el mismo propósito del Sistema Nacional de Información que está pendiente de desarrollo. Gracias a este mecanismo implementado por el Ministerio fue posible medir y conocer el impacto que sus compras públicas sostenibles tuvieron en 2017. En concreto, en ese año el Ministerio realizó 56 adquisiciones con base en criterios generales de sostenibilidad y 38 más con base en criterios establecidos en las fichas de ACB. El resultado tangible de estas adquisiciones fue una reducción de 378.966 MJ de energía y evitar la tala de 3.25 hectáreas de bosque¹¹².

En ese sentido, con la implementación de un Sistema Nacional de Información en materia de CPS sería posible, entre otras cosas, identificar el tipo de compras sostenibles que hace el Estado en su totalidad, caracterizar los principales sectores que consume, medir la reducción de los daños que a través de sus compras hace al medio ambiente y con ello cuantificar el aporte del sector público, en términos de consumo, a la mitigación del cambio climático. De manera más concreta, a través de este tipo de sistemas de información

112 Colombia. Compras Públicas Sostenibles en el MinCIT. *Resultados*, cit.

sería posible estimar directamente la reducción en las emisiones de gases por parte del Estado.

En suma, Colombia tiene dos desafíos sustanciales para alcanzar las metas propuestas en el marco de la Agenda 2030 y, con ello, para la mitigación del cambio climático a partir de la implementación de las CPS. El primero de ellos tiene que ver con la necesidad de lograr un cambio estructural en los patrones de consumo de las entidades públicas. Para esto es imperativo que se tomen medidas contundentes y efectivas para promover las CPS en todos los niveles del Estado, pues solo así se podrá garantizar su verdadera implementación. En concreto, es necesario alcanzar la meta establecida por el Plan de Acción Nacional respecto del desarrollo de un instrumento jurídico vinculante que incluya los criterios de sostenibilidad en las compras públicas, pues de lo contrario la efectividad de este enfoque quedará en manos de la voluntad política de cada cartera.

A su vez, este instrumento jurídico vinculante no solo debe establecer la incorporación obligatoria de criterios ambientales y sociales en las compras públicas, sino que debe también definirlos y prever los procedimientos para aplicarlos. Más concisamente, debe establecer qué criterios utilizar en qué momentos del proceso de compras públicas. Así mismo, entre estos criterios deben incluirse aquellos que promuevan iniciativas y estrategias que obliguen a los proveedores y oferentes a modificar sus patrones productivos hacia unos más sostenibles, como es el caso de la exigencia de ecoetiquetados, certificados ambientales o políticas internas de responsabilidad ambiental. Solo en esta medida será posible que las CPS constituyan una verdadera herramienta para el cambio en las formas de consumo y producción y, con ello, en la mitigación del cambio climático.

Por otra parte, el segundo desafío que enfrenta Colombia, el cual debe ser atendido con prontitud, tiene que ver con la transparencia del sistema de las compras públicas en términos de sostenibilidad¹¹³. Con esto hacemos referencia

113 No se pueden perder de vista las obligaciones estatales en virtud de la Ley de Transparencia (Ley 1712 de 2014), así como tampoco las que se derivan del principio de máxima divulgación desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre la obligación del Estado de acatar la jurisprudencia interamericana, véase DANIEL RIVAS RAMÍREZ. “El (des) control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana”, en *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, JUANA ACOSTA, PAOLA ACOSTA y DANIEL RIVAS (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 661-680. Sobre el principio de máxima divulgación, véase YOLANDA AMBROSINI. “Principio de máxima divulgación y acceso a la

a la importancia de la implementación del Sistema Nacional de Información de CPS, en la medida en que el fundamento de las compras públicas como estrategia para la sostenibilidad (y con ello la mitigación del cambio climático) está en el doble papel que ocupa el Estado como agente económico y como modelo a seguir. En ese sentido, solo a través de la publicidad y la transparencia de la forma de consumo del Estado se logrará promover un verdadero cambio en los patrones de consumo y producción de la sociedad entera.

CONCLUSIONES

El cambio climático es una realidad innegable, que es responsabilidad de todos los seres humanos y, por tanto, de los Estados. Se trata de un desafío que es necesario afrontar, no solo por supervivencia, sino por la dignificación del medio ambiente y el respeto y protección de las generaciones futuras. Dentro de los diferentes mecanismos y estrategias para mitigarlo, las CPS han sido planteadas y desarrolladas como una alternativa importante para que los Estados, como agentes económicos y como “aparatos”, logren contribuir a este objetivo.

Las CPS son, por definición, una herramienta estratégica que tienen los Estados para promover el cambio de los patrones de consumo y producción en sus países, en particular en la medida en que por medio de ella pueden propiciar métodos productivos más limpios y ambientalmente amigables. Sin embargo, constituyen también un proceso a través del cual los Estados adquieren los bienes y servicios que necesitan para funcionar, trascendiendo una simple valoración económica a corto plazo, al incluir en el proceso de toma de decisiones criterios ambientales y socioeconómicos que permiten evaluar no solo el costo del bien o el servicio en el ciclo completo de vida, sino también el costo medioambiental y social.

Desde el año 2005 la comunidad internacional ha desplegado grandes esfuerzos para diseñar una metodología flexible que permita la implementación de las CPS en todos los países del mundo. Esta iniciativa, que ha tenido tres grandes desarrollos, ha llevado a que actualmente cerca de sesenta países hayan incorporado estándares y disposiciones nacionales en materia de CPS, pese a tener origen en el *soft law*. Entre estos criterios se han incluido en los

información del Estado. Jurisprudencia de la Corte Interamericana (Parte 1)”, *Diario DPI*, n.º 187, 2018.

diferentes contextos nacionales algunos de carácter ambiental, de los cuales resaltan el uso de ecoetiquetado, la gestión ambiental, la prohibición del uso de determinados materiales, la valoración negativa de las sanciones ambientales, la transformación sostenible de la infraestructura estatal y, en general, el cambio de lógica de consumo por parte de los funcionarios que intervienen en los procesos de compra.

En el caso colombiano, el enfoque de las CPS ha venido siendo adoptado e implementado desde el año 2005, cuando fue incluido en el proyecto piloto de la Fuerza Especial de Marrakech. Sin embargo, los verdaderos avances en la materia se han generado después del año 2012, cuando se celebró Río+20. De entre los principales avances se pueden mencionar los esfuerzos que el Ministerio de Ambiente ha hecho por identificar y establecer criterios sostenibles a través de la metodología de fichas técnicas y la elaboración de un Plan de Acción Nacional de CPS para el periodo 2016-2020.

Ahora bien, como hemos visto en el último apartado de este documento, pese a que ya han transcurrido los cuatro años del Plan de Acción Nacional, el cumplimiento de las metas que fueron en él establecidas y los avances materiales en lo que respecta a la implementación de las compras públicas sostenibles han sido pocos. En concreto, es posible concluir que estos desarrollos siguen teniendo lugar de manera segmentada y de acuerdo con la voluntad política de cada una de las entidades públicas, esto en la medida en que al plan de acción no ha logrado materializar dos de los elementos medulares: la promulgación de un instrumento jurídico vinculante en materia de compras públicas sostenibles que logre superar las consecuencias derivadas de su origen de *soft law* y que han impregnado de una naturaleza voluntarista al sistema; y en segundo lugar, la conformación de un Sistema Nacional de Información sobre este tipo de compras.

Como consecuencia de estos dos puntos muertos del plan de acción, las CPS siguen siendo criterios voluntarios para las compras públicas que no son presupuesto para que las entidades públicas tengan que emprender acciones materiales directas orientadas a modificar su forma de consumo ni el ejemplo que dan a la sociedad en general. Sumado a ello, los resultados obtenidos por la implementación de apenas algunas de estas entidades se ven invisibilizados en la medida en que no existe una estrategia de comunicación sobre este tipo de contribuciones, como tampoco, se reitera, un Sistema Nacional de Información que permita sistematizarlo. En ese sentido, tampoco es factible calcular el verdadero impacto que tiene el Estado (como aparato) en la lucha contra el cambio climático.

Ahora bien, dado el objeto restringido de este documento y las limitaciones disciplinares de quien lo escribe, nos hemos centrado en estudiar algunas de las herramientas que las CPS ofrecen para mitigar al cambio climático y cómo ellas han sido incorporadas (o no) en el contexto colombiano. Como resultado de lo anterior hemos podido concluir que en el caso de Colombia aún subsisten grandes desafíos para que las CPS puedan constituir una verdadera herramienta para la mitigación del cambio climático. Sin embargo, también debemos resaltar que se trata apenas de un estudio preliminar que esperamos, más adelante, complementar con una investigación más profunda, cuantitativa e interdisciplinar sobre el impacto material que estas prácticas propias de las CPS tienen en la mitigación del cambio climático.

REFERENCIAS

- 4.^a Reunión de Expertos sobre Consumo y Producción Sustentable de América Latina y el Caribe. *Documento preparatorio para la Reunión*, Brasil, UN Environment Programme, 2007.
- ADEDJI, OLUFEMI; OKOCHA REUBEN y OLUFEMI OLATOYE. “Global climate change”, *Journal of Geoscience and Environment Protection*, n.º 2, 2014, pp. 114-122, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4236/gep.2014.22016>
- AMBROSINI, YOLANDA. “Principio de máxima divulgación y acceso a la información del Estado. Jurisprudencia de la Corte Interamericana (Parte 1)”, *Diario DPI*, n.º 187, 2018.
- Argentina. Oficina Nacional de Contrataciones. Manual de Procedimiento Único de Catalogación y Sustentabilidad. Buenos Aires, AR _Compra y Presidencia de la Nación.
- Banco Mundial. “Gasto (% del PIB)”, en Fondo Monetario Internacional, *Anuario de Estadísticas de las Finanzas Públicas y archivos de datos y estimaciones del PIB del Banco Mundial y la OCDE*, Banco Mundial, s. f., disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/gc.xpn.totl.gd.zs>
- BELÁSTEGUI, VICTORIA. *Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo*, Argentina, IDRC-CRDI y Universidad Nacional de San Martín, 2011.
- BOGUSZ, ANNA; LUKASZ POLAKOWSKI, JAKUB BELI, MARCIN SKOWRON y MAGDALENA LORALEWSKA-ZIELINSKA. *Zielone zamówienia publiczne ii podręcznik*, Varsovia, Urząd Zamówień, 2012.

Brasil. Presidência da República. Decreto 2.783 de 17 de setembro de 1998.

Brasil. Presidência da República. Decreto 7.746 de 2012.

Brasil. Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução normativa 01, 19 de enero de 2010.

CAMBRAY, ALISON; ADRIAN HOWCROFT, JOSE RETANA, MALCOLM DOWDE y GUS SCHELLEKENS. *Adapting to Climate Change: the role of Public Procurement*, Londres, Greater London Authority, 2009.

Canadá. *Policy on Green Procurement*, 2006.

CASIER, LIESBETH; RICHARD HUIZENGA, OSHANI PERERA, MARINA RUETE y LAURA TURLEY. *Manual para agentes de compras públicas de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG). Implementando compras públicas sostenibles en América Latina y el Caribe. Optimizando el valor por dinero a través del ciclo de vida*, International Development Research Center, Red Interamericana de Compras Gubernamentales, International Institute for Sustainable Development, Canadá y Organización de los Estados Americanos, s. f.

Centro Nacional de Producción Más Limpia. Convenio 133 de 2013 “Aunar esfuerzos técnicos y financieros para la implementación de la estrategia de compras públicas sostenibles mediante la socialización, sensibilización y capacitación y la evaluación del Estado de Compras Públicas en Colombia”, Medellín, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013.

Chile. Dirección Chile Compra. Directiva de Contratación Pública n.º 25, “Recomendaciones para la contratación de bienes y servicios incorporando criterios ambientales y de eficiencia energética”, s. f., disponible en: <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n25.pdf>

Colombia. Colombia Compra Eficiente. Guía de compras públicas sostenibles con el ambiente, G-CPSMA-02, Bogotá, Colombia Compra Eficiente, s. f.

Colombia. Compras Públicas Sostenibles en el Mincit. Equipo CPS, s. f., disponible en: <http://web.mincit.gov.co/compuso/mincit-cps.html>

Colombia. Compras Públicas Sostenibles en el Mincit. Resultados, s. f., disponible en: <http://web.mincit.gov.co/compuso/mincit-cps.html>

- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Plan Nacional de Desarrollo “Todos por un Nuevo País”, Bogotá, Departamento Nacional de Desarrollo, 2015.
- Colombia. Gobierno de Colombia y MinAmbiente. *Agenda 2030. Transformando Colombia*, Bogotá, PNUD, BID, MinAmbiente y Gobierno de Colombia, s. f.
- Colombia. MinAmbiente. *Nueva herramienta virtual impulsa el consumo sostenible del sector público en Colombia*, 14 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias-minambiente/4109-nueva-herramienta-virtual-impulsa-el-consumo-sostenible-del-sector-publico-en-colombia>
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Compras Públicas Sostenibles. Guía conceptual y metodológica*, Bogotá, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017.
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Plan de Acción Nacional de Compras Públicas Sostenibles 2016-2020*, Bogotá, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017.
- Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. *Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible*, Bogotá, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010.
- Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. *Portafolio de Bienes y Servicios Sostenibles 2013 – Colombia*, Bogotá, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2013.
- Colombia. Ministerio del Medio Ambiente. *Política Nacional de Producción Más Limpia*. Bogotá, Ministerio del Medio Ambiente, 1997.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Programa 21, Río de Janeiro, 14 de junio de 1992.
- Croacia. Ministarstvo Zaštite Okoliša i Prirode. *Nacionalni akcijski plan za zelenu javnu nabavu za razdoblje od 2015. do 2017. godine s pogledom do 2020. godine*, Zagreb, Ministarstvo Zaštite Okoliša i Prirode, 2015.
- Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible de Johannesburgo. Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 2-4 de septiembre de 2002.

Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible de Johannesburgo. Plan de Aplicación de la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 2002.

Dirección de Asuntos Ambientales Sectorial y Urbana. Manual de Compras S.O. Stenibles para entidades: públicas y privadas, Bogotá, GIZ, GmbH, s. f.

Estados Unidos. Congreso de Estados Unidos de América. *H.R. 2157 Additional Supplemental Appropriations for Disaster Relief Act, 2019 (Making supplemental appropriations for the fiscal year ending September 30, 2019, and for other purposes)*, disponible en: <https://www.congress.gov/116/bills/hr2157/BILLS-116hr2157ih.pdf>

European Commission. *Green Public Procurement and the European Ecolabel. FactSheet*, Bruselas, European Commission, 2008.

European Parliament and the Council of the European Union. “Regulation (EC) n.º 66/2010 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the EU Ecolabel”, *Official Journal of the European Union*, L. 27/1, 30.I.2010, 2009.

Ghesquiere, Francis y Oliver Mahul. “Financial Protection of the State against Natural Disasters: A Primer”, *Policy Research Working Paper n.º 5429*, 2010, disponible en: https://www.preventionweb.net/files/15924_54291.pdf

Green Purchasing Network Malaysia (2017) *A sampling of successes in Green Public Procurement. Case Studies of Green Public Procurement Implementation in Asia-Pacific Countries*. Malaysia, UNEP KEITI & MEP.

Irlanda. Environmental Protection Agency. *Green Procurement: Guidance for the Public Sector*, Irlanda, Environmental Protection Agency, 2014.

Kopp, Alex. *Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement Led by Switzerland: Activity Report May 2011*, Swiss Federal Office for the Environment, 2011.

Kopp, Alexander y Eveline Venanzoni. *Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement (MTF on SPP)*, Suiza, Federal Office for the Environment, 2008.

Leal, José. *Las Pymes en el mercado de bienes y servicios ambientales: identificación de oportunidades políticas e institucionales*, CEPAL, 2006.

Lozano Villegas, Germán (2019). “Los sistemas de compras públicas como herramienta para la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto colombiano: una nueva forma de centralización administrativa”, en *El Estado constitucional colombiano en la periferia*, Magdalena Correa Henao y Alfonso

- PALACIOS TORRES (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 379-404.
- LOZANO VILLEGAS, GERMÁN. “Cartografía normativa de las compras públicas en Colombia”, en *Las compras públicas al descubierto. Normatividad, estrategia, economía y tecnología*, GERMÁN LOZANO VILLEGAS (ed.), Bogotá, Ibáñez, 2020, pp. 13-50.
- LOZANO VILLEGAS, GERMÁN. “La incidencia de los estándares internacionales sobre los sistemas de compras públicas y su relevancia en América Latina”, en *Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas*, GERMÁN LOZANO VILLEGAS y JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 21-68.
- LUCAS GARÍN, ANDREA. “Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 44, 2019, pp. 200-204, DOI: 10.18601/01229893.n44.o8.
- Marrakech Task Force on Sustainable Public Procurement. *Sustainable Public Procurement: Policy Conclusions and Recommendations*, United Nations Environment Project, 2011.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Centro Nacional de Producción Más Limpia. *Estimulación de la oferta y la demanda de productos sostenibles a través de la contratación pública sostenible y eco-etiquetado (SPPEL). Especificaciones técnicas de la herramienta análisis costo-beneficio*, Colombia, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Fichas técnicas con criterios de sostenibilidad, Ministerio de Ambiente, Centro Nacional de Producción Más Limpia, ONU Medio Ambiente y Comisión Europea, s. f., disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/compras_p%C3%BAblicas/Infografia_Fichas_tecnicas_con_criterios_de_sostenibilidad_Generalidades.pdf
- MITCHELL, MARK y RETO SCHNARWILER. *Disaster risk financing: Reducing the burden on public budgets*, Zúrich, Swiss Reinsurance Company.
- ORELLANA, MARCOS A. “Cambio climático y los ODM: el derecho al desarrollo, cooperación internacional y el mecanismo de desarrollo limpio”, *SUR*, vol. 7, n.º 12, 2010, disponible en: <https://sur.conectas.org/es/cambio-climatico-y-los-odm/>

PNUMA DTIE. *Implementando compras públicas sostenibles: introducción al Enfoque del PNUMA*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2012.

Rita Ross. *Compras Públicas Sostenibles. Nota Informativa*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, 2012.

RIVAS RAMÍREZ, DANIEL. “El (des)control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana”, en *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, JUANA ACOSTA, PAOLA ACOSTA y DANIEL RIVAS (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 661-680.

ROZENWURGEL, GUILLERMO y LORENA DREWES. *Las PYMES y las compras públicas*, Argentina, IRDC-CRDI y Universidad Nacional de San Martín, 2012.

Secretaría Distrital de Ambiente. *Boletín distrital Piga*, n.º 23, *Compras Sostenibles*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, 2017.

UN Environment. *Global Review of Sustainable Public Procurement 2017*, United Nations Environment Programme, 2017.

UNEP. *Sustainable Public Procurement: A Global Review. Final Report*, United Nations Environment Programme, 2013.

United Nations Environment. *Factsheets on Sustainable Public Procurement in National Governments. Supplement to the Global Review of Sustainable Public Procurement 2017*, UN Environment, 2017.

United Nations Framework Convention on Climate Change. *Climate Change: Impacts, Vulnerabilities and Adaptation in Developing Countries*, UNFCCC, s. f., disponible en: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2157/text>

WWF. *Moving Towards Performance-Based Procurement in the Western Cape Province: A Guidebook for supply chain managers*, South Africa, WWF, 2018.

JAIRO ANDRÉS CASTAÑO PEÑA*

CAPÍTULO 3

*Los criterios en materia de adaptación al cambio climático
para la evaluación de las licencias ambientales.
Una necesidad para garantizar la sostenibilidad fiscal*

*The Criteria for Adaptation to Climate Change for the Evaluation
of Environmental Permits. A Necessity to Satisfy Fiscal Sustainability*

RESUMEN

Este trabajo propone que dentro del proceso de evaluación de las licencias ambientales se incluyan criterios que garanticen la adaptación al cambio climático; esto luego de observar un déficit en los parámetros que actualmente se tienen en cuenta para evaluar la viabilidad de los proyectos o actividades bajo licencia. Además, presenta argumentos constitucionales que permiten identificar la obligación del Estado de incluir criterios de esta naturaleza para garantizar el cumplimiento de la sostenibilidad fiscal.

Palabras clave: adaptación al cambio climático, costos ambientales, método de evaluación, derecho constitucional, política presupuestaria, política de medio ambiente, desarrollo sostenible.

ABSTRACT

This work argues that some criteria guaranteeing adaptation to climate change should be included within the evaluation process to obtain environmental permits. This need follows from the observation of deficiencies in the parameters currently used to evaluate the viability of projects or activities under license or permit. Moreover, this article presents constitutional arguments to justify the State's obligation to include this kind of criteria aimed at guaranteeing compliance with the fiscal sustainability principle.

Keywords: adaptation to climate change, environmental costs, evaluation method, constitutional law, budget policy, environmental policy, sustainable development.

* Docente-investigador de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Autónoma de Madrid, máster en Análisis Económico del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y máster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: Andres.castano@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0002-9717-1636.

En primer lugar, se presentarán algunas consideraciones generales sobre el marco general del licenciamiento ambiental. Después, se tratarán algunos criterios de la evaluación de los estudios ambientales (Diagnóstico Ambiental de Alternativas y Estudio de Impacto Ambiental). El objetivo de este análisis es revisar los criterios concretos con base en los cuales se toman realmente las decisiones (Manual de Evaluación de Estudios Ambientales), y no los criterios generales dictados por las leyes y decretos.

Una vez identificados los criterios, se revisará la Política Nacional de Cambio Climático y su relación con el proceso de licenciamiento ambiental. Para finalizar, se formulará una justificación constitucional de la necesidad de incluir los criterios asociados a la adaptación al cambio climático en el proceso de licenciamiento, a la luz del principio de sostenibilidad fiscal.

El problema que supone la adaptación al cambio climático ya ha sido advertido en múltiples oportunidades¹. De hecho, los Objetivos del Milenio fueron formulados en parte para tratar de corregir “la falta de atención a la dimensiones social y ambiental dentro de las estrategias de desarrollo del país, donde precisamente, y por más de una década, se prestó atención a los problemas de mitigación del cambio climático, y no a la necesidad de asumir los retos que depara la adaptabilidad”². No obstante, las necesidades del futuro son difíciles de prever, y la identificación y, en consecuencia, la valoración de los impactos ambientales y los costos que pueden significar para el futuro tienen un alto grado de incertidumbre. Esta dificultad no puede ser, en todo caso, un argumento suficiente para obviar o prescindir de una valoración de estos impactos. Es más, algunos trabajos apuntan a la necesidad de incluir criterios de incertidumbre a lo largo de los procesos de evaluación de estudios ambientales³.

1 Disminución de disponibilidad de agua en algunos sectores, disminución en la producción y calidad de alimentos y propagación de enfermedades. Véase Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Política Nacional de Cambio Climático*, MARITZA FLORIÁN BUITRAGO *et al.* (eds.), 2017, p. 32; también es posible encontrar múltiples estudios que abordan desde diferentes perspectivas y sectores los efectos del cambio climático: véase, p. ej., Colombia. Departamento Nacional de Planeación. “Estudio de Impactos Económicos del Cambio Climático”, disponible en: <https://www.dnp.gov.co/programas/ambiente/CambioClimatico/Paginas/Estudio-de-Impactos-Economicos.aspx> [consultado el 17 de mayo de 2020].

2 VIÑA VIZCAÍNO, GERARD y AMAYA NAVAS, ÓSCAR DARÍO. *Las evaluaciones ambientales estratégicas como instrumentos para el desarrollo sostenible en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 29.

3 CÁRDENAS, IBSEN C. y HALMAN, JOHANNES I. M. “Coping with uncertainty in environmental

Sobre la adaptación al cambio climático es necesario indicar que las condiciones para garantizarla no son uniformes, sino que dependen de cada lugar, de las circunstancias locales, de la ubicación geográfica y los recursos de que disponga el entorno. En ese sentido, mal podría establecerse, en el marco del proceso de licenciamiento, un *numerus clausus* de ecosistemas, condiciones o recursos que deban ser protegidos para lograr dicha adaptación. En su lugar, es necesario advertir, con apertura de miras, las diversas posibilidades y problemas que probablemente tendrán que enfrentar las generaciones del futuro para adaptarse a las nuevas condiciones de vida en cada caso concreto.

Para defender la propuesta, en primer lugar, es indispensable acercarnos al modelo de licenciamiento que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico con el fin de observar los criterios que actualmente forman parte del proceso de evaluación y que reflejan el déficit en materia de adaptación a la emergencia climática.

I. LICENCIAMIENTO AMBIENTAL Y EVALUACIÓN DE ESTUDIOS AMBIENTALES

Una de las principales manifestaciones de la política pública en materia ambiental es la definición de un procedimiento para autorizar alguna actividad o proyecto. Si bien la Constitución de 1991 contiene una serie de normas que permiten perfilar una “Constitución ecológica”⁴, y que además ha tenido un desarrollo legal bastante detallado⁵, lo cierto es que dichas previsiones adquieren sentido y concreción a partir de las decisiones administrativas, es decir, de las licencias ambientales, las concesiones o los permisos ambientales y demás instrumentos de intervención pública.

La licencia ambiental, desde un punto de vista causal, tiene el propósito de revisar las condiciones que se consideran aceptables para llevar a cabo una actividad. Este criterio de lo que podríamos llamar “aceptable” depende de

impact assessments: Open techniques”, *Environmental Impact Assessment Review* 60, 2016, pp. 24-39.

4 AMAYA NAVAS, ÓSCAR DARÍO. *La Constitución Ecológica de Colombia*, 2016; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-528 de 1991; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2017; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-048 de 2018.

5 Para un panorama general del marco jurídico colombiano, véase Foro Nacional Ambiental. “Política y legislación ambiental”, disponible en: <https://www.foronacionalambiental.org.co/nuestros-temas/politica-ambiental-nacional/> [consultado el 17 de mayo de 2020].

una decisión política; por esta razón, los requisitos para obtener una licencia son producto de las ponderaciones sobre el valor (beneficio económico) de los recursos que se van a explotar o de la actividad que se va a desarrollar, por una parte, y por otra, el valor del medio ambiente, su conservación o su restauración, según el caso. En este orden de ideas, la noción de licencia ambiental implica una ponderación en términos de costo-beneficio desde su propia concepción.

Con todo, un primer aspecto problemático de la estructura de licenciamiento ambiental tiene que ver con la naturaleza política de las instituciones que participan de él. En concreto, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) no es una entidad con independencia suficiente para establecer un auténtico control de los factores y criterios que deben ser tenidos en cuenta en el proceso de licenciamiento. En efecto, la dirección de la ANLA está a cargo de un funcionario de libre nombramiento y remoción del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, mientras que el Consejo Técnico Consultivo está conformado por funcionarios del mismo Ministerio y por directores de institutos de investigación adscritos o vinculados a este⁶. En consecuencia, la visión de cada gobierno se ve reflejada en los procesos de licenciamiento, de tal manera que puede haber una variación en los criterios para determinar si una actividad es “aceptable o no”. En otras palabras, para el gobierno es posible flexibilizar o endurecer los criterios de evaluación de los factores que se tienen en cuenta para otorgar una licencia ambiental. Lo anterior muestra que no existe una auténtica política de Estado en esta materia, sino que depende de la voluntad y visión política del gobierno de turno.

El licenciamiento ambiental es entendido por los documentos oficiales como el proceso “que busca evitar impactos ambientales peligrosos e irreversibles y a la vez, maximizar los impactos benéficos para los territorios y las comunidades”. También sostiene que “el licenciamiento ambiental no retrasa o es óbice para el desarrollo económico, por el contrario y si se aborda de manera completa, oportuna e integrada a la planeación de los proyectos, resulta en un ahorro de tiempo y dinero pues optimiza el uso de información, hace más eficientes los procesos, evita multas y demoras, y previene impactos significativos que pueden afectar a la sociedad en su conjunto”⁷.

6 Colombia. Decreto 3573 de 2011, “Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y se dictan otras disposiciones”, artículos 6 y 7.

7 Colombia. Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 1402 de 2018,

La Ley 99 de 1993, en su título VIII, “De las licencias ambientales”, creó un marco general para el proceso de licenciamiento; en esta norma se encuentra una enumeración de las actividades y proyectos que requieren licencia, además de las competencias para otorgar licencias ambientales por parte de diferentes organismos⁸. Ahora bien, a efectos de esta contribución la pregunta realmente importante es: ¿qué se evalúa?, y ¿cuáles son los factores que se consideran para tomar la decisión?

El Decreto 2041 de 2014 desarrolla la ley que venimos comentando. El concepto clave es el de impacto ambiental, que la norma define como “cualquier alteración en el medio ambiental biótico, abiótico y socioeconómico, que sea adverso o beneficioso, total o parcial, que pueda ser atribuido al desarrollo de un proyecto, obra o actividad”⁹. A partir de esta noción se derivan todos los factores que serán tenidos en cuenta a la hora de evaluar la viabilidad de un proyecto.

La normatividad prevé tres tipos de estudios ambientales: en primer lugar, el Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA); en segundo lugar, el Estudio de Impacto Ambiental (EIA), y, por último, el Plan de Manejo Ambiental (PMA).

El solicitante deberá presentar el Diagnóstico Ambiental de Alternativas (si bien en algunos casos no hace falta), y le corresponde a la autoridad ambiental elegir la alternativa o las alternativas que deben ser objeto de un Estudio de Impacto Ambiental. Estos estudios ambientales (el de diagnóstico y el de impacto) son evaluados según el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales de Proyectos¹⁰. Sin embargo, es necesario añadir que la autoridad cuenta con unos términos de referencia concretos para la presentación de los estudios

“Por la cual se adopta la Metodología General para la Elaboración y Presentación de Estudios Ambientales y se toman otras determinaciones”, 8.

8 Colombia. Ley 99 de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”, artículos 52 a 55.

9 Colombia. Decreto 2041 de 2014, “Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”, artículo 1. Este decreto ha sido compilado por el Decreto 1076 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”.

10 El párrafo del artículo 16 del Decreto 2041 de 2014 estableció un plazo de seis meses para actualizar el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales de Proyectos, sin embargo, al momento de escribir este texto se sigue utilizando el Manual expedido por el Ministerio del Medio Ambiente en el año 2002.

ambientales de ciertas actividades. No obstante, en virtud del artículo 16 del Decreto 2041 de 2014, los criterios generales son los del Manual que vamos a analizar.

El primer instrumento para llevar a cabo la evaluación es el Diagnóstico Ambiental de Alternativas. En este documento, el interesado en obtener la licencia debe presentar las diferentes alternativas para desarrollar el proyecto, teniendo en cuenta las variables de “localización y características del entorno geográfico, ambiental y social de las alternativas del proyecto”; además, debe presentar “un análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas”¹¹. Las alternativas pueden ser de diversa índole (criterio C-2): trazado (por ejemplo, en la construcción de infraestructura), ubicación del proyecto (si se puede realizar el mismo objeto del proyecto pero en otra ubicación) o procesos y tecnología (el objeto del proyecto puede ser realizado con diferentes tecnologías que varían la demanda de recursos ambientales)¹². En este punto existe un desafío importante para el evaluador, puesto que su tarea es “identificar los vacíos de información importante y las alternativas excluidas”¹³ y, en ese mismo sentido, el criterio C-2 establece que “se deben presentar todas las alternativas practicables o factibles y los criterios que se definieron para su identificación”¹⁴. Lo anterior es un desafío ya que depende de la experiencia del evaluador y de su intuición, pues la guía no proporciona verdaderos elementos de juicio para identificar los vacíos en la información¹⁵. No huelga recordar que las alternativas deben ser presentadas por el interesado y que, por ende, este puede excluir alternativas de manera deliberada y calificar su impacto de manera interesada (riesgo moral¹⁶).

Posteriormente, el interesado debe presentar un Estudio de Impacto Ambiental, el cual:

11 *Ibíd.*, artículo 17.

12 Ministerio de Medio Ambiente y Convenio Andrés Bello. *Manual de evaluación de estudios ambientales: criterios y procedimientos*, ALBERTO FEDERICO MOUTHON BELLO y ALINA ROCÍO BLANCO B. (eds.), Bogotá, Ministerio del Medio Ambiente, 2002, cap. Instructivo A, p. 38.

13 *Ibíd.*, p. 26.

14 *Ibíd.*, p. 144.

15 CÁRDENAS, IBSEN C. y HALMAN, JOHANNES I. M. “Coping with uncertainty in environmental impact assessments: Open techniques”, 32.

16 COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 76.

... contendrá información sobre la localización del proyecto y los elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia, y la evaluación de los impactos que puedan producirse. Además, incluirá el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad¹⁷.

Vamos a analizar los criterios que forman parte del proceso de evaluación para identificar su relación con el cambio climático; sin embargo, teniendo en cuenta que el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales fue expedido en el año 2002^[18] y la Ley de 1931, “por la cual se establecen directrices para gestión del cambio climático”, es del año 2018, podemos anticipar que los criterios que contiene el Manual son ajenos a la preocupación existente por la emergencia climática y sus implicaciones más concretas.

El Manual establece algunos criterios concretos que le permiten al evaluador determinar si el proyecto necesita o no un Diagnóstico Ambiental de Alternativas teniendo en cuenta los aspectos físicos¹⁹, bióticos²⁰ y sociales²¹. Si observamos detenidamente estos criterios orientadores, es notorio que no existen factores que hagan referencia directa a la adaptación al cambio

17 Colombia. Ley 99 de 1993, artículo 57; Colombia. Decreto 2041 de 2014, artículos 13 y 21 ss.

18 Ministerio de Medio Ambiente y Convenio Andrés Bello. *Manual de evaluación de estudios ambientales: criterios y procedimientos*, cit.

19 *Ibíd.*, 44, “Zonas con pendiente excesiva, propensas a erosión o a inestabilidad extrema. Zonas de alto riesgo natural, establecidas a nivel nacional, regional y local. Zonas de elevada inestabilidad geológica. Afectación de los cuerpos de agua. No disponibilidad de profundidades adecuadas (en proyectos de puertos)”.

20 *Ibíd.*, 44 y 45, “Áreas que hacen parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Corredores biológicos y zonas boscosas. Zonas prioritarias reconocidas para la conservación de fauna a nivel regional y local. Ecosistemas estratégicos definidos a nivel nacional, regional y/o local. Presencia de especies endémicas de fauna y flora, especies amenazadas, en vía de extinción y/o protegidas por una legislación específica. Áreas en donde existan páramos. Áreas con presencia de manglares”.

21 *Ibíd.*, p. 45, “Distribución espacial de la población en el área de influencia directa, zonas de mayor densidad poblacional rural y urbana, de acuerdo a la intensidad y calidad de la afectación. Sitios de reconocido interés histórico, cultural y arqueológico, declarados como parques arqueológicos, patrimonio histórico nacional o patrimonio histórico de la humanidad, o aquellos yacimientos arqueológicos que por la singularidad de sus contenidos culturales ameriten ser preservados para la posteridad. También debe considerarse la cultura intangible, incluyendo las relaciones sociales de parentesco y de vecindad. Áreas de especial sensibilidad por razones étnicas o de propiedad colectiva de la tierra: reservas, resguardos y territorios comunitarios”.

climático. No se puede perder de vista que la ANLA cuenta con términos de referencia genéricos para cada actividad que requiere licencia (construcción de presas, trasvases, construcción de líneas férreas, etc.); sin embargo, para los proyectos que no cuentan con términos de referencia genéricos se utiliza una lista de chequeo, integrada por una serie de preguntas que reflejan los múltiples criterios que se tienen en cuenta en la evaluación de los estudios ambientales.

En la lista de chequeo del Manual hay veintiocho preguntas a considerar para hacer la evaluación²². Todas las preguntas son relevantes para mantener las condiciones actuales de vida y de calidad del entorno, y algunas permiten indagar sobre posibles daños ambientales en el presente y el futuro inmediato. La lista de chequeo exige que a la pregunta se responda: sí, no o no sabe, y respecto de cada una de las preguntas, a su vez, “se debe considerar si el efecto negativo esperado tiene la probabilidad de ser significativo”. Ahora bien, para determinar si un efecto es significativo o no, el evaluador cuenta con el “Anexo A-3. Criterio para evaluar la importancia de los efectos negativos”, que plantea diecinueve preguntas.

Revisaremos algunas de las preguntas, ya que a partir de estos conjuntos de preguntas se expiden los términos de referencia. Desde ya es importante advertir que no existe ninguna pregunta que expresamente se refiera a la adaptación al cambio climático.

Las primeras preguntas van dirigidas a establecer una descripción de los posibles impactos ambientales. Así pues, por mencionar algunos aspectos, estas preguntas versan sobre: si el proyecto causará efectos físicos en la localidad, si afectará algún recurso no renovable escaso, uso de materiales tóxicos, producción de residuos, contaminación del aire, ruido, contaminación del suelo, modificación de aspectos sociales, si el proyecto se ubica en áreas protegidas. Una vez se contesta a estas preguntas, se verifica la magnitud de los efectos, es decir, si son significativos o no.

Para esta verificación se utiliza el segundo grupo de preguntas (diecinueve). Estas preguntas buscan medir el posible impacto en términos de extensión de espacio, prolongación del efecto en el tiempo, reversibilidad del impacto, dificultad para compensar y, por último, si este compromete la capacidad del municipio para prestar servicios públicos. Nos detendremos en las preguntas 7, 12 y 13, por ser las que eventualmente podrían incorporar aspectos propios de la adaptación, al menos de manera tangencial:

22 *Ibíd.*, Anexo A-2, Lista de chequeo para evaluación caso a caso, pp. 50 ss.

7. ¿Habrá modificaciones al estilo de vida tradicional? (Ej.: cambios en el estilo de vida, debidos a nuevos residentes con diferentes valores).

12. ¿Existe una alta probabilidad de que el efecto evaluado ocurra?

13. ¿El efecto será continuo por un largo tiempo?²³.

Nótese que estas cuestiones no se refieren de manera concreta al problema de la adaptación, sino que permiten valorar unas transformaciones actuales y compararlas con las condiciones que tendrá el lugar intervenido. Sin embargo, las necesidades especiales de las generaciones venideras, que ya es posible anticipar, no forman parte del proceso de decisión.

Dependiendo de las respuestas a las preguntas anteriores, el evaluador decide si el solicitante debe presentar o no un Diagnóstico Ambiental de Alternativas. Ahora corresponde estudiar el “Instructivo B. Evaluación de Estudios Ambientales”²⁴.

El estudio de la evaluación inicia con la verificación de participación de las comunidades negras e indígenas. Sobre este aspecto no nos vamos a detener en este trabajo, ya que está referido fundamentalmente a establecer si es necesario o no llevar a cabo consulta previa.

En segundo lugar, encontramos los lineamientos para evaluaciones ambientales. El objetivo de esta etapa es contextualizar de forma general el proyecto y la información que será analizada de manera pormenorizada más adelante. En este paso encontramos: protección de ecosistemas, uso eficiente de recursos naturales, eficiencia en el consumo de energía, gestión ambiental de productos, gestión ambiental de residuos, mecanismos de gestión y participación comunitaria, fomento de la educación y capacitación ambiental y antecedentes del proyecto, estudio legal y proceso de ordenamiento territorial²⁵.

Conviene revisar algunos de los criterios generales de evaluación propiamente dichos²⁶. Aunque el instructivo consta de 62 criterios, en atención al objeto de este trabajo y a su extensión, seleccionaremos únicamente los que consideramos más relevantes o que eventualmente puedan tener relación con la adaptación al cambio climático, ya sea como están presentados actualmente

23 *Ibíd.*, Anexo A-3, p. 57.

24 *Ibíd.*, pp. 59 ss.

25 *Ibíd.*, Anexo B-2, pp. 81-85.

26 *Ibíd.*, Anexo B-5, pp. 93 ss.

o con alguna modificación que pueda darles un nuevo alcance. Respecto de cada uno de ellos se subrayará la forma en que pueden o podrían integrar cuestiones relacionadas con la adaptación al cambio climático.

El primer criterio que tiene interés para este trabajo es el C-6: “se deben cuantificar las demandas impuestas por el proyecto sobre los recursos naturales, sociales y culturales”. Este criterio exige la cuantificación con precisión, de tal manera que se determine el nivel de demanda y la presión que implica sobre el medio ambiente. Actualmente este criterio consiste en la evaluación presente de la demanda, que por los medios de que disponemos puede ofrecer algún grado de exactitud; sin embargo, ampliar este criterio a las demandas de los recursos previsibles (aunque con algún grado de incertidumbre) puede dar lugar a una primera aproximación para incorporar la adaptación al cambio climático.

Los criterios C-14 a C-17 tratan los aspectos relevantes en el aire, agua, suelo, medio perceptual (paisajes). Estos criterios buscan una caracterización concreta de los recursos que pueden verse afectados por el proyecto o actividad. Sin embargo, en vista de que estos son recursos básicos, su afectación puede comprometer la adaptación. En ese sentido, también en estos criterios puede haber una valoración sobre la capacidad de adaptación.

El criterio C-18 se refiere a “los ecosistemas y su importancia dentro de la caracterización ambiental”. Este criterio busca que los estudios ambientales que realiza el solicitante de la licencia analicen en profundidad el funcionamiento de los ecosistemas como unidades funcionales y que identifiquen las interacciones de todos sus componentes. Esta visión holística del ecosistema tiene un profundo contenido respecto de la mitigación del cambio climático, y eventualmente, si se evalúa de forma estricta, repercute sobre la adaptación ya que en todo caso asegura mayor cantidad de recursos para la generación venidera. Este criterio, además, exige una prospectiva de cómo “logra establecerse” la obra o actividad en dicho ecosistema.

En el criterio C-20 “se establece la importancia de la biodiversidad frente a la importancia del proyecto, obra o actividad”. Este es otro criterio crítico, de importancia fundamental, puesto que la biodiversidad tiene una relación directa con la alimentación, el agua potable y la capacidad productiva del suelo. El Manual reconoce que “desde una perspectiva biológica, la diversidad es vital porque brinda las posibilidades de adaptación a la población humana y a otras especies frente a variaciones en el entorno. Así mismo, la biodiversidad es el capital biológico del mundo y representa opciones críticas para su desarrollo

sostenible”. Este es uno de los criterios que proyecta sus efectos de manera clara y directa sobre la sostenibilidad y la capacidad de adaptación.

Ahora bien, el criterio C-35 trata de la evaluación de impactos, y establece que los impactos deben ser analizados según tres funciones: identificación, predicción y evaluación. Lo más relevante de este criterio es que busca:

1. Establecer la “desviación de las condiciones de línea base”, es decir, se comparan las condiciones tanto si se realiza el proyecto o actividad como si no (función de identificación).

2. “Estimar el cambio en cantidad o en una dimensión espacial, resultante del cambio ambiental” (función de predicción). A este subcriterio es necesario darle un alcance concreto para integrar en sus estimaciones los factores propios de la adaptación al cambio climático, ya que es el criterio que permite estimar a través de modelos matemáticos los escenarios y el alcance de los impactos ambientales a lo largo del tiempo. En la descripción se reconoce que, por regla general, es de aplicación costosa, y que se basa en información que no siempre está disponible; sin embargo, reforzar su aplicación parece una estrategia ideal para consolidar la sostenibilidad.

3. “Se refiere a la integración de la significancia de los cambios en el medio atribuibles al proyecto, involucrando la identificación explícita de los componentes de manejo ambiental” (función de evaluación). Una de las opciones para medir los impactos es la metodología costo-beneficio, de tal manera que las magnitudes de los impactos puedan ser comparables. Es de indicar que aquí el alcance del análisis costo-beneficio logra cuantificar el impacto del proyecto sobre el medio ambiente. El análisis costo-beneficio en este caso no hace referencia a la productividad del proyecto en términos de rentabilidad, sino que se trata de identificar si a través de la intervención hay pérdidas de bienestar social.

Según el criterio C-39,

... se deben considerar todas las causales de incertidumbre. Las incertidumbres en la evaluación de impactos ambientales son muchas y ello se debe a varias causas, entre las que conviene resaltar las siguientes:

Variabilidad estocástica de los fenómenos ambientales. Existe una serie de contingencias y sinergias difíciles de valorar.

Conocimiento inadecuado o incompleto del comportamiento de los componentes del medio.

Falta de datos base e información de la zona o problemas a evaluar, lo que obliga a trabajar con grandes vacíos.

Por consiguiente, en el caso [de] que se tengan incertidumbres apreciables, éstas se deben declarar en el estudio ambiental y trabajar luego con predicciones para el peor escenario.

En este ítem se tiene en cuenta la naturaleza estocástica de los fenómenos asociados al medio ambiente (es decir, que son aleatorios, están asociados al azar y son imposibles de predecir). Sin embargo, este criterio resulta muy importante de cara a la propuesta que vamos a formular más adelante, ya que un desarrollo exhaustivo de este criterio asegura un aumento de los elementos para el debate. Además, de este criterio se derivan importantes consecuencias. Así, este se hace esencial respecto de la aplicación del principio de precaución, pues tiene como presupuesto el reconocimiento de que la información es incompleta. De otro lado, de este criterio surge la obligación de intentar completar la información en la medida de lo posible.

Los criterios que se aplican actualmente no atienden a la necesidad de adaptación al cambio climático, entendiendo que las consecuencias de dicho fenómeno ya no son un riesgo abstracto cuya ocurrencia es indeterminada, sino que es previsible, y que el aumento de la frecuencia de los fenómenos asociados a él es palpable²⁷.

2. APUNTES SOBRE EL CRITERIO DE COSTO-BENEFICIO

El componente de costo-beneficio es un factor para evaluar etapas en el proceso de licenciamiento. En consecuencia, en 2017 el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, junto con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, expidió una cartilla sobre los “Criterios técnicos para el uso de herramientas económicas en los proyectos, obras o actividades objeto de licenciamiento ambiental”²⁸; esta cartilla busca que el criterio de costo-beneficio se aplique a diversas etapas del proceso de licenciamiento ambiental.

27 Colombia. “Segunda Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático – Resumen Ejecutivo”, § 4. Vulnerabilidad, p. 25.

28 Colombia. Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. *Criterios técnicos para el uso de herramientas económicas en los proyectos*,

Lo primero que es necesario advertir es que el criterio de costo-beneficio se aplica a los impactos no internalizables. Lo anterior, bajo la lógica de que si los impactos pueden ser internalizados se debería proceder a ello. Ahora bien, los impactos no internalizables deben ser mitigados o compensados, y en este punto el criterio de costo-beneficio se convierte en un factor indispensable para determinar dichas compensaciones.

Considerando que los impactos no internalizables conllevan la necesidad de ser mitigados y/o compensados, por generar afectaciones a los flujos de servicios ecosistémicos sobre los que se fundamenta el bienestar de las personas, las valoraciones económicas de dichos impactos deben constituir las bases para la estimación de las compensaciones socioeconómicas, puesto que el análisis económico en este contexto arroja un valor aproximado de la disposición a aceptar una contraprestación por las comunidades, después de ocurrida una afectación producto de la ejecución de un proyecto, obra o actividad con licencia ambiental. Lo esencial es que, de hacerse adecuadamente la valoración económica y usarse como base para establecer el monto de las compensaciones, no deberían presentarse pérdidas netas de bienestar (desde una perspectiva utilitarista)²⁹.

Para poder aplicar el criterio de costo-beneficio es necesario que las magnitudes sean comparables. En este sentido, se cuantifican los impactos relevantes teniendo en cuenta el indicador de estrés y afectación³⁰. Esta no es la oportunidad para explicar la metodología de manera exhaustiva, por lo cual centraremos nuestra atención en el alcance de las metodologías que se utilizan para “cuantificar” y poder calcular la relación costo-beneficio propiamente dicha, con el ánimo de confirmar que los criterios de cuantificación y de medición del impacto no reconocen o toman en consideración aspectos relacionados con la adaptación al cambio climático.

A continuación explicaremos brevemente en qué consisten las principales técnicas de cálculo:

Opción 1. Precios hedónicos (propiedades). En esta metodología se cuantifica el valor de una “amenidad ambiental” de acuerdo con la manera como afecta el

obras o actividades objeto de licenciamiento ambiental, GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, CLAUDIA VICTORIA y MURILLO URRUTIA, LUIS GILBERTO (eds.), Bogotá, 2017.

²⁹ *Ibíd.*, p. 70.

³⁰ *Ibíd.*, p. 71.

precio de un bien mercadeable. Por ejemplo, si se determina cuánto aumenta el precio de una vivienda por estar cerca de un parque, esa variación nos permite cuantificar la amenidad ambiental³¹.

Opción 2. Metodología de costo de viaje. Se utiliza para determinar o cuantificar el valor que presta un recurso natural de acuerdo con la demanda que genera. Es decir, se valora si el usuario o visitante de un lugar está dispuesto a pagar por el acceso e incurrir en costes para disfrutar de dicho recurso (tiempo de viaje, distancia recorrida, tiempo para disfrutar del lugar). El resultado de la aplicación de este método se puede sintetizar en “los resultados obtenidos de la función de demanda por el sitio de recreación, pueden ser agregados para el total de la población con el fin de obtener la disponibilidad a pagar de los individuos por el mismo. De esta manera, el valor encontrado se convierte en una medida de bienestar para las personas y debe ser presentado de manera individual como los beneficios por recreación de un individuo”³².

Opción 3. Metodologías basadas en precios de mercado.

3.1. Método de cambios en la productividad. Este método busca valorar los recursos ambientales en términos de [la] utilidad que representan para el proceso productivo, es decir, se valora si el cambio (impacto) tiene una relación directa con el aumento o disminución de la productividad. En otras palabras, se considera el recurso ambiental como un insumo de la producción. Por ejemplo, si el río se contamina afectará los ingresos de los pescadores, si se presenta lluvia ácida esto perjudicará la producción de madera. Al cabo del proceso se cuantifica de acuerdo con la variación de la producción total, concretamente se estima el valor marginal de la unidad de servicio ecosistémico (el insumo) de acuerdo con los precios del mercado en la producción del bien mercadeable³³.

3.2. Método del costo de la enfermedad. Este criterio busca cuantificar los costos sanitarios por causa del impacto ambiental, es decir, aumento de la frecuencia de una enfermedad o aumento de la mortalidad. Puede tener un enfoque sobre el costo de la enfermedad o, sobre el capital humano (variación de la productividad de las personas)³⁴.

31 *Ibíd.*, p. 78.

32 *Ibíd.*, p. 87.

33 *Ibíd.*, p. 88.

34 *Ibíd.*, p. 92.

Opción 4. Metodologías basadas en costos actuales y potenciales. La idea central de estas metodologías es enfocarse en los costos que genera “remediar la afectación”. En este sentido, “asumen que los costos de evitar daños o la sustitución de ecosistemas o sus servicios, proporcionan estimaciones útiles del valor de estos ecosistemas o servicios”, es decir, que los ecosistemas valen al menos lo que la gente paga, o está dispuesta a pagar, para reemplazarlos³⁵.

4.1. Enfoque de costos de reemplazo. Esta técnica es la que se aplica directamente cuando los activos son tangibles y su reemplazo es fácilmente medible. Consiste en establecer el costo de reemplazar el servicio ambiental; así por ejemplo, si se altera el cauce de un río y esto afecta el riego, se estima el valor de lo que costará reemplazar dicho servicio ambiental, es decir, lo que cuesta construir la infraestructura que reemplace la función de riego. Esta técnica es difícil de aplicar cuando se pretende cuantificar bienes que no pueden ser sustituidos, como el suelo, o bienes culturales o arqueológicos³⁶.

4.2. Proyectos sombra. “La técnica de los proyectos sombra busca estimar los costos de reemplazar todo un conjunto de servicios ecosistémicos afectados por la presencia de un proyecto, obra o actividad”³⁷.

4.3. Método de costos evitados. “En el contexto de la Evaluación de Impacto Ambiental, el objetivo del método de costos evitados no es calcular los costos incurridos para evitar un daño o protegerse del mismo, sino estimar los costos adicionales generados a los productores y consumidores como consecuencia de un impacto negativo.

“Cuando el impacto es positivo, el objetivo suele ser estimar los costos que se evitan los productores y consumidores gracias a una mejora de la calidad ambiental. Esto se suele hacer a través de la estimación de modelos dosis-respuesta”³⁸.

Opción 5. Metodologías basadas en preferencias declaradas.

5.1. Método de valoración contingente. Este método se utilizado sobre todo para evaluar los bienes o servicios ecosistémicos que no tienen valor en el mercado. Se hace mediante encuestas, y se crea un mercado hipotético que permite valorar cuánto están dispuestas a pagar las personas que pueden verse afectadas por el impacto, es decir, permite medir las preferencias.

35 *Ibíd.*, p. 96.

36 *Ibíd.*, p. 97.

37 *Ibíd.*, p. 98.

38 *Ibíd.*, p. 100.

5.2. Método de elección contingente o *conjoint*. “El análisis *Conjoint* tiene como objetivos determinar el peso implícito de los atributos de los recursos naturales y ambientales sobre su valor económico y estimar la valoración compensatoria como una aproximación del Valor Económico Total de los ecosistemas y los recursos naturales (Uribe et al., 2003)”³⁹.

Como se observa, al determinar de manera cuantitativa el valor o precio de los impactos, estos métodos no hacen ninguna mención del valor de dicho bien o servicio ambiental en el futuro. La cuantificación que permite la comparación no advierte que la afectación o impacto sobre un bien o servicio puede tener un valor diferente (superior) para las generaciones venideras. En otras palabras, la principal limitación de estos mecanismos es que el valor que se otorga a los ecosistemas o servicios ambientales es un valor estimado para el presente, y si bien el impacto se valora en el tiempo, lo que se calcula es el valor del impacto *per se* y no el valor futuro.

En esta medida, estos métodos deberían establecer, dentro de sus factores e ítems, criterios asociados a la necesidad previsible de adaptación al cambio climático, atendiendo a la Política Nacional de Cambio Climático. Esto podría hacerse, por ejemplo, en la creación de mercados hipotéticos, planteando escenarios que permitan valorar las preferencias de los usuarios o beneficiarios del futuro, con base en unas necesidades que son diferentes a las de la generación actual.

El primer paso para alcanzar dicho objetivo podría ser modesto. Podría, por ejemplo, consistir en incluir información cualitativa que fomente la transparencia y el debate sobre la posibilidad de que se afecte la capacidad de adaptación al cambio climático de la generación futura. En tal sentido, ese primer paso no necesariamente requiere incluir una cuantificación, prevenir sobre la existencia de dicho factor sería ya un buen comienzo.

3. LA POLÍTICA AMBIENTAL Y EL PROCESO DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL

La Ley 1931 de 2018, “por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático”, consagra los principales lineamientos en esta materia,

39 *Ibid.*, p. 111.

concretamente en cuanto a la gestión y adaptación⁴⁰. Algunos de los principios orientadores adoptados son de especial interés para nuestro trabajo. En primer lugar, el de costo-beneficio, que se establece en los siguientes términos: “se priorizará la implementación de opciones de adaptación al cambio climático que traigan el mayor beneficio en términos de reducción de impactos para la población al menor costo o esfuerzo invertido, y con mayores beneficios sociales, económicos o ambientales generados”⁴¹; en segundo lugar, el de costo efectividad, que hace referencia a la implementación de medidas para la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero⁴²; y, por último, el de gradualidad⁴³, que, en realidad, es una reformulación del principio de progresividad. Sobre este último principio es importante anotar que la propia ley establece como límites al deber de progresividad los derivados del Marco Fiscal de Mediano Plazo y del Marco de Gasto de Mediano Plazo⁴⁴.

La falta de articulación institucional se puede identificar en la Política Nacional de Cambio Climático. En efecto, esta advierte la necesidad de incluir aspectos relacionados con el cambio climático en el proceso de licenciamiento ambiental⁴⁵ únicamente en una ocasión, aunque dicha mención se explicita en el apartado de adaptación.

Otro ejemplo que demuestra una falta de articulación puede apreciarse en el documento “Metodología para evaluar riesgos. Incorporando la gestión del riesgo de desastres y la adaptación al cambio climático en proyecto de inversión pública. Caja de herramientas”. En este texto la previsión de la adaptación al cambio climático se tiene en cuenta únicamente para asegurar que la obra de infraestructura no sufra daños en virtud de las vulnerabilidades y riesgos. En otras palabras, la identificación de estos riesgos se circunscribe únicamente a garantizar la seguridad de la obra⁴⁶.

40 Colombia. Decreto 2041 de 2014, artículo 1.

41 *Ibíd.*, artículo 2, n.º 4.

42 *Ibíd.*, artículo 2, n.º 5.

43 *Ibíd.*, artículo 6, n.º 6.

44 Estos dos instrumentos de planeación son documentos que expide el ejecutivo, no son leyes, ni decretos, es decir, no están sometidos a aprobación por parte del Congreso ni a control de legalidad. Pese a tal singularidad, estos documentos sirven como referencia para la toma de decisiones de trascendental importancia para el país.

45 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Política Nacional de Cambio Climático*, 284.

46 LOZANO, HERNÁN y CAICEDO, HERNANDO, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Departamento Nacional de Planeación. *Metodología para evaluar riesgos. Incorporando la*

Ahora bien, esta mención viene dada por las funciones que desempeña la Dirección de Bosques, Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, creada desde el año 2011, y que establece: “proponer, en los temas de su competencia, los criterios técnicos que deberán considerarse en el proceso de licenciamiento ambiental”⁴⁷. Sin embargo, sobre los demás sectores las medidas son más bien abstractas y difusas, y no están enfocadas en atender la adaptación al cambio climático desde el proceso de licenciamiento.

Un comentario aparte exige el numeral 9 del artículo 2 que establece el principio de responsabilidad, según el cual “las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, contribuirán al cumplimiento de los compromisos asumidos por el país en términos de cambio climático, [y] adelantar[án] acciones en el ámbito de sus competencias que garanticen la sostenibilidad de las generaciones futuras”⁴⁸. Este artículo recoge una de las definiciones más extendidas y aceptadas de sostenibilidad o sustentabilidad, que ha sido entendida como la habilidad del hombre para satisfacer las necesidades de la generación actual sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades⁴⁹.

Esta idea plantea un desafío importante si atendemos a los efectos inminentes del cambio climático, ya que nos obliga a ampliar el espectro de necesidades que probablemente van a tener que enfrentar las generaciones del futuro.

Si el proceso de licenciamiento consiste en el control de las condiciones “aceptables” para realizar un proyecto o actividad, entonces es en este instrumento donde se deben sentar las bases, no solo para mitigar, sino también para asegurar la capacidad de adaptación al cambio climático. La sostenibilidad debe ser, pues, un criterio de viabilidad de las acciones humanas, y ha de ser entendido como un presupuesto para desarrollar los proyecto o actividades sujetos a licenciamiento, pero en ningún caso como una mera contingencia.

gestión del riesgo de desastres y la adaptación al cambio climático en proyectos de inversión pública. Caja de herramientas, p. 12.

47 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Política Nacional de Cambio Climático*, p. 285.

48 Colombia. Decreto 2041 de 2014, artículo 2, nº 9.

49 “27. *Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*”. World Commission on Environment and Development (wced). *Our Common Future*, 1987, 16.

No sobra recordar que la fórmula magistral de sostenibilidad⁵⁰ tiene una naturaleza normativa en nuestro ordenamiento por reconocimiento de la propia Corte Constitucional⁵¹. Es más, la propia Constitución tiene una referencia tangencial, pero ilustrativa, en el artículo 80^[52] que habilita la función de planeación del Estado en aras de garantizar el desarrollo sostenible.

La antigua analogía de Ulises y las cadenas para asegurar su conducta responsable es aplicable en el tema de las licencias ambientales. La mera voluntad política, que cambia de acuerdo con el color del partido que gobierna, resulta ser una atadura débil frente al tentador canto de las sirenas. Ya sean huevitos, locomotoras o pactos por Colombia, las visiones de desarrollo económico deben estar bien atadas al mástil.

REFLEXIÓN FINAL: SOSTENIBILIDAD FISCAL Y ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO

El criterio de sostenibilidad fiscal fue incorporado en el año 2011 en los artículos 334 (intervención del Estado en la economía), 339 (Plan Nacional de Desarrollo) y 346 (Presupuesto) de la Constitución; además, en la más reciente reforma constitucional, Acto Legislativo 4 de 2019, se incorporó en el artículo 272 (Control fiscal – Contraloría General de la República) la expresión “sostenibilidad fiscal”, al parecer, con relación a la disponibilidad de recursos para el funcionamiento de las entidades en el nivel territorial.

Pese a que la sostenibilidad fiscal es un concepto polisémico⁵³, su interpretación sistemática permite inferir una constante preocupación del constituyente por la suficiencia de los recursos y su uso eficiente. Además, cuando se hace alusión al concepto de sostenibilidad fiscal se insiste en el deber, casi

50 KAJIKAWA YUYA *et al.* “Creating an academic landscape of sustainability science: an analysis of the citation network”, *Sustain Sci* 2, 2, 2007, p. 222.

51 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-671/01, consideración 4.4.1; reiterada en Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-048/18, consideración 3.3.2.

52 Colombia. Constitución Política, artículo 80: “El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”.

53 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-132 de 2012, aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto, “Conclusiones sobre los antecedentes legislativos”.

moral para algunos tratadistas⁵⁴, de no dejar una deuda imposible de pagar a las generaciones futuras.

No obstante, el criterio de sostenibilidad fiscal no hace referencia únicamente al deber de preservar unas cuentas públicas en equilibrio, normalmente referidas a los límites de deuda pública y déficit estructural. Por el contrario, dada la importancia nuclear del artículo 334 CP en la consolidación del Estado social de derecho, cabe interpretar y entender que es una norma que se proyecta sobre todas las actividades del Estado, como lo veremos a continuación.

El primer inciso del citado artículo 334^[55] merece una revisión particular respecto de su alcance en materia ecológica. En primer lugar, es un mandato de intervención en “la explotación de los recursos naturales” que se propone como meta conseguir la “sostenibilidad fiscal”, los “beneficios del desarrollo sostenible” y la “preservación de un ambiente sano”. Esta formulación ecléctica permite una interpretación abierta de la Carta, que habilita la adecuación de un sinnúmero de fenómenos a las previsiones constitucionales. Es en este punto donde considero que la Constitución, en virtud de los principios, valores, criterios y reglas que consagra, permite identificar la necesidad de adoptar medidas que aseguren la adaptabilidad al cambio climático.

Una primera aproximación al contenido de la sostenibilidad fiscal se refiere, como ya lo hemos dicho, al deber de mantener las cuentas públicas bajo control, es decir, una cantidad de deuda manejable y un déficit estructural cercano a cero. Vamos a atenernos a esta visión más cerrada de sostenibilidad fiscal para demostrar que incluso bajo este prisma, que no es el propio de una interpretación sistemática satisfactoria, la Constitución colombiana contempla deberes respecto de la adaptación al cambio climático.

54 BUCHANAN, JAMES M. y WAGNER, RICHARD E. *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, vol. VIII, Indianapolis, Liberty Fund, 2001.

55 Colombia, Constitución Política, artículo 334: “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 social será prioritario”.

El cambio climático es una realidad incontestable⁵⁶, los estudios muestran una alteración sistemática y progresiva de las variables asociadas al clima. El origen de dichas variaciones es irrelevante para nuestro estudio; ya sean las alteraciones de naturaleza cíclica y geológica, o bien ocasionadas por la actividad del hombre, lo cierto es que la necesidad de adaptación a las nuevas condiciones es inevitable.

Diversos estudios han mostrado las dificultades vitales que implica el cambio climático⁵⁷. Como es sabido, el Estado social de derecho se cimienta en el reconocimiento del papel fundamental del Estado en la satisfacción de las necesidades más apremiantes para el ser humano, y este papel se cumple a través de la garantía de los derechos. En esa medida, lo que hoy identificamos como vulnerabilidades y riesgos asociados al cambio climático, con el correr de los años se convertirá inexorablemente en prestaciones a cargo del Estado para satisfacer los derechos de los afectados y la conservación de unos mínimos de calidad de vida que aseguren la dignidad humana.

Las estimaciones en materia de afectación a la salud son alarmantes, con especial incidencia en problemas respiratorios debidos a la contaminación. Además, el cambio climático altera las áreas de influencia de ciertas enfermedades como el cólera, la malaria y la fiebre amarilla⁵⁸. Por otra parte, los efectos indirectos también deben ser objeto de preocupación; entre ellos encontramos la desnutrición, problemas mentales y desplazamiento⁵⁹, situaciones todas que tendrán que ser enfrentadas por el Estado social de derecho a través del gasto público.

En este sentido, la planeación y la preparación multidimensional para la adaptación al cambio climático constituyen un verdadero deber constitucional. Es decir, la ausencia de medidas que faciliten la adaptación al cambio climático implica un aumento del gasto público del futuro, que no parece poder

56 RODRÍGUEZ BECERRA, MANUEL *et al.* *Cambio climático. Lo que está en juego*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad de los Andes, Friedrich Ebert Stiftung, WWF y Foro Nacional Ambiental, 2015, p. II.

57 Para una aproximación general a las potenciales violaciones de los derechos humanos asociadas al cambio climático, con especial interés en los derechos de las mujeres, las comunidades indígenas y, en general, la población vulnerable, véase ALBAR DÍAZ, MAGDALENA; AUZ, JUAN y BAUTISTA LÓPEZ, JUAN. *Cambio climático y los derechos de mujeres, pueblos indígenas y comunidades rurales en las Américas*, Bogotá, Fundación Heinrich Böll, 2020.

58 *Ibid.*, pp. 23 y 24.

59 *Ibid.*, p. 25.

detenerse asegurando unas metas de deuda y déficit. Por ejemplo, la emergencia provocada por la avalancha en Mocoa, Putumayo, en el año 2017, producto de las fuertes lluvias y el consecuente desbordamiento de tres ríos, nos permite dimensionar el impacto económico de una catástrofe como aquella. Según el documento Conpes 3904 de 2017, el costo del plan de reconstrucción asciende a 1,181.433 millones de pesos⁶⁰, es decir, 1,18 billones de pesos. Independientemente de si esta tragedia en concreto se puede imputar al cambio climático o no, lo cierto es que la frecuencia de esta clase de fenómenos va en aumento, y según las estimaciones la tendencia se mantendrá⁶¹.

En consecuencia, el deber de preservar la sostenibilidad fiscal, en el sentido de mantener una relación más o menos equilibrada en términos de recursos monetarios, no cumple a cabalidad con los contenidos teleológicos de la norma. Si entendemos que la sostenibilidad fiscal busca salvaguardar las cuentas públicas, de manera que sean sostenibles en el tiempo, la planeación ya no solo juega un factor fundamental en el sentido de no gastar, ahorrar y ser austeros, sino que, además, supone asegurarse de que los efectos de nuestras acciones como generación del presente no vayan a traducirse en costos en el futuro para las generaciones venideras.

De acuerdo con el razonamiento anterior, y retomando el análisis del proceso de licenciamiento, salta a la vista que la adaptación al cambio climático tiene que formar parte de los criterios de evaluación para otorgar licencias ambientales. Por otra parte, es necesario que la Política de Cambio Climático tenga alguna incidencia material en el proceso de licenciamiento. Es una obviedad, en particular respecto de las obras y actividades sujetas a licenciamiento que, por ser susceptibles de generar un impacto ambiental considerable, deberían, con mayor razón, atender a criterios de sostenibilidad.

REFERENCIAS

ALBAR DÍAZ, MAGDALENA; AUZ, JUAN y BAUTISTA LÓPEZ, JUAN. *Cambio climático y los derechos de mujeres, pueblos indígenas y comunidades rurales en las Américas*, Bogotá, Fundación Heinrich Böll, 2020.

AMAYA NAVAS, ÓSCAR DARÍO. *La Constitución Ecológica de Colombia*, 2016.

60 Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3904, 3.

61 MANUEL RODRÍGUEZ BECERRA et al. *Cambio climático. Lo que está en juego*, pp. 27 ss.

BUCHANAN, JAMES M. y WAGNER, RICHARD E. *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, vol. VIII, Indianapolis, Liberty Fund, 2001.

CÁRDENAS, IBSEN C. y HALMAN, JOHANNES I. M. “Coping with uncertainty in environmental impact assessments: open techniques”, *Environmental Impact Assessment Review* 60, 2016, pp. 24-39.

Colombia. Segunda Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático - Resumen Ejecutivo”, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/Segunda_comunicacion/2._2ª_Comunicación_Resumen_Ejecutivo.pdf

Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3904.

Colombia. Constitución Política de 1991.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-132 de 2012.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2017.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-048 de 2018.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-528 de 1991.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-671 de 2001.

Colombia. Decreto 2041 de 2014, “Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”.

Colombia. Decreto 3573 de 2011, “Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y se dictan otras disposiciones”.

Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Estudio de Impactos Económicos del Cambio Climático, disponible en: <https://www.dnp.gov.co/programas/ambiente/CambioClimatico/Paginas/Estudio-de-Impactos-Economicos.aspx> [consultado el 17 de mayo de 2020].

Colombia. Ley 99 de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.

Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Política Nacional de Cambio Climático*, MARITZA FLORIÁN BUITRAGO, GIOVANNI ANDRÉS PABÓN RESTREPO, PAULO ANDRÉS PÉREZ ÁLVAREZ, MARIANA ROJAS LASERNA y RODRIGO SUÁREZ CASTAÑO (eds.), 2017.

Colombia. Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 1402 de 2018, “Por la cual se adopta la Metodología General para la Elaboración y Presentación de Estudios Ambientales y se toman otras determinaciones”.

Colombia. Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. *Criterios técnicos para el uso de herramientas económicas en los proyectos, obras o actividades objeto de licenciamiento ambiental*, ÁNGELA JUDITH GÁMEZ, YOLANDA CASALLAS ABRIL, MARIO ORLANDO LÓPEZ CASTRO y CARLOS ENRIQUE DÍAZ REYES (eds.), 2017.

COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México 1998.

Foro Nacional Ambiental. Política y legislación ambiental, disponible en: <https://www.foronacionalambiental.org.co/nuestros-temas/politica-ambiental-nacional/> [consultado el 17 de mayo de 2020].

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, CLAUDIA VICTORIA y MURILLO URRUTIA, LUIS GILBERTO (eds.). *Criterios técnicos para el uso de herramientas económicas en los proyectos, obras o actividades objeto de licenciamiento ambiental*, Bogotá, Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, 2017, disponible en: http://portal.anla.gov.co/sites/default/files/comunicaciones/SIPTA/mushe_def_23_06_2017_respuesta_revisi_yc.pdf [consultado el 9 de mayo de 2020].

KAJIKAWA, YUYA; OHNO, JUNKO; TAKEDA, YOSHIYUKI; MATSUSHIMA, KATSUMORI y KOMIYAMA, HIROSHI. “Creating an academic landscape of sustainability science: an analysis of the citation network”, *Sustain Sci* 2, 2, 2007, pp. 221-231.

LOZANO, HERNÁN y CAICEDO, HERNANDO, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Departamento Nacional de Planeación. *Metodología para evaluar riesgos. Incorporando la gestión del riesgo de desastres y la adaptación al cambio climático en proyectos de inversión pública. Caja de herramientas*.

Ministerio de Medio Ambiente y Convenio Andrés Bello. *Manual de evaluación de estudios ambientales: criterios y procedimientos*, ALBERTO FEDERICO MOUTHON BELLO y ALINA ROCÍO BLANCO B. (eds.), Bogotá, Ministerio del Medio Ambiente, 2002.

RODRÍGUEZ BECERRA, MANUEL; MANCE, HENRY; BERRERA REY, XIMENA y GARCÍA ARBELÁEZ, CAROLINA. *Cambio climático. Lo que está en juego*, Bogotá, Universidad de los Andes, Friedrich Ebert Stiftung, WWF y Foro Nacional Ambiental, 2015.

VIÑA VIZCAÍNO, GERARD y AMAYA NAVAS, ÓSCAR DARÍO. *Las evaluaciones ambientales estratégicas como instrumentos para el desarrollo sostenible en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

World Commission on Environment and Development (WCED). *Our Common Future*, 1987, disponible en: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> [consultado el 12 de marzo de 2020].

MARÍA CAMILA CAMARGO MONCAYO*

CAPÍTULO 4

*Disposiciones ambientales en los acuerdos comerciales.
Entre la cooperación comercial y la gobernanza
ambiental. El caso colombiano*

*Environmental Provisions in Trade Agreements. Between Trade
Cooperation and Environmental Governance. The Colombian Case*

RESUMEN

A partir de un método de investigación jurídico-deductivo, este artículo analiza la contribución normativa a la gobernanza ambiental de las disposiciones ambientales incorporadas en los acuerdos comerciales preferenciales, relacionadas con los acuerdos multilaterales ambientales, el derecho de los Estados a regular el nivel de protección ambiental, y su grado de implementación y cumplimiento en el marco del acuerdo comercial. En la segunda parte del artículo, a partir de un análisis cuantitativo y cualitativo, se determina el potencial de contribución a la gobernanza ambiental de las disposiciones ambientales consagradas en los tratados de libre comercio ratificados por Colombia con la Unión Europea-Perú, Canadá y Corea del Sur, de conformidad con su grado de legalización.

Palabras clave: gobernanza ambiental, cooperación comercial, acuerdos comerciales, tratados de libre comercio, acuerdos multilaterales ambientales, espacio regulatorio, implementación, cumplimiento, Colombia.

ABSTRACT

This article analyzes, based on a deductive method of investigation, the normative contribution to environmental governance of the environmental provisions incorporated in preferential trade agreements, related to multilateral environmental agreements, the right of States to regulate the level of environmental protection, and its degree of implementation and enforcement within the framework of trade agreements. The second part of the article, based on quantitative and qualitative analysis, sets out the potential contribution to environmental governance of the environmental provisions enshrined in the FTAs ratified by Colombia with the European Union-Peru, Canada, and South Korea, by its degree of legalization.

* Asistente de investigación del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la misma universidad. Contacto: maria.camargo@uexternado.edu.co. ORCID: 0000-0002-3971-7450.

Este artículo fue posible gracias al inmenso apoyo de Aníbal José Torres Orozco, mi compañero de vida y de estudio, quien me ayudó a recopilar la información de los TLC analizados.

Keywords: environmental governance, trade cooperation, trade agreements, free trade agreements, multilateral environmental agreements, regulatory space, implementation, enforcement, Colombia.

INTRODUCCIÓN

Las negociaciones internacionales sobre asuntos climáticos han demostrado ser lentas y se han caracterizado por lograr acuerdos poco ambiciosos. Particularmente, en el marco comercial multilateral la intención de incorporar cuestiones ambientales ha quedado estancada en las negociaciones de la Ronda de Doha y se ha limitado a definir la relación entre la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los acuerdos multilaterales ambientales (AMUMA). Ahora bien, aunque la interacción entre el comercio internacional y el ambiente se ha comprendido provisionalmente en las negociaciones de la OMC, la masiva inclusión de disposiciones ambientales¹ en los acuerdos comerciales² parece que puede desempeñar un importante rol en el panorama de la gobernanza ambiental.

Lo anterior, bajo el supuesto de que esas disposiciones ambientales, de manera colateral al derecho internacional ambiental (DIA), pueden constituirse en nuevas formas de abordar normativamente la emergencia climática. Esto, a partir de la implementación de disposiciones que creen o refuercen normas o instituciones relacionadas con el ambiente en el comercio internacional, facilitando la búsqueda mutua de prioridades ambientales como la lucha contra la emergencia climática, forjando una mayor comprensión de las interrelaciones entre el comercio y la emergencia climática, y proporcionando nuevos mecanismos de cooperación entre esos dos órdenes jurídicos internacionales³.

-
- 1 Para los propósitos de este artículo, se entiende como disposición ambiental cualquier disposición que se refiera directa y explícitamente a la protección del ambiente, el desarrollo sostenible y otras cuestiones relacionadas, en especial, las que se refieren a los AMUMA, el derecho de los Estados a regular el nivel de protección ambiental, y a su grado de implementación y cumplimiento en el marco de los acuerdos comerciales.
 - 2 El concepto de acuerdo comercial abarca los acuerdos comerciales preferenciales (acuerdos bilaterales o multilaterales por medio de los cuales se regulan las relaciones comerciales y se reducen las barreras al comercio entre los países) y los tratados de libre comercio (acuerdos bilaterales por medio de los cuales los Estados parte acuerdan la exportación e importación de bienes y servicios sin la imposición de limitaciones tales como aranceles, derechos y cuotas).
 - 3 Para los propósitos de este artículo, el concepto de gobernanza ambiental se entiende como el

En una primera etapa, las disposiciones ambientales consagradas en los acuerdos comerciales eran excepciones a los compromisos comerciales adquiridos por los Estados, que buscaban mantener medidas ambientales internas que podían tener efectos restrictivos para el comercio. No obstante, con la evolución de estos tratados, cada vez más se han incorporado disposiciones ambientales que no están estrictamente relacionadas con el comercio y respecto de las cuales se cree que podrían contribuir a la gobernanza ambiental.

A propósito de lo anterior, con base en un método de investigación jurídico deductivo y un análisis cualitativo y cuantitativo, este artículo tiene como objetivo determinar la contribución a la gobernanza ambiental de las disposiciones ambientales incorporadas en los acuerdos comerciales, en particular, de las disposiciones ambientales incorporadas en los tratados de libre comercio (TLC) ratificados por Colombia con la Unión Europea y Perú (en adelante EU-Perú), Canadá y Corea del Sur.

En la primera parte, aplicando una metodología jurídico-descriptiva, se expondrá la literatura vigente relativa a la contribución a la gobernanza ambiental de las disposiciones ambientales consagradas en los acuerdos comerciales y su impacto en el DIA. En particular, se describirá el alcance jurídico que tienen estas disposiciones en torno a la difusión y prevalencia legal de los AMUMA, la configuración del espacio regulatorio de los Estados respecto de medidas ambientales o relacionadas con el ambiente, su implementación y su nivel de cumplimiento en el marco de los acuerdos comerciales. El alcance jurídico de las disposiciones ambientales se identificará determinando su grado de legalización a través de los componentes de obligación, precisión y delegación⁴.

En la segunda parte, con base en una técnica cuantitativa y cualitativa de investigación, se determinará la potencial contribución a la gobernanza ambiental de las disposiciones ambientales incorporadas en los TLC ratificados

conjunto de regulaciones a través de las cuales los Estados influyen en las acciones y resultados ambientales. Sobre el término ‘gobernanza ambiental’, véanse LEMOS, MARÍA y AGRAWAL, ARUN. “Environmental Governance”, *Annual Review of Environment and Resources*, 2008; ARMITAGE, DEREK y PLUMMER, RYAN. *Environmental governance and its implications for conservation practice*, Society for Conservation Biology, 2012, disponible en: <https://conbio.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1755-263X.2012.00238.x>; BENNETT, NATHAN J. *Environmental governance: A practical framework to guide design, evaluation, and analysis*, Society for Conservation Biology, 2018, disponible en: <https://conbio.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/conl.12600>

4 Esta categorización ha sido tomada de ABBOTT, KENNETH *et al.* *The Concept of Legalization*, IO Foundation, Massachusetts Institute of Technology, 2000, pp. 401-419.

por Colombia con la UE-Perú, Canadá y Corea del Sur de conformidad con su grado de legalización. Tomando como referencia la base de datos “Trade & Environment Database - TREND Analytics” (TREND Analytics)⁵, se identificarán las disposiciones ambientales incorporadas en los TLC en mención, se las clasificará en las categorías de AMUMA, espacio regulatorio, implementación y cumplimiento, y se identificará su grado de legalización, entendida esta como una forma particular de institucionalización caracterizada por tres componentes: obligación, precisión y delegación⁶.

Las primeras dos categorías –AMUMA y espacio regulatorio– se analizarán individualmente para determinar su grado de obligación y precisión, mientras que las últimas dos categorías –implementación y cumplimiento– se analizarán transversalmente, a efectos de determinar el grado de delegación de las disposiciones ambientales identificadas en las primeras dos categorías.

I. PRIMERA PARTE

I.1. CRISIS DE LA GOBERNANZA AMBIENTAL

La ausencia de adaptación de la gobernanza ambiental a la actual configuración del poder a fin de abordar la emergencia climática, un problema común a todos los Estados, se evidencia en el fracaso de las conferencias sobre desarrollo sostenible y de las cumbres del clima de la ONU, así como, en general, en la escasa eficacia de los acuerdos ambientales, cuando estos logran ser negociados⁷.

A pesar de que los costos a largo plazo del calentamiento global superan ampliamente los costos inmediatos de su mitigación, no se han adoptado

5 TREND Analytics es una base de datos que categoriza y clasifica disposiciones ambientales de aproximadamente 630 acuerdos comerciales. Esta base de datos fue el primer insumo de esta investigación para clasificar las disposiciones de los TLC estudiados; se encuentra disponible en BERGER, Axel *et al.* *TREND Analytics - Environmental Provisions in Preferential Trade Agreements*, German Development Institute/Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Bonn, y Université Laval, Canadá, 2017, disponible en: <https://klimalog.die-gdi.de/trend/about-trend.html>

6 Esta categorización ha sido tomada de ABBOTT *et al.* *The Concept of Legalization*, cit., pp. 401-419.

7 VAN VOSSOLE, JONAS. “Global Climate Governance: A Legitimation Crisis: Capitalism, Power, and Alienation from Marxist and Polanyian Perspectives”, *Review* (Fernand Braudel Center), vol. 35, n.º 1, Research Foundation of State University of New York para y en nombre de Fernand Braudel Center Stable, 2012, p. 17.

medidas colectivas significativas para combatirlo⁸. Al final, se ha demostrado que los Estados participan en acuerdos internacionales ambientales siempre y cuando los beneficios derivados de la adhesión superen sus costos inmediatos⁹.

La incapacidad de los líderes políticos de lograr acuerdos significativos para abordar los problemas de la emergencia climática –por ejemplo, en el caso de la última cumbre climática (25.^a Conferencia de las Partes, COP 25), realizada en Madrid en 2019– refleja el agotamiento de las estructuras internacionales establecidas para abordar estos temas y la debilidad de la gobernanza ambiental¹⁰, a nivel estatal, basada en la necesaria cooperación de los países económicamente más poderosos, en la prevalencia de sus intereses nacionales y en la discrepancia entre los países desarrollados y en desarrollo¹¹.

En América Latina y el Caribe, factores exógenos y endógenos han contribuido a abordar estos problemas: a nivel exógeno, la influencia del DIA, a través de los AMUMA, y el papel activo de las organizaciones internacionales y regionales; y, a nivel endógeno, el constitucionalismo ambiental, el activismo y la movilización en pro de la justicia ambiental; factores que han contribuido a garantizar mayor publicidad, participación y transparencia en la toma de decisiones ambientales o que tienen algún impacto ambiental¹², a modo de ejemplo, la firma del Acuerdo de Escazú entre países de América Latina y el Caribe. A pesar de la existencia de esos factores, la ausencia de decisiones multilaterales significativas ha impactado notablemente los esfuerzos regionales por combatir la emergencia climática.

Indiscutiblemente, la evolución de la emergencia climática reclama la transformación del comercio internacional, una transformación de carácter estructural y global que defina mecanismos jurídicos que permitan responder

8 DICKENSON, PETE. *Planning for the Planet: How Socialism Could Save the Environment*, Socialist Publications, 2012.

9 POLLACK, M. A. “Who Supports international law, and why? The United States, the European Union and the international legal order”, *International Journal of Constitutional Law*, 13(4), 2015, pp. 873–900.

10 A propósito de la gobernanza en el derecho internacional, véase WEILER, J. “La geología del derecho internacional – gobernanza, democracia y legitimidad”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 46, pp. 3–24.

11 VAN VOSSOLE. “Global Climate Governance”, cit, pp. 9, 14 y 18.

12 OLMOS GIUPPONI, BELÉN. “Fostering environmental democracy in Latin America and the Caribbean: An analysis of the Regional Agreement on Environmental Access Rights”, *RECIEL. Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2019.

adecuadamente a la emergencia climática y que conciban al ambiente como un bien jurídico central.

I.2. DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Los Estados tienden a armonizar regímenes cuando existen efectos indirectos negativos entre los mismos, es decir, cuando la ejecución de actividades o la adquisición de compromisos en un régimen socava la consecución de los objetivos del otro. Sin embargo, en materia ambiental, los Estados tienen pocos incentivos para crear esa sinergia positiva con los regímenes comerciales. Esto se refleja en la consagración de excepciones ambientales muy limitadas, para reducir al mínimo el efecto adverso al ambiente de la liberalización del comercio¹³.

A propósito de la intersección entre el comercio internacional y los regímenes ambientales, y de la creciente superposición de medidas comerciales y ambientales, el estudio de las tensiones existentes entre estos regímenes, que muchas veces comienza con la formulación de políticas con objetivos que entran en conflicto¹⁴, se ha centrado en un análisis adelantado desde un punto de vista multilateral, manifestado en el estancamiento de las negociaciones ambientales en el marco de la OMC y en la incapacidad de abordar los problemas derivados del cambio climático en la ONU.

En concreto, se ha estudiado su intersección, a propósito de la superposición o no de las obligaciones derivadas de la OMC y de los AMUMA, a partir del análisis de las decisiones tomadas por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), es decir, partiendo de un análisis casuístico. Lo anterior, en tanto en la OMC no se han adoptado decisiones vinculantes que definan de manera transversal a todos sus miembros la relación entre la OMC y los AMUMA y, por el contrario, han adoptado diversas posiciones sobre la importancia y compatibilidad de los objetivos comerciales y ambientales para los Estados

¹³ JOHNSON, T. y URPELAINEN, J. "A strategic theory of regime integration and separation", *International Organization*, 66, 4, 2012, pp. 645-677.

¹⁴ VAN VOSSOLE. "Global Climate Governance", cit., p. 4.

miembro¹⁵. Esta visión restringida pasa por alto los desarrollos que se han tenido en otros campos¹⁶.

Sin embargo, como las negociaciones sobre el clima en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Clima (CMNUCC) y en la OMC no han demostrado acuerdos significativos, la atención ha comenzado a centrarse en la evolución del manejo climático en otros ámbitos, los cuales podrían desempeñar un papel importante en el emergente panorama policéntrico de la gobernanza ambiental¹⁷.

1.3. DISPOSICIONES AMBIENTALES EN LOS ACUERDOS COMERCIALES

La extensión del derecho económico internacional mediante la proliferación de los acuerdos comerciales ha dado lugar a mayores tensiones entre los regímenes ambientales y comerciales. No obstante, los mismos acuerdos comerciales han incluido algunas disposiciones que permiten resolver la forma en que deberían resolverse esos conflictos jurídicos, definiendo la prevalencia de sus propias disposiciones o de las disposiciones del otro acuerdo.

En una primera etapa, los acuerdos comerciales consagraron disposiciones ambientales como excepciones a los compromisos comerciales, las cuales estaban destinadas a mantener medidas ambientales internas que podían tener efectos restrictivos para el comercio¹⁸. El tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea fue el primer acuerdo comercial en incluir una disposición ambiental¹⁹.

15 CARLARNE, C. “The Kyoto Protocol and the WTO: Reconciling Tensions between Free Trade and Environmental Objectives”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 17(1), 2005, pp. 45-88.

16 NOÉMIE, LAUREN; MORIN, JEAN-FRÉDÉRIC. *Negotiating environmental protection in trade agreements: A regime shift or a tactical linkage?*, Springer Nature B.V., 2019, p. 533.

17 JINNAH, SIKINA; MORIN, JEAN-FRÉDÉRIC. “The untapped potential of preferential trade agreements for climate governance”, *Environmental Politics*, 2018, p. 542.

18 Disposiciones que no difieren significativamente de las adoptadas en los acuerdos de la OMC, como, por ejemplo, las excepciones establecidas en el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT-1994) o en el artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).

19 MONTEIRO, JOSÉ-ANTONIO MONTEIRO. *Typology of environment-related provisions in regional trade agreements*, WTO Working Paper, ERSD-2016-13, World Trade Organization Economic

Con la evolución de estos tratados, cada vez más, se fueron incorporando disposiciones ambientales que no estaban estrictamente relacionadas con el comercio²⁰ y que incorporan varios de los asuntos relacionados con el ambiente que fueron negociados en el marco de la OMC, pero frente a los cuales no se llegó a ningún acuerdo, e incluso otros temas que nunca había sido negociados por los miembros de la OMC²¹.

Los acuerdos comerciales más recientes suelen incluir un capítulo completo dedicado íntegramente a la protección del ambiente. En términos generales, este capítulo incluye disposiciones relacionadas con: el reconocimiento del derecho a adoptar medidas que protejan el ambiente y el derecho a determinar el nivel de protección ambiental; la definición de la relación del acuerdo con los AMUMA referenciados en el mismo; asuntos sobre diversidad biológica, cambio climático, deforestación, protección de flora y fauna; la creación de mecanismos de cooperación y monitoreo; la conformación de consejos o comités de verificación de la implementación del capítulo, y mecanismos de solución de controversias.

Es importante tener en cuenta que en cada acuerdo comercial la consagración de estas disposiciones difiere sustancialmente en cuanto a su ubicación en el texto, el idioma, el alcance y profundidad, así como respecto de sus implicaciones legales e institucionales. La decisión de incorporarlas y la forma en que se hace siguen un proceso dinámico que depende de los Estados negociadores y que refleja las diversas formas de abordar las cuestiones ambientales por parte de los Estados²². En algunos casos, los países copian ciertas disposiciones medioambientales o replican las incorporadas en acuerdos ratificados; sin embargo, aunque hay algunas disposiciones ambientales que aparecen en más de 100 acuerdos comerciales, otras solo aparecen una vez²³.

La Unión Europea, Estados Unidos y Canadá, respectivamente, son los ordenamientos con mayores disposiciones ambientales en sus acuerdos comerciales. La Unión Europea tiene 3,567 disposiciones ambientales en 210 acuerdos

Research and Statistics Division, 2016, disponible en: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201613_e.pdf

20 NOÉMIE y MORIN. *Negotiating environmental protection in trade agreements*, cit., p. 534.

21 MONTEIRO. *Typology of environment-related provisions in regional trade agreements*, cit.

22 *Ibid.*

23 BRANDI, CLARA *et al.* *Environmental Provisions in Trade Agreements: Promises at the Trade and Environment Interface*, German Development Institute/Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Bonn, y Université Laval, Canadá, Briefing Paper 16, 2017.

comerciales, Estados Unidos 1.476 disposiciones en 21 acuerdos comerciales y Canadá 1.209 disposiciones en 18 acuerdos comerciales²⁴. Adicionalmente, los acuerdos comerciales con el mayor número de disposiciones ambientales son los acuerdos negociados entre países desarrollados y países en desarrollo²⁵, en particular, los negociados con la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá²⁶.

En algunos estudios se ha concluido que la inclusión de estas disposiciones en los acuerdos comerciales ha servido para disfrazar los intereses proteccionistas²⁷, sin embargo, en otros se han identificado otros factores que motivan la incorporación de estas disposiciones, como sucede con la democracia; hay estudios en los cuales se ha concluido que los países democráticos son más proclives a comprometerse con la protección del ambiente, especialmente, por las presiones electorales por parte de ciudadanos sensibles a las preocupaciones ambientales²⁸. En ese sentido, se ha indicado que la mayor probabilidad de que un Estado democrático consagre en los acuerdos comerciales este tipo de disposiciones se debe a su interdependencia con el concepto de Estado de derecho, en otras palabras, con el concepto de legalización²⁹.

Por otro lado, quienes apoyan la cooperación ambiental encuentran en los acuerdos comerciales una buena oportunidad para la integración de regímenes debido a las características distintivas de las negociaciones comerciales, toda

24 BERGER, AXEL *et al.* *TREND Analytics - Environmental Provisions in Preferential Trade Agreements*, German Development Institute/Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Bonn, Germany, Université Laval, Canadá, 2017, disponible en: https://klimalog.die-gdi.de/trend/table.html#data/from_year=1945&to_year=2018

25 MONTEIRO. *Typology of environment-related provisions in regional trade agreements*, cit.

26 BERGER *et al.* *TREND Analytics - Environmental provisions in preferential trade agreements*, cit. Para la Unión Europea, véase: https://klimalog.die-gdi.de/trend/table.html#data/from_year=1945&to_year=2018&country=1497
Para Estados Unidos, véase: https://klimalog.die-gdi.de/trend/table.html#data/from_year=1945&to_year=2018&country=1369
Para Canadá, véase: https://klimalog.die-gdi.de/trend/table.html#data/from_year=1945&to_year=2018&country=1323

27 Para más información sobre el tema, véase MORIN *et al.* “Environmental provisions in trade agreements: Defending regulatory space or pursuing offensive interests?”, cit.

28 BRANDI *et al.* *Environmental Provisions in Trade Agreements*, cit. Entre otros, véanse MANSFIELD *et al.*, 2002; NEUMAYER, 2002; MANSFIELD y PEVEHOUSE, 2006 y 2008; BÄTTIG y BERNAUER, 2009; LANTIS, 2009; BERNAUER *et al.*, 2010 y 2013; SPILKER y KOUBI, 2016.

29 El concepto de Estado de derecho “encapsula la exigencia de la obediencia al derecho, [...] obediencia que se justifica en un sistema jurídico inserto en alguna forma de democracia”. WEILER. “La geología del derecho internacional”, cit., p. 4.

vez que, desde la negociación de este tipo de tratados, los Estados tienen mayor probabilidad de obtener concesiones sobre cuestiones ambientales a cambio de, por ejemplo, mayor acceso a cierto tipo de bienes o servicios; margen de concesiones que probablemente no obtendrían en una negociación exclusivamente ambiental³⁰. Estos estudios sugieren que los acuerdos comerciales se encuentran en una posición única para abordar los aspectos de la mitigación del impacto ambiental relacionados con el comercio³¹.

Ahora, a la consagración de ese tipo de disposiciones se le han atribuido diferentes tipos de potenciales contribuciones a la gobernanza ambiental, a saber: la difusión de los AMUMA existentes, en los casos en los que los acuerdos comerciales requieren que sus partes ratifiquen o se adhieran a los AMUMA existentes, y su prevalencia en caso de incompatibilidad jurídica; la difusión de las normas existentes relativas al ambiente, al replicar las normas de los acuerdos comerciales existentes, y la inclusión de nuevas normas que no tienen precedentes en otras fuentes convencionales de derecho internacional³².

I.4. CATEGORIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES AMBIENTALES EN LOS ACUERDOS COMERCIALES

Como se ha indicado, estas disposiciones, al referirse directa y explícitamente a cuestiones relacionadas con el ambiente, son susceptibles de clasificarse de diversas maneras; sin embargo, con el propósito de delimitar las categorías y con el objetivo de identificar aquellas que sirvan para determinar el grado de legalización de los TLC, se tendrá en cuenta la siguiente categorización usada en “Trade & Environment Database – TREND Analytics”³³:

I. AMUMA: esta categoría incorpora las disposiciones que hacen referencia a acuerdos internacionales que abordan cuestiones ambientales y tienen por objeto reforzar y ampliar los compromisos internacionales en materia

30 NOÉMIE y MORIN. *Negotiating environmental protection in trade agreements*, cit., p. 536.

31 JINNAH y MORIN. “The untapped potential of preferential trade agreements for climate governance”, cit, p. 543.

32 NOÉMIE y MORIN. *Negotiating environmental protection in trade agreements*, cit., pp. 534.

33 BERGER *et al.* *TREND Analytics – Environmental provisions in preferential trade agreements*, cit. Como ya se recordó, TREND Analytics es una base de datos única que rastrea más de 300 disposiciones ambientales diferentes incluidas en los textos de 630 acuerdos comerciales preferenciales (ACP) firmados desde 1945; está disponible en: <https://klimalog.die-gdi.de/trend/about-trend.html>

ambiental. Las disposiciones de esta categoría pueden obligar a las partes a ratificar o aplicar un determinado AMUMA, e incluyen especificaciones sobre la prevalencia de los AMUMA en caso de inconsistencia con el acuerdo comercial³⁴.

2. Espacio regulatorio: también conocido como el “derecho a regular”. Esta categoría abarca las disposiciones que se ocupan de la preservación del espacio normativo de los países en relación con el ambiente. Incluye excepciones generales y específicas a los compromisos de liberalización, exclusiones de ámbitos temáticos concretos, así como el derecho soberano a adoptar medidas ambientales³⁵.

3. Implementación: esta categoría incorpora las disposiciones que especifican la forma en que se aplicará el acuerdo respecto de su contenido ambiental. Incluye mecanismos de cooperación, así como procedimientos que aseguran la participación pública y la transparencia³⁶.

4. Cumplimiento: esta categoría abarca las disposiciones que regulan la aplicación de los reglamentos ambientales estipulados en el acuerdo comercial, así como de las medidas ambientales nacionales³⁷.

Ahora bien, en tanto un gran porcentaje de las cuestiones ambientales son de carácter transnacional y no pueden ser abordadas por los Estados de manera unilateral o únicamente a nivel nacional, es importante verificar el alcance de las disposiciones ambientales en el acuerdo comercial no solo respecto de las cuestiones que abarcan, sino también de su grado de legalización. De manera que se pueda inferir el verdadero potencial de contribución a la gobernanza ambiental de aquellas disposiciones que permitan extender geográficamente

34 *Ibíd.*, Categoría 6 “MEAs”, disponible en: <https://klimalog.die-gdi.de/trend/about-trend.html>. Entre 1945 y 2018 la Unión Europea ratificó el mayor número de disposiciones ambientales clasificadas en esta categoría, seguido de Suiza y Noruega; véase: https://klimalog.die-gdi.de/trend/table.html#data/from_year=1945&to_year=2018.

35 *Ibíd.*, Categoría 2 “Espacio regulatorio”. Entre 1945 y 2018, la Unión Europea ratificó el mayor número de disposiciones ambientales clasificadas en esta categoría, seguido de Suiza y Singapur; véase: <https://klimalog.die-gdi.de/trend/about-trend.html>

36 *Ibíd.*, Categoría 7 “Implementation”. Entre 1945 y 2018, la Unión Europea ratificó el mayor número de disposiciones ambientales clasificadas en esta categoría, seguido de Estados Unidos y Canadá; véase: https://klimalog.die-gdi.de/trend/table.html#data/from_year=1945&to_year=2018&categories=68

37 *Ibíd.*, Categoría 8 “Enforcement”. Entre 1945 y 2018, Estados Unidos ratificó el mayor número de disposiciones ambientales clasificadas en esta categoría, seguido de Canadá y Chile; véase: https://klimalog.die-gdi.de/trend/table.html#data/from_year=1945&to_year=2018&categories=69

los AMUMA, difundir normas del DIA o incluir nuevas normas relativas al ambiente; y que se caractericen por tener un alto grado de legalización. Como se ha advertido, dos acuerdos pueden incorporar una disposición que se refiera a la misma cuestión, pero cuyo alcance sea distinto, por lo que se hace necesario identificar su grado de legalización.

I.5. SOBRE EL GRADO DE LEGALIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES AMBIENTALES EN LOS ACUERDOS COMERCIALES

Para los propósitos de este artículo se tomará la definición y componentes del concepto de legalización establecidos en el artículo “The concept of legalization”³⁸, en el cual se define la legalización como una forma particular de institucionalización caracterizada por tres componentes: obligación, precisión y delegación.

El componente de obligación es definido como aquel por medio del cual los Estados u otros actores están legalmente vinculados a una regla o compromiso, en el sentido de que su comportamiento está sujeto a escrutinio según las normas y procedimientos del derecho particulares; en derecho internacional el contraste entre bajo y alto sería entre *soft law* y *jus cogens*. El componente de precisión significa que las reglas definen sin ambigüedad la conducta que requieren, autorizan o proscriben, y en este caso el contraste estaría entre normas o principios ambiguos y cláusulas altamente elaboradas. Finalmente, el componente de delegación significa que se ha concedido a terceros la autoridad para interpretar, aplicar las normas y resolver las controversias, y en el derecho internacional equivaldría al contraste entre diplomacia y cortes internacionales o tribunales de arbitraje³⁹.

Estos tres componentes no son rígidos, se trata de una cuestión de gradualidad que permite identificar un alto grado, un grado medio o la ausencia de legalización. Según el grado de cada componente que alcance una norma, esta podrá ser caracterizada con un alto o un bajo grado de legalización. Los

38 ABBOTT *et al.* *The concept of legalization*, cit. Este método también fue aplicado por Tobias Böhmelt, en BÖHMELT, TOBIAS. “The self-selection of democracies into treaty design: insights from international environmental agreements”, *Int. Environ. Agreements*, 18, 2018, pp. 351-367.

39 ABBOTT *et al.* *The concept of legalization*, cit, pp. 401-402.

estatutos o reglamentos de los sistemas jurídicos nacionales altamente desarrollados suelen ser tomados como modelos de *hard law*⁴⁰.

En otras palabras, la gradualidad de estos componentes podría establecerse de la siguiente forma:

<i>Grado de legalización</i>	<i>Obligación</i>
Alto	Obligación incondicional.
Alto-medio	Condiciones implícitas en la obligación.
Medio	Reservas específicas o con cláusulas de escape.
Medio-bajo	Compromiso opcional, recomendaciones o directrices.
Bajo	Negación explícita de la intención de estar legalmente obligado.
<i>Grado de legalización</i>	<i>Precisión</i>
Alto	Reglas determinadas, interpretación restrictiva.
Medio	Aplicación de estándares o aspectos sustanciales.
Bajo	Referencia general o de interpretación discrecional.
<i>Grado de legalización</i>	<i>Delegación</i>
Alto	Mecanismo de solución de controversias judicial.
Bajo	Mecanismo de solución de controversias político.

Recapitulando, se podría deducir que las disposiciones ambientales en los acuerdos comerciales estarán altamente legalizadas cuando son obligatorias para las partes; cuando son precisas o se pueden precisar mediante el ejercicio de la autoridad delegada, y cuando la facultad para interpretar y aplicar las normas ha sido delegada a un tercero con autoridad.

A propósito de lo anterior, los acuerdos comerciales de la Unión Europea se han caracterizado por un grado de legalización superior al promedio, sin embargo, en esos mismos acuerdos el mecanismo de solución de controversias, en su mayoría, es la consulta. Por el contrario, Estados Unidos tiende a incluir mecanismos de solución de controversias que comprenden decisiones jurídicamente vinculantes y con aplicación de sanciones, pero con un nivel

40 *Ibid.*, pp. 401-402.

significativamente más débil de obligaciones y de precisión en sus disposiciones⁴¹.

En definitiva, el análisis de los acuerdos comerciales de Estados Unidos y la Unión Europea podría demostrar el potencial transformador de estos acuerdos en el DIA; no obstante, esta convergencia no es suficiente para mostrar los múltiples enfoques que se les han dado a estas disposiciones, como, por ejemplo, los definidos entre dos países desarrollados o entre dos países en desarrollo⁴².

2. SEGUNDA PARTE

Esta parte del artículo se divide en dos secciones. En la primera, se identifican y clasifican las disposiciones ambientales de los TLC de Colombia con la UE-Perú, Canadá⁴³ y Corea del Sur, de conformidad con los categorías y componentes previamente señalados. En la segunda, se realiza un examen cuantitativo y cualitativo de estas disposiciones con la finalidad de determinar su potencial contribución a la gobernanza ambiental de conformidad con su grado de legalización.

El enfoque adoptado en este estudio combina los criterios previamente descritos, los cuales permiten medir el nivel de detalle de las diferentes disposiciones incorporadas. Como ya se ha indicado, es importante tener en cuenta que los tipos de disposiciones no difieren únicamente en cuanto a su

41 JINNAH y MORIN. “The untapped potential of preferential trade agreements for climate governance”, cit, p. 553. Para mayor información, véase JINNAH, S. y MORGERA, E. “Environmental provisions in American and EU free trade agreements: a preliminary comparison and research agenda”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 22, 2013; DOUMA, W., “The promotion of sustainable development through EU trade instruments”, *European Business Law Review*, 28, 2013, pp. 193-212.

42 BRANDI *et al.* *Environmental provisions in trade agreements*, cit, p. 28.

43 Colombia. Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Resumen del Acuerdo Comercial con Canadá: “El TLC con Canadá comprende tres Acuerdos independientes, que se relacionan entre sí. El Acuerdo de Libre Comercio, que contiene el grueso de las disciplinas comerciales que regirán la relación entre los dos países; el Acuerdo de Cooperación Laboral, que contiene obligaciones en materia de protección de los derechos laborales y cumplimiento de las normas internas; y el *Acuerdo sobre Ambiente*, que contiene las obligaciones de las partes en materia de estándares de protección ambiental a aplicar en sus territorios” (resaltado fuera de texto) [consultado en mayo de 2020], disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-entre-la-republica/1-antecedentes/2-2-resumen-del-acuerdo-comercial-con-canada>

materia, pues existen otros factores que pueden alterar sus efectos⁴⁴; por esa razón, esta heterogeneidad hace que la tarea de identificar las diferencias y similitudes se vuelva relevante.

Las primeras dos categorías –AMUMA y espacio regulatorio– se analizarán individualmente para determinar su grado de obligación y precisión, mientras que las últimas dos categorías –implementación y cumplimiento– se analizarán transversalmente, a efectos de determinar el grado de delegación de cada uno de los tratados y, en particular, de las disposiciones ambientales identificadas en las primeras dos categorías; de esta manera se podrá establecer el grado de legalización de los TLC en materia ambiental.

2.1. IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES AMBIENTALES DE LOS TLC DE COLOMBIA CON LA UE-PERÚ, CANADÁ Y COREA DEL SUR⁴⁵

Se debe advertir que para identificar y clasificar las disposiciones ambientales se tuvieron en cuenta las disposiciones ambientales identificadas en la base de datos de Trend, pero además se incluyeron las disposiciones que se consideraron pertinentes para los propósitos del artículo, que se relacionaban con alguna de las categorías seleccionadas y que no estaban identificadas en la base de datos⁴⁶.

Como se ha indicado, la Unión Europea y Canadá, además de Estados Unidos, son los ordenamientos que suelen incluir el mayor número de disposiciones ambientales en sus acuerdos comerciales, y los negociados con Colombia no marcan la diferencia. Así, de conformidad con Trend, el TLC con la UE-Perú contiene 98 disposiciones ambientales, el TLC con Canadá, 89 disposiciones ambientales, y el TLC con Corea, 84 disposiciones ambientales, número de disposiciones que sigue siendo alto.

Adicionalmente, del total de acuerdos comerciales ratificados por Colombia la mayor parte de las disposiciones ambientales pueden ser clasificadas en

44 MONTEIRO. *Typology of environment-related provisions in regional trade agreements*, cit.

45 Para el desarrollo de la segunda parte del artículo se escogieron los tres acuerdos comerciales ratificados por Colombia que contenían el mayor número de disposiciones ambientales, condición que permitió interrelacionar varias disposiciones por cada tratado y entre los tratados, para determinar con mayor precisión su efectiva contribución a la gobernanza ambiental.

46 Véase Anexo 1 (a) (b).

la categoría de “espacio regulatorio”, ubicándose en el puesto número 89 de países con más disposiciones en esa categoría⁴⁷.

Finalmente, se precisa la importancia de identificar la ubicación de las disposiciones ambientales en el tratado, en tanto ello permite determinar sus efectos, como se analizará más adelante. Para contextualizar, cada uno de los TLC referenciados tiene un capítulo independiente relacionado con el ambiente⁴⁸, en donde se encuentran la mayor parte de las disposiciones ambientales; no obstante, en el articulado de cada uno se encuentran disposiciones ambientales dispersas que complementan y modulan ese capítulo, como se constatará en la segunda sección del artículo.

2.1.1. AMUMA

Esta categoría se clasificó en 33 subcategorías⁴⁹, las cuales identifican las disposiciones que (i) se refieren a algún AMUMA⁵⁰, (ii) reconocen la prevalencia jurídica de los AMUMA en caso de inconsistencia con el acuerdo comercial⁵¹, (iii) aplican la totalidad o una parte específica del AMUMA⁵², (iv) se refieren

47 BERGER *et al.* *TREND Analytics – Environmental provisions in preferential trade agreements*, cit.

48 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú. Aprobado mediante Ley 1669 del 16 de julio de 2013, título IX “Comercio y Desarrollo Sostenible”; Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia. Aprobado mediante la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009, Capítulo 17 “Ambiente”, Anexo 103 “AMUMA”; Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea. Aprobado mediante la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009, “Capítulo 16: Comercio y Desarrollo sostenible”, Anexo A: Ambiente.

49 La base de datos TREND incluye más categorías; no obstante, se escogieron las que se creyeron relevantes para los propósitos del artículo.

50 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, art. 270(2): “*The Parties reaffirm their commitment to effectively implement in their laws and practices the following multilateral environmental agreements: [...] the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change adopted on 11 December 1997...*”.

51 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 103: “*In the event of any inconsistency between this Agreement and the specific trade obligations set out in the Multilateral Environmental Agreements referred to in Annex 103 [including the Róterdam Convention], such obligations shall prevail to the extent of the inconsistency, provided that where a Party has a choice among equally effective and reasonably available means of complying with such obligations, the Party chooses the alternative that is the least inconsistent with the other provisions of this Agreement*”.

52 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, art. 273(a): “*In order to promote the sustainable management of forest resources, the Parties recognise the importance of having practices that, in accordance with domestic legislation and procedures, improve forest law enforcement and governance and promote trade in legal and sustainable forest products, which may*

a la implementación o negociación de otros acuerdos o tratados relacionados con el ambiente⁵³ y (v) hacen referencia a otras instituciones relacionadas con el ambiente⁵⁴.

Lo siguientes son los AMUMA que se mencionan explícitamente en los TLC objeto de estudio: Convenio de Róterdam⁵⁵, CITES⁵⁶, Protocolo de Kyoto⁵⁷, Convenio de Basilea⁵⁸, Protocolo de Montreal⁵⁹, CDB⁶⁰, Protocolo de Carta-

include the following practices: (a) the effective implementation and use of CITES with regard to timber species that may be identified as endangered, in accordance with the criteria of and in the framework of such Convention”.

- 53 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 5.3: *“The Parties affirm their existing rights and obligations with respect to each other under the SPS Agreement, taking into account guidelines, procedures, and information from the Codex Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention (IPPC), and the World Organization for Animal Health (OIE)”.*
- 54 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 16.4(2): *“Each Party shall endeavor to maintain its laws, regulations, and policies consistent and in compliance with multilateral environmental agreements (hereinafter referred to as ‘MEAs’) to which it is a party, as well as with international efforts towards achieving sustainable development”.*
- 55 Es un tratado multilateral ambiental que tiene como principal objetivo regular el comercio internacional de ciertos productos químicos peligrosos, en su mayoría plaguicidas, con la finalidad de proteger la salud humana y el ambiente frente a posibles daños; disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/convenio-rotterdam>
- 56 Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, cuyo objetivo es velar por la conservación y uso sostenible de las especies de flora y fauna silvestres que son objeto de comercio internacional; disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/convencion-sobre-comercio-internacional-especies-amenazadas-fauna-y-flora-silvestres-cites>
- 57 Por el cual los países industrializados se comprometen a estabilizar las emisiones de gases de efecto invernadero.
- 58 Este convenio vela por la aplicación de controles estrictos desde el momento de la generación de un desecho peligroso hasta su almacenamiento, transporte, tratamiento, reutilización, reciclado, recuperación y eliminación final. Obliga a las partes a asegurar que los desechos peligrosos y otros desechos se manejan y eliminan de manera ambientalmente racional. Así mismo, protege a las personas y al ambiente contra los efectos adversos derivados de la gestión inadecuada de los desechos peligrosos en el mundo entero; disponible en: <https://ginebra-onu.mision.gov.co/convenio-basilea>
- 59 Es un acuerdo ambiental internacional que logró ratificación universal para proteger la capa de ozono de la tierra, con la meta de eliminar el uso de sustancias que agotan la capa de ozono (SAO); disponible en: <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development/environment-and-natural-capital/montreal-protocol.html>
- 60 El Convenio sobre la Diversidad Biológica tiene tres objetivos: 1) La conservación de la

gena⁶¹, Declaración y Plan de Implementación de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible (2002), Agenda 21 (1992), Programa REDD⁶², Convención de Estocolmo⁶³, Protocolo de Nagoya⁶⁴ y Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente.

En los tres TLC se reafirman las obligaciones de los Estados derivadas de los AMUMA, con algunos matices que se desarrollarán más adelante. Por otro lado, en los TLC con la UE-Perú y con Corea el reconocimiento y mención de los AMUMA se consagra en el capítulo sobre ambiente, mientras que en el TLC con Canadá su reconocimiento y mención se consagra tanto en las disposiciones iniciales como en el capítulo sobre ambiente⁶⁵.

2.1.1.1. ESPACIO REGULATORIO

Esta categoría se clasificó en 18 subcategorías⁶⁶ relacionadas con (i) excepciones generales sobre la contratación pública y el comercio de bienes y servicios necesarias para proteger la vida, la fauna o la flora⁶⁷; (ii) medidas específicas y generales relacionadas con el comercio en materia de requisitos de desempeño,

biodiversidad, 2) El uso sostenible de la biodiversidad y 3) La participación justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de la biodiversidad; disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/convenio-sobre-diversidad-biologica-cbd>

61 El objetivo de este protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y la salud humana, centrándose en los movimientos transfronterizos; disponible en: <https://www.cancilleria.gov.co/convenio-sobre-diversidad-biologica-cbd>

62 Sobre el programa para la reducción de las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques en los países en desarrollo de la CMNUCC.

63 Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes (COPS).

64 Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios; está relacionado con el CDB.

65 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, art. 270; TLC UE-Perú-Colombia, art. 270 (4); Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, arts. 103 y 1701; Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 16.4.

66 La base de datos TREND incluye más categorías, no obstante, se escogieron las que se creyeron relevantes para los propósitos del artículo.

67 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 21.1(2): “For purposes of Chapters 8 (Investment), 9 (Cross-border Trade in Services), 10 (Temporary Entry for Business Persons), 11 (Telecommunications), and 12 (Electronic Commerce), 1 Article XIV of the GATS (including its footnotes) is incorporated into and made part of this Agreement,

inversión y expropiación⁶⁸; (iii) la exclusión de servicios relacionados con la conservación de recursos naturales o de determinados sectores ambientales de la liberalización de servicios, así como la prohibición de inversión extranjera respecto de ciertos sectores relacionados con el ambiente⁶⁹; (iv) medidas relacionadas con el derecho a adoptar barreras técnicas al comercio relacionadas con el ambiente⁷⁰, y (v) medidas que reconocen la soberanía de los Estados en la determinación del nivel de protección ambiental según sus prioridades⁷¹.

En los tres TLC las disposiciones clasificadas en esta categoría están dispersas a lo largo de todo el articulado de los tratados, en tanto define el derecho a regular de los Estados en diversos ámbitos del comercio regulados en diferentes acápite.

2.1.1.2. IMPLEMENTACIÓN

Esta categoría se clasificó en 17 subcategorías, relacionadas con (i) la adopción de diferentes medios para llevar a cabo asuntos de cooperación científica sobre el ambiente, de intercambio de información, estudio y vigilancia de asuntos ambientales; (ii) la creación de comités intergubernamentales de cooperación en temas ambientales, y (iii) el otorgamiento y publicación de información relativa a la adopción de medidas sobre el ambiente.

mutatis mutandis. The Parties understand that the measures referred to in Article XIV(b) of the GATS include environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health".

68 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 1402.2(b): "Provided that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on trade between the Parties, nothing in this Chapter (Governmental Procurement) shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures: [...] (b) necessary to protect human, animal or plant life or health".

69 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, art. 111(e): "This Chapter applies to measures adopted or maintained by the Parties affecting establishment in any economic activity, with the exception of: [...] processing, disposition and waste of toxic waste".

70 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 14.9 (10): "For greater certainty, a procuring entity may, in accordance with this Article, prepare, adopt, or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment".

71 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 1702: "Neither Party shall encourage trade or investment by weakening or reducing the levels of protection afforded in their respective environmental laws".

En todo caso, se debe aclarar que, con el propósito de analizar el potencial impacto a la gobernanza ambiental, particularmente del componente de delegación, el análisis se centró en las disposiciones relativas a la creación de comités o consejos ambientales, con la finalidad de determinar el alcance de sus facultades a efectos de garantizar la relación entre los AMUMA y los TLC, además del derecho de los Estados a regular asuntos ambientales y fijar sus niveles de protección.

Al respecto, los TLC con la UE-Perú y con Corea crearon subcomités internos sobre “Desarrollo Sostenible”⁷², mientras que el TLC con Canadá no creó un consejo o comité encargado de los asuntos ambientales y, por el contrario, delegó en el comité creado para la supervisión general del acuerdo, según proceda, la consideración de los reportes y recomendaciones provenientes del “Comité Ambiental” establecido en el marco del “Acuerdo sobre Ambiente”⁷³, con respecto a cualquier cuestión relacionada con el comercio y el ambiente⁷⁴.

2.1.1.3. CUMPLIMIENTO

Esta categoría se clasificó en 13 subcategorías⁷⁵, relacionadas con la soberanía de los Estados en la aplicación de medidas ambientales y con los mecanismos de solución de controversias judiciales y no judiciales aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones ambientales por alguna de las partes. De igual forma que con la categoría de “implementación”, se analizará esta categoría con el propósito de determinar el grado de delegación de las disposiciones ambientales identificadas en las primera dos categorías.

Respecto de la soberanía de los Estados en la aplicación de medidas ambientales, los TLC con Corea y con la UE-Perú consagraron explícitamente la

72 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, arts. 16.11 y 16.12; TLC UE-Perú, art. 28o.

73 El Acuerdo sobre Ambiente se implementó de manera concomitante con el V, y en este último se reconoce que los dos acuerdos se apoyan mutuamente, en tanto se reconoce la importancia de balancear las obligaciones ambientales y comerciales (TLC Canadá, art. 1703 (1)); disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/asuntos-internacionales/pdf/ambiente-y-desarrollo-sostenible-en-los-TLC/070612_acuerdo_medio_ambiente_canada.pdf

74 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 1703 (2).

75 La base de datos TREND incluye más categorías, no obstante, se escogieron las que se creyeron relevantes para los propósitos del artículo.

imposibilidad de interpretar lo dispuesto en los capítulos sobre ambiente en el sentido de facultar a las autoridades de una parte para ejecutar la legislación ambiental en el territorio de la otra parte, esto es, la mención explícita de la ilegalidad de la ejecución extraterritorial de la ley⁷⁶.

Con relación a la solución de controversias sobre disposiciones ambientales, los tres TLC establecieron mecanismos alternativos de solución de controversias como los buenos oficios, la conciliación, la mediación o las consultas, pero excluyeron explícitamente la aplicación a los capítulos de ambiente del mecanismo judicial de solución de controversias establecido en cada uno de los tratados.

2.2. EXAMEN CUANTITATIVO Y CUALITATIVO DE LAS DISPOSICIONES AMBIENTALES DE LOS TLC DE COLOMBIA CON LA UE-PERÚ, CANADÁ Y COREA DEL SUR

De la lectura general de las disposiciones ambientales se podría intuir que se trata de medidas ambiciosas, que abarcan muchas cuestiones y que además procuran contribuir a la protección del ambiente. Sin embargo, el propósito de esta sección será analizar el grado de legalización de las disposiciones clasificadas en clave de su contribución a la gobernanza ambiental.

2.2.1. APLICACIÓN DE LOS COMPONENTES DE OBLIGACIÓN Y PRECISIÓN

Una vez identificadas las subcategorías y sus disposiciones ambientales, respecto de las dos primeras dos categorías se aplicó el esquema propuesto para determinar el grado de obligación y precisión de cada una de las disposiciones.

Respecto a la graduación del componente de obligación se tuvo en cuenta el verbo rector de la disposición, si se incorporaba una excepción en la disposición o en otras que le aplicaran y si expresamente se reconocía o no un derecho o una obligación. Por otro lado, respecto de la graduación del componente de precisión, se tuvo en cuenta si la disposición incorporaba estándares que pudieran ser definidos en el marco del derecho internacional público y si la disposición era susceptible de interpretarse amplia o restringidamente.

76 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, art. 277; Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 16.8.

Aunado a lo anterior, para determinar el grado en el que se encontraba cada categoría, además de los criterios previamente señalados, se tuvo en cuenta (i) el objetivo de la disposición, (ii) la ubicación de la disposición y (iii) si pretendía extender o restringir la regulación de asuntos ambientales. Los anteriores criterios se utilizaron para evitar analizar aisladamente las disposiciones.

2.2.1.1. AMUMA⁷⁷

El TLC con la UE-Perú incluye el mayor número de disposiciones ambientales que se pueden clasificar en esta categoría, con un total de 30, en comparación con el TLC con Canadá, con 9 disposiciones, y con el TLC con Corea, con 7 disposiciones.

Adicionalmente, de las 33 subcategorías, los tres TLC tienen disposiciones en cuatro subcategorías: (i) referencias a otras instituciones relacionadas con el ambiente, (ii) implementación de una parte específica del CDB, (iii) negociación de acuerdos ambientales y (iv) implementación de otros acuerdos relacionados con el ambiente; mientras que respecto de las demás subcategorías, al menos un TLC tiene una disposición que se pueda enmarcar en alguna de ellas.

Del análisis cualitativo de estas disposiciones se destaca que: (i) la mayor parte de estas incorporan verbos rectores que no se pueden clasificar como obligaciones incondicionales de las partes, sino como directrices o compromisos opcionales⁷⁸; (ii) la existencia de un derecho u obligación relacionada con un asunto ambiental, la mayoría de las veces, está sujeta a la condición de “no constituir una arbitraria o injustificada discriminación, o una restricción disfrazada al comercio”; y (iii) las partes no tienen la obligación de aplicar criterios ambientales provenientes de AMUMA expresamente señalados en los TLC, en tanto se consagran en listas potestativas y no exhaustivas.

Sumado a lo anterior, respecto a las referencias a otras instituciones relacionadas con el ambiente, en los tres TLC se reconoce dicha posibilidad; sin embargo, su consagración es en forma de directriz respecto de la relación entre comercio y ambiente, y no como un compromiso entre las partes.

Por las anteriores consideraciones, en el TLC con la UE-Perú, 13 disposiciones se graduaron en términos de obligación y precisión como medio-bajo/medio respectivamente, 8 disposiciones como medio/medio, y 8 como

⁷⁷ Véase Anexo 2 (a).

⁷⁸ A saber, los verbos modales “*shall*” o “*should*”, o los verbos como “*reaffirm*”, “*recognise*”.

alto-medio/medio respectivamente. Por otro lado, en el TLC con Canadá, 3 disposiciones se graduaron en medio-bajo/bajo, 4 en alto-medio/medio y 2 en medio/medio. Finalmente, en el TLC con Corea, 6 disposiciones se graduaron en medio-bajo/bajo y 1 en alto-medio/medio.

En promedio, el grado de obligación y precisión de los tres TLC es medio-bajo/medio, lo que significa que existen estándares o aspectos sustanciales útiles para fijar el margen de interpretación de la disposición, pero que, en todo caso, la mayor parte de las disposiciones ambientales de esta categoría son meras recomendaciones a las partes.

Por último, teniendo en cuenta que esta categoría identifica las disposiciones que permiten difundir o darle prevalencia a los AMUMA en caso de incompatibilidad jurídica, se destacan las siguientes disposiciones por su potencial impacto en el DIA.

A este respecto, la relación entre los AMUMA y los TLC fue definida de la siguiente forma. En el TLC con la UE-Perú se reafirmó el compromiso de las partes de implementar efectivamente en sus leyes y prácticas los AMUMA enlistados en el tratado, así como el derecho de las partes de adoptar y mantener medidas para implementar los AMUMA de una forma no discriminatoria⁷⁹; en el TLC con Canadá se afirmaron las obligaciones derivadas de los AMUMA de los cuales son parte los Estados⁸⁰; y en el TLC con Corea se recalcó el deber de cada parte de esforzarse en mantener sus leyes, regulaciones y políticas consistentes con los AMUMA de los cuales son parte⁸¹.

Como se concluyó, el grado promedio de obligación y precisión que se consagró respecto de la relación de los AMUMA con los acuerdos comerciales resulta ser medio-bajo/medio. A eso se suma que, salvo por el TLC con Canadá, los TLC con la UE-Perú y con Corea guardan silencio respecto de la prevalencia de los AMUMA en caso de incompatibilidad jurídica.

En el TLC con Canadá se consagró que los AMUMA, expresamente enlistados en el TLC, prevalecerán, siempre que, en los casos en que la parte pueda elegir entre medios igualmente eficaces y razonablemente disponibles para cumplir con tales obligaciones, elija la alternativa que sea menos incompatible con las demás disposiciones del TLC⁸². No obstante el promedio indicado,

79 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, art 270.

80 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 103.

81 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 16.4.

82 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 1701.

se resalta esta disposición por los efectos que podría tener en la relación entre los AMUMA y los acuerdos comerciales.

Por último, se debe mencionar que Colombia ya es parte de todos los AMUMA relacionados en los TLC, por lo que, para el caso en concreto, estas disposiciones no tuvieron el efecto de difusión atribuido a estas disposiciones.

2.2.1.2. ESPACIO REGULATORIO⁸³

El TLC con Corea incorporó el mayor número de disposiciones ambientales que se pueden clasificar en esta categoría, con un total de 16 disposiciones, en comparación con el TLC con Canadá, con 12 disposiciones, y con el TLC con la UE-Perú, con 9 disposiciones.

Aunado a lo anterior, de las 18 subcategorías, respecto de 11 subcategorías al menos un TLC tiene una disposición que se pueda enmarcar en alguna de ellas; mientras que los tres TLC tienen disposiciones en 7 subcategorías: (i) excepciones generales en materia de compras públicas y ambiente; (ii) conservación de los recursos naturales como excepción general para el comercio de mercancías; (iii) derecho a preparar, elaborar, adoptar o aplicar obstáculos técnicos a las medidas comerciales relacionadas con el ambiente; (iv) derecho a derogar, en caso de emergencia, el procedimiento ordinario de adopción de un obstáculo técnico al comercio; (v) soberanía en la determinación del nivel de protección según las prioridades de los Estados; (vi) especificación técnica o restricción en la licitación por asuntos ambientales, y (vii) excepciones generales para el comercio de mercancías, necesarias para la protección de la vida y la salud de la fauna y la flora.

Del análisis cualitativo de esas disposiciones se concluyó que mediante la consagración de excepciones se reconoce la potestad de los Estados de aplicar medidas relacionadas con la protección del ambiente en el comercio de servicios y bienes, y barreras técnicas al comercio; no obstante, al igual que en la anterior categoría, el ejercicio de estas excepciones está sujeto al criterio de no discriminación, y algunas disposiciones incorporan verbos rectores que no se pueden clasificar como obligaciones incondicionales para las partes.

En este caso, el análisis del grado de obligación y precisión de resultó más variado: en el TLC con la UE-Perú, 4 disposiciones se graduaron en términos de obligación y precisión como medio/medio respectivamente, 3 disposiciones

83 Véase Anexo 2 (b).

como medio-bajo/medio, 1 como alto-medio/alto y 1 como bajo-alto respectivamente. Por otro lado, en el TLC con Canadá, 5 disposiciones se graduaron en medio-medio, 2 en medio-bajo/medio, 2 en alto/medio, 1 en alto-medio/medio, 1 en alto-medio/alto y 1 en alto/alto respectivamente. Finalmente, en el TLC con Corea, 7 disposiciones se graduaron en medio/medio, 5 en medio-bajo/medio, 2 en alto-medio/medio, 1 en alto/medio y 1 en medio/bajo respectivamente.

En promedio, el grado de obligación y precisión de los tres TLC es medio/medio, un poco más alto que la anterior categoría y, además, con disposiciones que individualmente tienen un mayor grado de obligación y precisión. Ello significa que la mayor parte de las disposiciones establecen reservas a su aplicación, pero contienen estándares que permiten establecer un marco de interpretación previsible.

En esta categoría se clasificaron las disposiciones que preservan el espacio normativo de los Estados respecto de los compromisos de liberalización que adquirieron, así como aquellas que reconocen o garantizan el derecho soberano de los Estados al tomar medidas relacionadas con el ambiente.

Al respecto, los tres TLC se refieren, con algunas variaciones, al derecho soberano de los Estados a determinar el nivel de protección ambiental. En el TLC con la UE-Perú se reconoce el derecho de cada parte a ejercer discrecional, pero razonablemente, decisiones respecto de la asignación de recursos en materia de ambiente, sin menoscabar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el TLC⁸⁴. En el TLC con Canadá se estableció que ninguna de las partes fomentará el comercio o la inversión debilitando o reduciendo los niveles de protección previstos en sus respectivas leyes ambientales⁸⁵. Finalmente, en el TLC con Corea, las partes reafirman el derecho soberano de cada una de ellas sobre sus recursos naturales y reiteran su derecho soberano a establecer sus propios niveles de protección ambiental y prioridades de desarrollo ambiental, y a adoptar o modificar en consecuencia sus leyes y políticas ambientales⁸⁶.

La consagración de estas disposiciones parece respetar el derecho de los Estados a regular asuntos ambientales, sin embargo, el TLC con la UE-Perú reitera el deber de las partes de cumplir las obligaciones adquiridas en el TLC,

84 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, art. 277.

85 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 1702.

86 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, arts. 16.3 (2) y 16.8.

mientras que los TLC con Canadá y Corea reconocen la soberanía de los Estado respecto del nivel de protección establecido en sus leyes, pero no hacen referencia a la relación entre las obligaciones del TLC y el nivel de protección dispuesto en las leyes y políticas ambientales de las Partes.

Ahora bien, con relación a la intención de las partes de armonizar los estándares ambientales, ninguno de los tratados lo estableció explícitamente, e incluso, en el TLC con Corea se manifiesta expresamente lo contrario: “Las Partes reconocen que no es su intención en este capítulo –ambiental– armonizar las normas ambientales o laborales de las Partes, sino fortalecer sus relaciones comerciales y la cooperación de manera que se promueva el desarrollo sostenible”⁸⁷.

Finalmente, llama la atención que en los TLC con Corea y Canadá se garantizara el derecho a derogar el procedimiento ordinario de adopción de un obstáculo técnico al comercio, en caso de urgencias por problemas ambientales, mientras que en el TLC con la UE-Perú se negara este derecho⁸⁸.

2.2.2. APLICACIÓN DEL COMPONENTE DE DELEGACIÓN

Una vez identificado el grado de obligación y precisión de los TLC con respecto a las dos primeras categorías, esta sección buscará determinar el grado de delegación de esas categorías a partir de las categorías de implementación y cumplimiento.

En primer lugar, respecto de la categoría de implementación se analizarán los comités sobre asuntos ambientales y su capacidad para interpretar, aplicar y resolver controversias entre las partes. En segundo lugar, se analizará el componente de cumplimiento con respecto a los mecanismos de solución de controversias judiciales y no judiciales dispuestos en los TLC a propósito de las disposiciones ambientales.

2.2.2.1. IMPLEMENTACIÓN

Con respecto a la creación de comités encargados del seguimiento de los asuntos ambientales, en el TLC con la UE-Perú se estableció la creación de

87 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 16.1 (3).

88 TLC UE-Perú, art. 79.2; TLC Canadá, art. 608 (1); TLC Corea, art. 6.7 (4).

un subcomité de “Comercio y Desarrollo Sostenible”⁸⁹, compuesto por representantes de alto nivel de las administraciones de cada una de las partes, responsable de los asuntos laborales, ambientales y comerciales que surjan entre las partes a propósito del TLC. Este subcomité está encargado de supervisar la aplicación del capítulo sobre ambiente, incluyendo las actividades de cooperación⁹⁰, que en todo caso no son de obligatoria ejecución para las partes.

El subcomité tiene como funciones principales dar seguimiento al capítulo de ambiente, presentar al Comité de Comercio⁹¹, cuando lo considere apropiado, recomendaciones para la correcta aplicación del capítulo y resolver cualquier otra cuestión dentro del ámbito de aplicación del capítulo de ambiente⁹². En el TLC no se definió la vinculatoriedad de sus decisiones; el Comité de Comercio⁹³, encargado del seguimiento del TLC, puede adoptar sus recomendaciones, pero no está obligado a hacerlo.

En segundo lugar, en el TLC con Canadá, como se indicó previamente, no se creó un comité de ambiente, sino que se delegó en el “Comité Ambiental”, creado en el Acuerdo sobre Ambiente, la labor de supervisión de los asuntos ambientales, pero solo respecto de la implementación de este último acuerdo y cuyas decisiones, en todo caso, tampoco son obligatorias a las partes. En el mismo sentido, la comisión encargada de la verificación de la implementación del TLC⁹⁴ no está obligada a acoger las recomendaciones que le hace el “Comité Ambiental”.

Por último, en el TLC con Corea, al igual que en el TLC con la UE-Perú, el “Comité de Desarrollo Sostenible”, compuesto por altos funcionarios responsables de los asuntos ambientales y laborales, está encargado de la

89 Acuerdo Comercial entre La Unión Europea, Colombia y Perú, art. 28o.

90 Acuerdo Comercial entre La Unión Europea, Colombia y Perú, art. 286, por el cual las Partes reconocen la importancia de las actividades de cooperación que contribuyan al mejoramiento de las políticas y prácticas relacionadas con la protección del trabajo y del ambiente. Al respecto estableció una lista no exhaustiva de las actividades de comparación de mutuo interés que pueden realizar las partes. Por ejemplo, relacionadas con la evaluación de los efectos del TLC en el ambiente, o estudios relacionados con los niveles y las normas de protección del ambiente y los mecanismos de monitoreo de esos niveles, entre otros.

91 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, art. 12.

92 *Ibid.*, art. 283, “Consultas gubernamentales”; art. 284, “grupo de expertos”; art. 285, “reporte del grupo de expertos”.

93 *Ibid.*, art. 14.

94 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 2001.

implementación y efectividad del capítulo de ambiente. Sus funciones son más reducidas y no se definió la vinculatoriedad de sus decisiones para las partes⁹⁵.

De lo anterior se puede deducir que las funciones de estos comités son muy limitadas, en tanto no pueden obligar a las partes a adoptar sus informes. Las facultades concedidas a los comités no tienen el alcance suficiente para interpretar o aplicar las normas de los capítulos sobre ambiente, aun en el caso del comité establecido en el TLC con la UE-Perú, el cual tiene funciones mucho más extensas y detalladas⁹⁶. En consecuencia, el grado de delegación en los tres TLC es bajo.

2.2.2.2. CUMPLIMIENTO

Con la finalidad de determinar el grado de precisión respecto de la solución de controversias, se identificará la ubicación de las disposiciones ambientales clasificadas en las dos primeras categorías a efectos de determinar los mecanismos de solución de controversia aplicables.

En primer lugar, con relación a las disposiciones que hacen parte de los capítulos de ambiente, en el TLC con la UE-Perú se establecieron dos mecanismos de solución de controversias no judiciales. El primero, “consultas gubernamentales”, mediante el cual las partes pueden solicitar consultas a la otra parte, con relación a asuntos derivados del capítulo, además de la intervención del Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible⁹⁷; el segundo, “Grupo de Expertos”, el cual opera cuando, pasados 90 días desde la solicitud de consulta, el asunto no se ha abordado satisfactoriamente, y su decisión se emite mediante un informe escrito no vinculante para las partes. Por último, el TLC estableció expresamente que el mecanismo judicial de solución de controversias dispuesto por el TLC no aplica para el capítulo de ambiente⁹⁸.

95 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, arts. 16.11 y 16.12.

96 Al respecto, en el TLC UE-Perú, art. 285, se consagra que este grupo de expertos puede ser solicitado por una parte consultante, después de pasados 90 días de la solicitud de consulta. El reporte final no es obligatorio para las partes; la parte en el procedimiento en cuestión informará al Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible de sus intenciones en relación con las recomendaciones del Grupo de Expertos.

97 Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú, art. 283.

98 *Ibíd.*, arts. 284 y 285.

Respecto del TLC con Canadá, al igual que el anterior TLC, el capítulo de solución de controversias exceptuó de su ámbito de aplicación el capítulo de ambiente⁹⁹. Sumado a eso, este último no estableció otro mecanismo de solución de controversias. En el mismo sentido, el Acuerdo sobre Ambiente solo establece el mecanismo de consultas y, además, dispuso que “ninguna de las partes dará lugar en su legislación al derecho de demandar a la otra Parte sobre la base de que la otra Parte actuó en forma incompatible con este Acuerdo”¹⁰⁰.

Con relación al TLC con Corea, al igual que en los TLC con la UE-Perú y Canadá, se excluyó del capítulo de ambiente el esquema judicial de solución de controversias establecido en el tratado¹⁰¹. Por otro lado, en el capítulo de ambiente solo se estableció un mecanismo de consulta, con respecto a la interpretación e implementación del capítulo, cuya solución deberá ser amigablemente y de buena fe¹⁰².

En segundo lugar, con relación a los AMUMA, en los tres TLC dichas disposiciones se encuentran ubicadas en el capítulo de ambiente, por lo que, en principio, aplicaría lo previamente indicado; sin embargo, el TLC con Canadá tiene una particularidad. En efecto, en el TLC con este país se aclara que, cuando la parte demandada asevere que sus medidas están sujetas al artículo 103, por medio del cual se establece la prevalencia de los AMUMA, y solicite que el asunto sea considerado en el marco del TLC, la parte reclamante podrá, en relación con ese asunto, recurrir solo a los procedimientos de solución de controversias estipulados en el TLC¹⁰³. Ello significa que, solo en este caso, el Estado sí tendría la posibilidad de recurrir a los mecanismos de solución de controversias judiciales establecidos en el tratado.

Finalmente, respecto de las demás disposiciones ambientales ubicadas en otros capítulos, que en su mayoría son excepciones a los compromisos de liberalización, se puede deducir que les aplicaría el esquema de solución de controversias judicial establecido en los TLC. En todo caso, se debe tener en cuenta que, al excluir los capítulos ambientales de este mecanismo de solución

99 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 2102.

100 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 12(6) “Acuerdo sobre Ambiente”.

101 *Ibid.*, art 20.2.

102 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea, art. 12.13.

103 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, art. 2103.

de controversias y al tratarse de disposiciones con un bajo grado de obligación y precisión, la probabilidad de obtener una decisión favorable al ambiente queda reducida.

En conclusión, salvo por la posibilidad que ofrece el TLC con Canadá respecto de los AMUMA, el grado de delegación de los TLC es bajo, en tanto no existe una autoridad que pueda interpretar, aplicar y resolver las controversias de manera vinculante.

2.2.3. GRADO DE LEGALIZACIÓN DE LOS TLC CON LA UE-PERÚ, CANADÁ Y COREA DEL SUR

Del análisis del grado de obligación, precisión, implementación y delegación se puede deducir que los tres TLC tienen un bajo grado de legalización y, en consecuencia, no presentan el suficiente potencial para contribuir a la gobernanza del clima. En todo caso, se resaltan dos disposiciones ambientales del TLC con Canadá, las cuales, de conformidad con su nivel de legalización individual, sí podrían tener la potencialidad de contribuir a la gobernanza ambiental y son un ejemplo del impacto que podrían tener los acuerdos comerciales respecto del DI.

Pese a su bajo grado de legalización, en el TLC con Canadá se establecen dos disposiciones que contribuyen positivamente a la relación entre los AMUMA y los acuerdos comerciales. La primera, referida a la prevalencia de los AMUMA, la segunda, aquella en virtud de la cual las partes pueden recurrir al mecanismo de solución de controversias judicial dispuesto en el TLC, respecto de asuntos relacionados con la prevalencia de los AMUMA.

Para concluir, esta investigación permitió identificar el bajo grado de legalización de los tres TLC referenciados; sin embargo, se considera pertinente indicar que, aunque en la práctica estos acuerdos comerciales no tienen el potencial de contribuir a la gobernanza ambiental, sí podrían tenerlo. El fortalecimiento de los comités ambientales, el reconocimiento de los AMUMA y la consagración de disposiciones ambientales precisas podrían generar una sinergia positiva entre estos regímenes. Como se indicó al inicio de este artículo, los acuerdos comerciales están en constante una evolución, y ello ofrece una oportunidad para incluir este tipo de disposiciones.

CONCLUSIONES

La evolución de los acuerdos comerciales ha permitido generar sinergias con el DIA, tanto positivas como negativas. Al respecto, se han realizado varios estudios que buscan identificar su potencial contribución a la gobernanza ambiental; a partir de los mismos, se ha reconocido la posibilidad que tienen los acuerdos comerciales de expandir los AMUMA entre las partes contratantes o de definir su prevalencia, así como de replicar las normas del DIA o crear otras nuevas. Sin embargo, la forma en que se han consagrado estas disposiciones ha generado dudas respecto a la contribución positiva que podrían tener los acuerdos comerciales en materia ambiental.

Por lo anterior, en esta investigación se determinó el grado de legalización de las disposiciones ambientales consagradas en los acuerdos comerciales, con el propósito de identificar su efectiva contribución a la gobernanza ambiental. En otras palabras, se buscaron disposiciones ambientales que fueran obligatorias para las partes, que fueran precisas y cuyo cumplimiento se pudiera solicitar a un tercero con autoridad para interpretarlas y aplicarlas.

En el caso en concreto, aun cuando se seleccionaron los acuerdos comerciales ratificados por Colombia con el mayor número de disposiciones ambientales, con un promedio de 90 disposiciones cada uno, se determinó que, a pesar de incorporar disposiciones cuantitativamente numerosas y con países a los cuales se les puede atribuir cualitativamente un interés por la protección ambiental, es necesario incorporar disposiciones con un alto grado de legalidad y que sean transversalizadas en otros tratados, sobre todo, teniendo en cuenta el carácter transnacional de la emergencia climática.

Los resultados de esta investigación sugieren que las disposiciones ambientales incluidas en los TLC ratificados por Colombia con la UE-Perú, Canadá y Corea del Sur no tienen el potencial de contribuir a la gobernanza ambiental; sin embargo, se destacaron dos disposiciones que individualmente sí podrían hacerlo, particularmente, respecto de los AMUMA.

Al final, la decisión de incluir o no disposiciones relacionadas con el ambiente y su ubicación en el acuerdo varía considerablemente, incluso entre los acuerdos negociados por el mismo país. En la práctica ello depende de las condiciones negociadas por los Estados, de las posibilidades que tiene un Estado de introducir innovaciones en el acuerdo, así como de las relaciones de poder, factores que se escapan del estudio del presente artículo. En todo caso, la posibilidad existe y las sinergias entre estos regímenes están en constante evolución.

REFERENCIAS

- ABBOTT, KENNETH *et al.* *The concept of legalization*, IO Foundation, Massachusetts Institute of Technology, 2000.
- Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú. Aprobado mediante Ley 1669 del 16 de julio de 2013, disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/union-europea>
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Corea. Aprobado mediante Ley 1747 del 26 de diciembre de 2014, disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/corea>
- ARMITAGE, DEREK y PLUMMER, RYAN. *Environmental governance and its implications for conservation practice*, Society for Conservation Biology, 2012, disponible en: <https://conbio.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1755-263X.2012.00238.x>
- BENNETT, NATHAN J. *Environmental governance: A practical framework to guide design, evaluation, and analysis*, Society for Conservation Biology, 2018, disponible en: <https://conbio.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/conl.12600>
- BENNETT, NATHAN J. *Environmental governance: a practical framework to guide design, evaluation, and analysis*, Society for Conservation Biology, 2018, disponible en: <https://conbio.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/conl.12600>
- BERGER, AXEL *et al.* *TREND Analytics - Environmental provisions in preferential trade agreements*, German Development Institute/Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), Bonn, y Université Laval, Canadá, 2017, DOI: 10.23661/trendanalytics_2017_1.0, disponible en: <https://klimalog.die-gdi.de/trend/about-trend.html>
- BÖHMELT, TOBIAS. "The self-selection of democracies into treaty design: insights from international environmental agreements", *Int. Environ Agreements*, 2018, pp. 351-367.
- BRANDI, CLARA *et al.* *Environmental provisions in trade agreements: promises at the trade and environment interface*, Bonn, German Development Institute/Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), y Université Laval, Canadá, Briefing Paper 16, 2017.
- CARLARNE, C. "The Kyoto Protocol and the WTO: reconciling tensions between free trade and environmental objectives", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 17, 1, 2005.

- Colombia. Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Resumen del Acuerdo Comercial con Canadá, disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-entre-la-republica/1-antecedentes/2-2-resumen-del-acuerdo-comercial-con-canada> (consultado en mayo de 2020).
- DICKENSON, Pete. *Planning for the planet: how socialism could save the environment*, Londres, Socialist Publications, 2012.
- DOUMA, W. “The promotion of sustainable development through EU trade instruments”, *European Business Law Review*, 28, 2013, pp. 193-212.
- JINNAH, S. y MORGERA, E. “Environmental provisions in American and EU free trade agreements: a preliminary comparison and research agenda”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 22, 2013.
- JINNAH, SIKINA y MORIN, JEAN-FRÉDÉRIC. “The untapped potential of preferential trade agreements for climate governance”, *Environmental Politics*, 2018, pp. 541-565.
- JOHNSON, T. y URPELAINEN, J. “A strategic theory of regime integration and separation”, *International Organization*, 66, 4, 2012, pp. 645-677.
- LEMOS, MARIA y AGRAWAL, ARUN. “Environmental Governance”, *Annual Review of Environment and Resources*, 2008.
- MONTEIRO, JOSÉ-ANTONIO. *Typology of environment-related provisions in regional trade agreements*, WTO Working Paper, ERSD-2016-13, World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, 2016, disponible en: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201613_e.pdf.
- MORIN, JEAN-FRÉDÉRIC *et al.* “Environmental provisions in trade agreements: defending regulatory space or pursuing offensive interests?”, *Environmental Politics*, 2019.
- NOÉMIE, LAUREN y MORIN, JEAN-FRÉDÉRIC. *Negotiating environmental protection in trade agreements: a regime shift or a tactical linkage?*, Springer Nature B.V, 2019.
- OLMOS GIUPPONI, BELÉN. “Fostering environmental democracy in Latin America and the Caribbean: an analysis of the regional agreement on environmental access rights”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2019.
- POLLACK, M. A. “Who supports international law, and why? The United States, the European Union and the international legal order”, *International Journal of Constitutional Law*, 13, 4, 2015, pp. 873-900.

Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, aprobado mediante la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009, disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-entre-la-republica>

VAN VOSSOLE, JONAS. *Global Climate Governance: a legitimation crisis: capitalism, power, and alienation from marxist and Polanyian perspectives*, Estados Unidos, Review (Fernand Braudel Center), vol. 35, n.º 1, Research Foundation of State University of New York para y en nombre de Fernand Braudel Center Stable, 2012.

WEILER, J. “La geología del derecho internacional. Gobernanza, democracia y legitimidad”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 46, 2020, pp. 3-24, DOI: 10.18601/01229893.n46.01.

ANEXO I.A. CATEGORIZACIÓN AMUMA

<p>Categoría: MEAS</p>	<p>TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea</p>	<p>TLC-2008: Canadá - Colombia</p>	<p>TLC-2013: Colombia - Corea</p>
<p>1. Prevalence of the Rotterdam Convention in case of inconsistency</p>	<p>Art. 270(4): 'Nothing in this Agreement shall limit the right of a Party to adopt or maintain measures to implement the agreements referred to in paragraph 2 [including the Rotterdam Convention]. Such measures shall not be applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between the Parties or a disguised restriction on trade.'</p>	<p>Art. 103: 'In the event of any inconsistency between this Agreement and the specific trade obligations set out in the Multilateral Environmental Agreements referred to in Annex 103 [including the Rotterdam Convention], such obligations shall prevail to the extent of the inconsistency, provided that where a Party has a choice among equally effective and reasonably available means of complying with such obligations, the Party chooses the alternative that is the least inconsistent with the other provisions of this Agreement.'</p>	<p>N/A</p>
<p>2. Implementation of a specific part of CITES</p>	<p>Art. 273(a): 'In order to promote the sustainable management of forest resources, the Parties recognise the importance of having practices that, in accordance with domestic legislation and procedures, improve forest law enforcement and governance and promote trade in legal and sustainable forest products, which may include the following practices: (a) the effective implementation and use of CITES with regard to timber species that may be identified as endangered, in accordance with the criteria of and in the framework of such Convention.'</p>	<p>N/A</p>	<p>N/A</p>

Categoría: MEAS	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea
3. Prevalence of CITES in case of inconsistency	Art. 270(4): [including CITES]	Annex 103(a): "the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, done at Washington on 3 March 1973, as amended on 22 June 1979". Art. 103.	N/A
4. Prevalence of the Kyoto Protocol in case of inconsistency	Art. 270(4): [including the Kyoto Protocol]	N/A	N/A
5. References to other institutions related to the environment	Art. 270(t): "The Parties recognise the value of international environmental governance and agreements as a response of the international community to global or regional environmental problems and stress the need to enhance the mutual supportiveness between trade and environment. In this context, the Parties shall dialogue and cooperate as appropriate with respect to trade-related environmental issues of mutual interest".	Art. 200(4): "The Joint Commission [...] On the request of the Committee on the Environment established under the Agreement on the Environment between Canada and the Republic of Colombia, the Commission may consider modifying Annex 103 to include other Multilateral Environment Agreements (MEAs), or to include amendments to any MEAs or remove any MEAs listed in that Annex".	Art. 16.4(2): "Each Party shall endeavor to maintain its laws, regulations, and policies consistent and in compliance with multilateral environmental agreements (hereinafter referred to as "MEAs") to which it is a party, as well as with international efforts towards achieving sustainable development".
6. Implementation of the whole Kyoto Protocol	Art. 270(2): "The Parties reaffirm their commitment to effectively implement in their laws and practices the following multilateral environmental agreements: [...] the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change adopted on 11 December 1997 [...]".	N/A	N/A
7. Prevalence of the Basel Convention in case of inconsistency	Art. 270(4): [including the Basel Convention]	Annex 103(c): "The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, done at Basel on 22 March 1989". Art. 103.	N/A

Categoría: MEAS	TLC-2012: Colombia – Perú – Unión Europea	TLC-2008: Canadá – Colombia	TLC-2013: Colombia – Corea
8. Prevalence of the Montreal Protocol in case of inconsistency	<p>Art. 270(4): [including the Montreal Protocol]</p>	<p>Annex 103(b): '(b) the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, done at Montreal, 16 September 1987, as amended 29 June 1990, as amended 25 November 1992, as amended 17 September 1997, as amended 3 December 1999,' Art. 103</p>	<p>N/A</p>
9. Other references to the CBD	<p>Art. 106(4): 'The Parties recognise and reaffirm the rights and obligations under the Convention on Biological Diversity (hereinafter referred to as "CBD") [...]'. Art. 272(t)(4): '1. [...] The Parties confirm their commitment to conserve and sustainably use biological diversity in accordance with the CBD [...]'. // 4. The Parties recognise their obligation in accordance with the CBD to, subject to their domestic legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities [...].'</p>	<p>Art. 16,5(t)(3): '1. Parties acknowledge paragraph 19 of the Ministerial Declaration (WT/MIN/(01) DEC/1), adopted on November 14, 2001 by the WTO Ministerial Conference, on the relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity (hereinafter referred to as "CBD") and the protection of genetic resources, traditional knowledge, and folklore.' // '3. Subject to their legislations and the CBD, the Parties respect knowledge, innovations, and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the involvement and approval of the holders of such knowledge, innovations, and practices.'</p> <p>//: En el TLC no se menciona ninguna disposición relativa al CBD</p>	<p>Art. 16,5(t)(3): '1. Parties acknowledge paragraph 19 of the Ministerial Declaration (WT/MIN/(01) DEC/1), adopted on November 14, 2001 by the WTO Ministerial Conference, on the relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity (hereinafter referred to as "CBD") and the protection of genetic resources, traditional knowledge, and folklore.' // '3. Subject to their legislations and the CBD, the Parties respect knowledge, innovations, and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant to the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the involvement and approval of the holders of such knowledge, innovations, and practices.'</p>
10. Implementation of the whole CBD	<p>Art. 270(2): 'including the CBD?'</p>	<p>//: En el TLC no se menciona ninguna disposición relativa al CBD. El artículo indicado en TREND no existe en el TLC</p>	<p>N/A</p>

Categoría: MEAS	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea
11. Referencias to the Johannesburg Plan of Implementation 2002	Art. 267(1): 'Recalling the [...] Johannesburg Declaration on Sustainable Development and its Plan of Implementation adopted on 4 September 2002 [...] the Parties reaffirm their commitment to sustainable development, for the welfare of present and future generations. [...].'	N/A	N/A
12. Other references to the Agenda 21 of 1992	Art. 267(t): 'Recalling [...] the Agenda 21 adopted by the United Nations Conference on Environment and Development on 14 June 1992 [...].'	N/A	N/A
13. Other references to the Johannesburg Declaration 2002	Art. 267(1): 'Recalling the [...] Johannesburg Declaration on Sustainable Development and its Plan of Implementation adopted on 4 September 2002 [...] the Parties reaffirm their commitment to sustainable development, for the welfare of present and future generations. [...].'	N/A	N/A
14. Implementation of the whole CITES	Art. 270(2): Including the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora signed on 3 March 1973 (hereinafter referred to as "CITES") [...].	N/A	N/A
15. Implementation of the whole Rotterdam Convention	Art. 270(2): Including the Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade adopted on 10 September 1998.	N/A	N/A
16. Implementation of the whole Basel Convention	Art. 270(2): Including the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal adopted on 22 March 1989.	N/A	N/A

Categoría: MEAS	TLC-2012: Colombia – Perú – Unión Europea	TLC-2008: Canadá – Colombia	TLC-2013: Colombia – Corea
<p>17. Implementation of a specific part of the CBD</p>	<p>Art. 201(1)(3)(4)(6): ‘1. The Parties furthermore reaffirm their sovereign rights over their natural resources and recognise their rights and obligations as established by the CBD with respect to access to genetic resources, and to the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of these genetic resources.’ // ‘3. Subject to their domestic legislation, the Parties shall, in accordance with Article 8(j) of the CBD respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities [...]’ // ‘4. In accordance with Article 15 paragraph 7 of the CBD, the Parties reaffirm their obligation to take measures with the aim of sharing in a fair and equitable way the benefits arising from the utilization of genetic resources [...]’ // ‘6. The Parties shall cooperate, subject to domestic legislation and international law, to ensure that intellectual property rights are supportive of, and do not run counter to, their rights and obligations under the CBD [...]’. Art. 272(5): ‘5. Recalling Article 15 of the CBD, the Parties</p>	<p>Art. 5(2): ‘The Parties also reiterate their commitment, as established by the Convention on Biological Diversity, to respect, preserve and maintain traditional knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities that contribute to the conservation and sustainable use of biological diversity, subject to national legislation.’</p>	<p>Art. 16.5(3)</p>
<p>18. Implementation of the whole Cartagena Protocol</p>	<p>Art. 270(2): Including the Cartagena Protocol on Biosafety to the CBD adopted on 29 January 2000 [...]</p>	<p>N/A</p>	<p>N/A</p>
<p>19. References to the REDD programme</p>	<p>Art. 286(d): ‘Such cooperation activities should cover activities in areas of mutual interest, such as: [...] activities related to the adaptation to, and mitigation of, climate change, including activities related to the reduction of emissions from deforestation and forest degradation (“REDD”).’</p>	<p>N/A</p>	<p>N/A</p>

Categoría: MEAS	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea
20. Implementación of the whole UNFCCC	<p>Art. 275(i): 'Bearing in mind the United Nations Framework Convention on Climate Change (hereinafter referred to as "UNFCCC") [...] the Parties recognise that climate change is an issue of common and global concern that calls for the widest possible cooperation by all countries and their participation in an effective and appropriate international response, for the benefit of present and future generations of mankind'. Art. 286(e): 'Taking into account the cooperative approach of this Title as well as the provisions of Title XIII (Technical Assistance and Trade-Capacity Building), the Parties recognise the importance of cooperation activities that contribute to the implementation and better use of this Title and, in particular, to the improvement of policies and practices related to labour and environmental protection as set out in its provisions. Such cooperation activities should</p>	N/A	N/A
21. Implementation of the whole Stockholm Convention	<p>Art. 270(2): Including the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants adopted on 22 May 2001.</p>	N/A	N/A
22. Negotiations of environmental agreements	<p>Art. 270(1)</p>	<p>Art. 7(2): 'The Parties agree to strive to strengthen their cooperation on environmental issues in other bilateral, regional and multilateral fora in which they participate'.</p>	<p>Art. 16,5(6): 'The Parties acknowledge the adoption of the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity and agree to further discuss relevant issues on genetic resources subject to future</p>

Categoría: MEAS	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea
			developments of multilateral agreements or their respective legislations’.
23. Other references to the Kyoto Protocol	Art. 275(1): ‘Bearing in mind the Kyoto Protocol [...]’.	N/A	N/A
24. Implementation other agreements related to the environment	Art. 270(1)	Art. 170(1): ‘The Parties recognize that each Party has sovereign rights and responsibilities to conserve and protect its environment and affirm their environmental obligations under their domestic law, as well as their international obligations under multilateral environmental agreements to which they are party’.	Art. 53: ‘The Parties affirm their existing rights and obligations with respect to each other under the SPS Agreement, taking into account guidelines, procedures, and information from the Codex Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention (IPPC), and the World Organization for Animal Health (OIE)’.
25. Prevalence of the CBD in case of inconsistency	Art. 270(4): [including the CBD]	N/A	N/A
26. Implementation of the whole Montreal Protocol	Art. 270(2): Including the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer adopted on 16 September of 1987.	N/A	N/A
27. Other references to the Rio Declaration of 1992	Art. 278. FOOTNOTE: ‘Peru interprets this Article against the background of Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development’. *No aplica	N/A	N/A
28. Prevalence of the Stockholm Convention in case of inconsistency	Art. 270(4): [including the Stockholm Convention].	N/A	N/A

Categoría: MEAS	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea
29. Prevalence of the Cartagena Protocol in case of inconsistency	Art. 270(4): [including the Cartagena Protocol].	N/A	N/A
30. Other references to the UNFCCC	Art. 286(E): Including '[...] activities related to aspects of the international climate change regime with relevance for trade, including trade and investment activities to contribute to the achievement of the objectives of the UNFCCC'.	N/A	N/A
31. Prevalence other agreements related to the environment in case of inconsistency	N/A	Art. 1704(f): 'The Parties recognize the importance of balancing trade obligations and environmental obligations, and affirm that the Agreement on the Environment complements this Agreement, and that the two are mutually supportive'.	N/A
32. Other references to the Nagoya Protocol	N/A	N/A	Art. 16.5 (6)
33. References to the UNEP	N/A	N/A	Annex 16-A.2(a): 'Cooperative activities may include, but shall not be limited to: (a) cooperation in international fora responsible for social and environmental aspects of trade and sustainable development, including in particular WTO, United Nations Environment Programme, and MEAs'.

ANEXO I.B. CATEGORIZACIÓN ESPACIO REGULATORIO

Categoría: Regulatory space	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea (17)
<p>1. General exceptions on procurement and the environment</p>	<p>Art. 174(b): 'Provided that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between the Parties or a disguised restriction on international trade, nothing in this Title shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures: [...] (b) necessary to protect human, animal or plant life or health, including the respective environmental measures.'</p>	<p>Art. 1402.2(b): Provided that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on trade between the Parties, nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures: [...] (b) necessary to protect human, animal or plant life or health"</p>	<p>Art. 14.2.1(b): 'Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between the Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on trade between the Parties, nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures: [...] (b) necessary to protect human, animal, or plant life or health.'</p>
<p>2. Specific trade related measure on establishment</p>	<p>N/A</p>	<p>N/A</p>	<p>Art. 14-9 (10) 'For greater certainty, a procuring entity may, in accordance with this Article, prepare, adopt, or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment'</p>
<p>3. Exclusion of environmentally harmful inventions from patentability</p>	<p>Art. 196(1): 'The Parties reaffirm the rights and obligations under the WTO Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (hereinafter referred to as "TRIPS Agreement"), and any other multilateral agreement related to intellectual property and agreements administered under the auspices of the World Intellectual Property Organization (hereinafter referred to as "WIPO"), to which the Parties are party.'</p>	<p>N/A</p>	<p>Art. 15.2 'The Parties affirm their rights and obligations under the TRIPS Agreement, as well as any other multilateral agreement related to intellectual property and the agreements administered by the World Intellectual Property Organization (hereinafter referred to as "WIPO"), that are in force between the Parties.'</p>

Categoría: Regulatory space	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea (17)
4. Conservation of natural resources as a general exception for trade in goods	<p>Art. 106(1) 'Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between the Parties where the same conditions prevail, or a disguised restriction on trade in goods between the Parties, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures: (g) relating to the conservation of living and non-living exhaustible natural resources, if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;</p>	<p>Art. 2201. 1 'For the purposes of Chapters Two to Seven and Fifteen (National Treatment and Market Access for Goods) (...) The Parties further understand that GATT 1994 Article XX (g) applies to measures relating to the conservation of living and nonliving exhaustible natural resources.'</p>	<p>Art. 21.1(1) 'The Parties understand that the measures referred to in Article XX(b) of the GATT 1994 include environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health, and that Article XX(g) of the GATT 1994 applies to measures relating to the conservation of living and non-living exhaustible natural resources'.</p>
5. Not the Parties intentions to harmonize their environmental standards	N/A	N/A	<p>Art. 16.1(3): 'The Parties recognize that it is not their intention in this Chapter to harmonize the environmental or labor standards of the Parties, but to strengthen their trade relations and cooperation in a way that promotes sustainable development'.</p>
6. Right to prepare, elaborate, adopt or apply technical barriers to trade measures related to the environment	<p>Art. 181(6) 'Each Party, including its procuring entities, may, in accordance with this Article, prepare, adopt or apply technical specifications to promote the</p>	<p>Art. 1407.5 'For greater certainty, a Party, including its procuring entities, may, in accordance with this Article, prepare, adopt or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment'.</p>	<p>Art 14.9 (10)</p>

<p>Categoría: Regulatory space</p>	<p>TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea</p>	<p>TLC-2008: Canadá - Colombia</p>	<p>TLC-2013: Colombia - Corea (17)</p>
<p>7. Exception on services linked to life or health of fauna or flora</p>	<p>En el TLC no se menciona ninguna excepción al respecto</p>	<p>Art. 220i.2 '(...) The Parties understand that the measures referred to in GATS Article XIV (b) include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health'</p>	<p>Art. 21.1(2) 'For purposes of Chapters 8 (Investment), 9 (Cross-border Trade in Services), 10 (Temporary Entry for Business Persons), 11 (Telecommunications), and 12 (Electronic Commerce), Article XIV of the GATS (including its footnotes) is incorporated into and made part of this Agreement, mutatis mutandis. The Parties understand that the measures referred to in Article XIV(b) of the GATS include environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health.'</p>
<p>8. Right to derogate from the regular adoption procedure of a technical barrier to trade measure in case of emergency</p>	<p>Art. 79(2) 'Each Party shall also publish or electronically transmit those drafts or proposals for technical regulations and conformity assessment procedures or those adopted to address urgent problems of safety, health, protection of the environment or national security, arising or threatening to arise, which are in accordance with the technical content of the relevant international standards'</p>	<p>Art. 608(i): "Each Party shall ensure that transparency procedures regarding the development of technical regulations and conformity assessment procedures allow interested parties to participate [...] except where urgent problems of safety, health, environmental protection or national security arise or threaten to arise."</p>	<p>Art. 67(4) 'Each Party shall allow at least 60 days following the notification of its proposed technical regulations and conformity assessment procedures for the other Party to provide written comments, except where urgent problems of safety, health, environmental protection, or national security arise or threaten to arise. A Party shall give positive consideration to a reasonable request of the other Party for extending the period for comments'.</p>

Categoría: Regu- latory space	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea (17)
9. Foreign invest- ment ban from specific sectors related to the en- vironment	Art. 111(e) 'This Chapter applies to measures adopted or maintained by the Parties affecting establishment in any economic activity, with the exception of: (...) processing, disposition and waste of toxic waste'	/: En el TLC no se menciona ninguna ex- cepción al respecto. Solo hay restricción en casos de seguridad nacional	Art. 89 '2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, ac- in connection with the establishment, ac- quisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party(.) 3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in con- nection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or em- ploy workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and develop- ment, in its territory MEDIO MEDIO
10. Sovereignty in determining the level of protection according to State priorities	Art. 277 'The Parties recognise the right of each Party to a reasonable exercise of discretion with regard to decisions on resource allocation relat- ing to investigation, control and enforcement of domestic environmental and labour regula- tions and standards, while not undermining the fulfilment of the obligations undertaken under this Title'	Art. 1702 'Neither Party shall encourage trade or investment by weakening or reduc- ing the levels of protection afforded in their respective environmental laws'	Art. 16,3(2) 'The Parties reaffirm each oth- er's sovereign right over its natural resourc- es, reiterate its sovereign right to establish its own levels of environmental protection and its own environmental development priorities, and to adopt or modify accord- ingly its environmental laws and policies.'
11. Technical specification or re- striction in tender procedure	Art. 181(6)	Art. 1407.5 'For greater certainty, a Party, including its procuring entities, may, in ac- cordance with this Article, prepare, adopt or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment.'	Art 14.9 (10)

<p>Categoría: Regulatory space</p>	<p>TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea</p>	<p>TLC-2008: Canadá - Colombia</p>	<p>TLC-2013: Colombia - Corea (17)</p>
<p>12. Norms on environmental services</p>	<p>N/A</p>	<p>N/A</p>	<p>//: No hay disposiciones al respecto, se establecen las excepciones generales, pero no se hace mención respecto de un servicio ambiental en particular</p>
<p>13. Specific trade related measure on performance requirements</p>	<p>N/A</p>	<p>Art. 807.1 'Neither Party may impose or enforce any of the following requirements(...) 2. A measure that requires an investment to use a technology to meet generally applicable health, safety or environmental requirements shall not be construed to be inconsistent with subparagraph 1(f)'</p>	<p>Art. 8.9(3) 'c. Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), and (f), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures: (ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or (iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.' MEDIO MEDIO</p>
<p>14. General trade related measure on investment</p>	<p>N/A</p>	<p>Art. 2201. 3 'For the purposes of Chapter Eight (Investment), subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investment or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary: (a) to protect human, animal or plant life or health, which the Parties understand to</p>	<p>Art. 8.9 (3)</p>

Categoría: Regulatorio space	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea (17)
15. Specific trade related measure on expropriation	N/A	<p>include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life and health; for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources'.</p> <p>Annex 811, Art. 2(B): 'Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted in good faith, non-discriminatory measures by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, for example health, safety and the protection of the environment, do not constitute indirect expropriation'.</p>	<p>Art. 8.11 'Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns'.</p>
16. General exceptions for trade in goods: Necessary for the protection of life and health of fauna and flora	<p>Art. 106.1 (...) (b) necessary to protect human, animal or plant life or health, including those environmental measures necessary to this effect'.</p>	<p>Art. 2201.1</p>	<p>Art. 21.1 (1) 'For purposes of Chapters 2 (National Treatment and Market Access for Goods), 3 (Rules of Origin and Origin Procedures), 4 (Customs Administration and Trade Facilitation), 6 (Technical Barriers to Trade), 7 (Trade Remedies), and 12 (Electronic Commerce), Article XX of the GATT 1994 and its interpretive notes are incorporated into and made part of this Agreement, mutatis mutandis'.</p>

Categoría: Regu- latory space	TLC-2012: Colombia - Perú - Unión Europea	TLC-2008: Canadá - Colombia	TLC-2013: Colombia - Corea (17)
17. Cooperation on green public procurement	N/A	N/A	Annex 16-A, Art. 2 (B): 'Cooperative activities may include, but shall not be limited to: [...] information exchange and joint work on corporate social responsibility and accountability [...] and green public procurement'.
18. Right to maintain or adopt any measures in regards of a specific sector of services	N/A	Annex II, SCHEDULE OF CANADA: 'Canada retains the right to adopt or maintain any measure with respect to the issuance of licenses to foreign fishing vessels and with respect to access for foreign fishing vessels to Canada's ports, internal waters, territorial sea or Exclusive Economic Zone. [...] Canada issues a port entry and port privileges license [...] based primarily on adherence by that country to international conservation practices and policies'.	N/A

Notas al Anexo 1.a y 1.b

* En los espacios sombreados se incluyeron artículos no identificados por TREND.

* N/A: No aplica.

*//: TREND categorizó disposiciones en esta subcategoría, no obstante, no se encontraron disposiciones que se pudieran relacionar.

ANEXO 2.A. GRADUACIÓN AMUMA

Subcategorías AMUMA	EU-Perú	Canadá	Corea
1. Prevalence of the Rotterdam Convention in case of inconsistency	Medio medio	Alto-medio medio	X
2. Implementation of a specific part of CITES	Medio-bajo medio	X	X
3. Prevalence of CITES in case of inconsistency	Medio medio	Alto-medio medio	X
4. Prevalence of the Kyoto Protocol in case of inconsistency	Medio medio	X	X
5. References to other institutions related to the environment	Medio-bajo bajo	Medio-bajo bajo	Medio-bajo bajo
6. Implementation of the whole Kyoto Protocol	Medio-bajo bajo	X	X
7. Prevalence of the Basel Convention in case of inconsistency	Medio medio	Alto-medio medio	X
8. Prevalence of the Montreal Protocol in case of inconsistency	Medio medio	Alto-medio medio	X
9. Other references to the CBD	Medio-bajo bajo	//	Medio-bajo medio
10. Implementation of the whole CBD	Alto-medio medio	//	X
11. References to the Johannesburg Plan of Implementation 2002	Medio-bajo bajo	X	X
12. Other references to the Agenda 21 of 1992	Medio-bajo bajo	X	X
13. Other references to the Johannesburg Declaration 2002	Medio-bajo bajo	X	X
14. Implementation of the whole CITES	Alto-medio medio	X	X
15. Implementation of the whole Rotterdam Convention	Alto-medio medio	X	X
16. Implementation of the whole Basel Convention	Alto-medio medio	X	X
17. Implementation of a specific part of the CBD	Alto-medio medio	Medio-bajo bajo	Medio-bajo bajo

Subcategorías AMUMA	EU-Perú	Canadá	Corea
18. Implementation of the whole Cartagena Protocol	Alto-medio medio	X	X
19. References to the REDD programme	Medio-bajo bajo	X	X
20. Implementation of the whole UNFCCC	Medio-bajo bajo	X	X
21. Implementation of the whole Stockholm Convention	Alto-medio medio	X	X
22. Negotiations of environmental agreements	Medio-bajo bajo	Medio-bajo bajo	Medio-bajo bajo
23. Other references to the Kyoto Protocol	Medio-bajo bajo	X	X
24. Implementation other agreements related to the environment in case of inconsistency	Medio-bajo bajo	Medio medio	Alto-medio bajo
25. Prevalence of the CBD in case of inconsistency	Medio medio	X	X
26. Implementation of the whole Montreal Protocol	Alto-medio medio	X	X
27. Other references to the Rio Declaration of 1992	No aplica	X	X
28. Prevalence of the Stockholm Convention in case of inconsistency	Medio medio	X	X
29. Prevalence of the Cartagena Protocol in case of inconsistency	Medio medio	X	X
30. Other references to the UNFCCC	Medio-bajo bajo	X	X
31. Prevalence other agreements related to the environment	X	Medio medio	X
32. Other references to the Nagoya Protocol	X	X	Medio-bajo bajo
33. References to the UNEP	X	X	Medio-bajo bajo

ANEXO 2.B. GRADUACIÓN ESPACIO REGULATORIO

Subcategorías –espacio regulatorio–	EU-Perú	Canadá	Corea
1. General exceptions on procurement and the environment	Medio medio	Medio medio	Medio medio
2. Specific trade related measure on establishment	X	X	Medio-bajo medio
3. Exclusion of environmentally harmful inventions from patentability	Medio-bajo medio	X	Medio-bajo medio
4. Conservation of natural resources as a general exceptions for trade in goods	Medio medio	Medio medio	Medio medio
5. Not the Parties intentions to harmonize their environmental standards	X	X	Alto-medio medio
6. Right to prepare, elaborate, adopt or apply technical barriers to trade measures related to the environment	Medio-bajo medio	Medio-bajo medio	Medio-bajo medio
7. Exception on services linked to life or health of fauna or flora	//	Alto-medio alto	Alto-medio medio
8. Right to derogate from the regular adoption procedure of a technical barrier to trade measure in case of emergency	Bajo alto	Alto medio	Alto medio
9. Foreign investment ban from specific sectors related to the environment	Alto-medio alto	//	Medio medio
10. Sovereignty in determining the level of protection according to State priorities	Medio medio	Alto medio	Medio medio
11. Technical specification or restriction in tender procedure	Medio-bajo medio	Medio-bajo medio	Medio-bajo medio
12. Norms on environmental services	X	X	//
13. Specific trade related measure on performance requirements	X	Alto-medio medio	Medio medio
14. General trade related measure on investment	X	Medio medio	Medio medio
15. Specific trade related measure on expropriation	X	Medio medio	Medio bajo
16. General exceptions for trade in goods: Necessary for the protection of life and health of fauna and flora	Medio medio	Medio medio	Medio medio
17. Cooperation on green public procurement	X	X	Medio-bajo medio
18. Right to maintain or adopt any measures in regards of a specific sector of services	X	Alto-alto	X

Notas al Anexo 2.a y 2.b

X: No existe una disposición que se pueda clasificar en esa categoría.

//: TREND categorizó disposiciones en esta subcategoría, no obstante, no se encontraron disposiciones que se pudieran relacionar.

WILFREDO ROBAYO GALVIS*

CAPÍTULO 5

*Hacia una gobernanza climática global: un análisis
desde la soberanía y los bienes públicos internacionales*

*Towards a Global Climate Governance: An Analysis
from Sovereignty and International Public Goods*

RESUMEN

El ejercicio de la soberanía de los Estados frente a problemas de índole global se muestra cada vez más impotente e ineficaz, razón por la cual se requiere de la acción colectiva y coordinada de los miembros de la comunidad internacional, para que a través del uso de una soberanía inteligente y respetuosa se logre proteger bienes públicos internacionales a través de los mecanismos de la gobernanza global, los cuales han venido fortaleciéndose en los últimos años, mediante los diferentes procesos de consolidación de normas convencionales y sus mecanismos de actualización o revisión.

Palabras clave: emergencia climática, bienes públicos, soberanía, gobernanza global.

ABSTRACT

The exercise of state sovereignty in relation to global problems is increasingly impotent and ineffective, requiring the collective and coordinated action of members of the international community, through the use of intelligent and respectful sovereignty. Thus, it is possible to protect international public goods through the mechanisms of global governance, which have been strengthened in recent years, through the different processes of consolidation of conventional norms and their updating or revision mechanisms.

Keywords: climate emergency, public goods, sovereignty, global governance.

INTRODUCCIÓN

Los retos y desafíos para el mundo contemporáneo cada vez son mayores y más apremiantes. El desarrollo económico de los Estados y las actividades

* Docente-investigador en Derecho Internacional Público en la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magister en Derecho Internacional de la Universidad Católica de Lovaina y con estudios de maestría en Cooperación Internacional y Relaciones Exteriores. Contacto: wilfredo.robayo@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0001-9662-4851.

comerciales e industriales de los actores no estatales ejercidos de manera indiscriminada y sin ningún tipo de interés por el bien común de la humanidad y el respeto por el medio ambiente, han generado daños de magnitudes colosales cuyas consecuencias pueden, incluso, ser irreversibles.

La comunidad internacional ha venido lentamente comprendiendo, aunque no de forma suficiente, la magnitud de los problemas derivados del calentamiento global y de la emergencia climática, pues hemos presenciado en los últimos años el aumento de la temperatura del planeta, una elevación de la producción de gases de efecto invernadero (GEI), el aumento del nivel de mar y, como si fuera poco, un impacto negativo descomunal en las especies animales y vegetales de todo el planeta, encontrándose hoy extintas muchas de ellas y en peligro de extinción otras tantas.

El unilateralismo de los Estados, basado en concepciones tradicionales y desprovisto de cualquier vestigio de actualidad, ha permitido que muchos de ellos se escuden en su soberanía nacional para privilegiar sus intereses, en detrimento de los derechos e intereses colectivos de la comunidad internacional o de algunos Estados en particular. Sin embargo, estas circunstancias que envuelven intereses multilaterales de orden global, como son aquellas derivadas de la emergencia climática, deben ser abordadas desde los paradigmas de la cooperación y la solidaridad, exigiendo un ejercicio de soberanía responsable e inteligente, en pro de la promoción y protección de los bienes públicos internacionales.

Para tales fines, la plataforma de las relaciones internacionales y los instrumentos del derecho internacional han permitido que los esfuerzos de los Estados en su lucha contra las diferentes circunstancias que afectan al medio ambiente y la naturaleza se vayan consolidando en un proceso evolutivo de actores, instituciones, procedimientos y normas, mediante un ejercicio de gobernanza ambiental que, por sus características, cada vez más tiene un tinte global. No obstante, es menester reconocer que si bien los esfuerzos han sido grandes y los logros capitalizados son destacables, la gobernanza climática global se encuentra aún lejos de cumplir con las promesas que los Estados han expresado a lo largo de las últimas décadas mediante instrumentos políticos no vinculantes.

En ese sentido, el presente documento tiene como objetivo realizar un análisis de la relación que existe entre el concepto contemporáneo de la soberanía de los Estados y la consolidación de una gobernanza climática global, a través de la protección de bienes públicos internacionales.

Para tales efectos, el documento se articula en dos partes: la primera, destinada a analizar la evolución de la soberanía en el marco de la cooperación y la solidaridad, con el fin de desentrañar brevemente el contenido y la utilidad de los bienes públicos internacionales; la segunda, consagrada al análisis de ejercicios de relaciones internacionales y su consolidación jurídica, en algunos de los más recientes eventos diplomáticos de codificación o consolidación de normas convencionales en materia internacional ambiental.

I. DE LA SOBERANÍA CLÁSICA DE LOS ESTADOS A LA PROTECCIÓN DE BIENES PÚBLICOS GLOBALES

La sociedad mundial contemporánea se encuentra en un momento de suma importancia, teniendo que enfrentar grandes retos y desafíos que no dan mayor espera. Le emergencia climática y las consecuencias que todo ello implica, tales como los altos niveles de contaminación, la escasez de agua, de alimentos y de tierras fértiles, así como la sobreexplotación de ciertos recursos naturales, son algunas de las muestras de la necesidad de una comunidad internacional que esté a la altura de las problemáticas que aquejan al mundo actual. Por supuesto, todo lo anterior sumado a circunstancias, igualmente inquietantes, como la proliferación nuclear, las pandemias y la desigualdad global.

En esa línea, cabe preguntarse si los modelos clásicos y tradicionales de Estados soberanos fundados en la toma de decisiones unilaterales pueden seguir siendo el estandarte de las naciones para la defensa de sus propios intereses, o si resulta necesario asumir que las potestades soberanas estatales han ido cambiando, a medida que la sincronía de las relaciones políticas, económicas, jurídicas y ambientales, entre otras, se los exige.

a. LA SOBERANÍA ESTATAL: UN DEBATE INACABADO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La acción solitaria y unilateral de los Estados frente a los graves y sistemáticos problemas que aquejan al mundo, dentro de los que se encuentra la emergencia climática, no tiene mayor impacto, y en cambio permite a algunos justificar sus actuaciones bajo la vieja institución de la razón de Estado¹. Circunstancias

¹ GIDDENS, ANTHONY. "Power, property and the State", en *Contemporary critique of historical materialism*, vol. 1, Berkeley, University of California Press, 1983.

como estas nos llevan a lo que doctrinariamente se había llamado el derecho internacional clásico, donde el Estado es el centro de todas las cosas, y la soberanía absoluta, el estandarte de sus comportamientos. Pese a lo anterior, parece que ese modelo se había superado, al menos desde el punto de vista de la llamada seguridad colectiva de mediados del siglo XX, replanteando un nuevo orden internacional que se enfocaría en la acción colectiva de los miembros de la comunidad internacional.

En ese sentido, podríamos considerar que las preocupaciones del mundo desde la aparición de la Organización de las Naciones Unidas se han ido catalizando a través de un modelo asociativo que implica un organismo supranacional con competencias amplísimas como lo es la ONU, que en su momento tuvo como objetivo unir a todos los pueblos del mundo bajo el paradigma de la acción colectiva para solucionar los graves problemas que habían afligido a la humanidad hasta ese momento, es decir, la guerra. Sin embargo, las graves amenazas que aquejan al mundo actual y que afectarían irremediablemente a las generaciones futuras son de otro orden, lo que no supone un descarte automático de los conflictos bélicos por sus consecuencias.

Así pues, el modelo de soberanía puro y duro que mostraba a los Estados dueños de sus decisiones, tomadas bajo el arquetipo de un unilateralismo exacerbado², estaría llamado a desaparecer por completo, en tanto que los más recientes paradigmas de la cooperación y la solidaridad son aquellos que pueden dar respuestas eficientes y eficaces a los retos y desafíos que enfrenta el mundo. No obstante, la reminiscencias del soberanismo todavía no permiten llegar a los niveles de colaboración que precisan las más apremiantes controversias globales que ponen en jaque a la humanidad.

Sin lugar a dudas, la crisis climática es el mayor reto que enfrentan todos y cada uno de los Estados en el siglo XXI, en tanto que sus consecuencias continuas y complejas no dan tregua, avanzando de manera descontrolada pero con posibilidades de ser atajadas, siempre y cuando la comunidad internacional tome las medidas necesarias y las afronte desde todas las aristas en las cuales se precisan actuaciones, es decir, la política, el derecho, la economía y la tecnología.

En consonancia con lo anterior es preciso señalar que, en términos reales, la comunidad internacional es un conjunto de sujetos y actores que participan

2 VELA ORBEGOZO, BERNARDO. *Poder, hegemonía y periferia. Una aproximación al derecho internacional clásico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 391-397.

de las diferentes relaciones de orden internacional, en la cual difícilmente podríamos encontrar interacciones en términos de igualdad y/o simetría entre los distintos protagonistas. Dicho aspecto, especialmente en relación con los Estados, tiene un impacto en la lucha por las causas comunes, pues no todos los países del mundo pueden colocar dentro de las prioridades de su agenda los factores de primer orden en el ámbito global. En ese sentido, es evidente que los distintos Estados del mundo no se encuentran en las mismas condiciones para luchar contra la crisis climática. Más aún, y previo a lo anterior, se debe tener en cuenta que algunos países son mayormente responsables por las afectaciones al medio ambiente y a la biodiversidad del planeta, mientras otros son, en particular, los que se llevan las peores consecuencias de la problemática.

En ese sentido, en los términos de la emergencia climática podemos diferenciar a los Estados. Por un lado, aquellos que evidentemente gozan de los mayores grados de industrialización y, por ende, con grandes y fuertes economías, entre los cuales podemos señalar a la República de China, a los Estados Unidos de América, a la República de India y a la Federación de Rusia. Ahora bien, dicho desarrollo económico se ha logrado en detrimento del medio ambiente, constituyéndose dichos Estados en los principales productores de CO₂ en el mundo. Por otro lado, encontramos países en desarrollo o con bajos niveles de desarrollo que no cuentan con economías preponderantes y, como consecuencia de ello, con profundos problemas de pobreza, inequidad y educación, entre otros. Y como si fuera poco, sufren de manera específica las consecuencias de la devastación ambiental, generadas por diferentes causas, pudiendo destacarse entre otras: las que provienen del desarrollo tecnológico del mundo, como por ejemplo los cementerios tecnológicos ocasionados por la obsolescencia programada (Nigeria); los aumentos del nivel del mar que comienzan a sumergir sus territorios debido al calentamiento global (Kiribati); la pérdida de la biodiversidad de sus territorios como consecuencia del tráfico de fauna y flora (Colombia, Ecuador, Indonesia, Malasia), etc. Sin duda, esto confirma lo que ya había sido mencionado en la doctrina, bajo la idea de la globalización de los riesgos y la “glocalización” de sus consecuencias³.

En consideración a lo anterior, la comunidad internacional, integrada principalmente por los Estados, es bastante diversa desde el punto de vista de sus condiciones, sus intereses, sus problemáticas y sus prioridades, razón

3 DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

por la cual la lucha común por la causas globales debe partir de dicha realidad y exigir de sus protagonistas acciones y abstenciones en relación con sus circunstancias nacionales. En ese sentido, se comprende la razón por la cual la emergencia climática no puede ser abordada desde la soberanía clásica, la cual parte del egoísmo y se manifiesta como, preponderantemente, testaruda. La acción colectiva desde los paradigmas de la cooperación y la solidaridad exige de los Estados comportamientos que den muestra de una *soberanía inteligente*.

Así las cosas, los nuevos paradigmas de la soberanía, los cuales han sido planteados en diferentes escenarios, nos llevan a creer, con algo de esperanza, que finalmente sí es posible pensar en causas comunes, que pueden romper con los intereses y modelos del unilateralismo. La soberanía, entendida no como un derecho, sino como una responsabilidad, hace que los Estados no puedan de manera discrecional decidir sobre aspectos transnacionales, desplazando así los usuales elementos de control y autoridad esenciales de las potestades soberanas⁴, poniendo en el centro de todas las cosas la protección de los derechos humanos.

Si bien es cierto que este concepto de soberanía como responsabilidad aparece bajo la idea de protección de las personas frente a las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, no estamos muy lejos, al hablar de la emergencia climática, de circunstancias de una gravedad similar o, incluso, mucho mayor en relación con la protección del ser humano. No obstante, están en juego también aspectos que van más allá de una visión jurídica exclusivamente antropocéntrica, lo que en nuestra opinión justifica, aún más, un mayor grado de responsabilidad y conciencia por parte de los Estados.

En ese sentido, frente a una problemática de los años noventa que precisaba de una reacción poco tradicional y que rompiera con el paradigma de la soberanía clásica, la ONU, por intermedio de Francis Deng, quien actuaba como Representante Especial del Secretario General sobre el Desplazamiento Forzado, encontró que para persuadir a los gobiernos de mejorar la protección a los desplazados y evitar la negación de ayuda a las víctimas era necesario asumir dicha circunstancia como un problema que no se circunscribía a los asuntos internos de un Estado, sino que se refería a una situación de responsabilidad colectiva de la comunidad internacional. Así pues, Deng señala: “En el plano internacional [...] la soberanía se convierte en una función combinada,

4 ORFORD, ANNE. *International Authority and the Responsibility to Protect*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, pp. 13-15.

para ser protegida cuando se ejerce responsablemente y para ser compartida cuando se necesita ayuda”⁵.

Este nuevo concepto de soberanía seguiría evolucionando con el ex Secretario General de la ONU Kofi Annan, quien en ejercicio de su mandato propondría dos aspectos sobre el concepto en mención, a saber: en primer lugar, que el ejercicio de la soberanía implica responsabilidad y no solo poder⁶, y en segundo lugar, que la protección internacional de intereses comunes debe ser tomada en serio en su aspiración universal, mediante el diseño de mecanismos idóneos para una protección más allá de las fronteras de los Estados⁷. Por tal razón, Kofi Annan afirmó ante la Asamblea General de la ONU, en 1999, la necesidad de comprender la soberanía en atención a la seguridad humana. Así pues, señaló: “Las fuerzas de la globalización y de la cooperación internacional le han dado un sentido nuevo al concepto básico de soberanía de los Estados. Hoy se entiende, generalmente, que el Estado es el servidor de sus habitantes y no a la inversa”⁸.

Ahora bien, en la época actual los desafíos mundiales se muestran muy diferentes. El mundo sigue asumiendo las consecuencias de la globalización, descubriendo poco a poco las promesas incumplidas que se han ido conociendo con la falta de verdaderas oportunidades económicas y el fortalecimiento de los actores no estatales que, muchas veces, son los dueños, en la oscuridad, de la agenda global, permitiendo, especialmente, que las economías más poderosas sigan creciendo a buenos ritmos y los intereses privados gocen de los beneficios del libre comercio en detrimento del multilateralismo. Ante circunstancias como estas, el concepto de soberanía nuevamente necesita tener nuevos matices. Y es en razón de estas inquietantes situaciones que comienza a hacer carrera la expresión *soberanía inteligente*⁹.

En ese sentido, las circunstancias de incertidumbre y zozobra global que empañan el devenir de la humanidad necesitan indefectiblemente de la acción

5 DENG, FRANCIS et al. *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 1996, p. 13.

6 ANNAN, KOFI. El problema de la intervención. Declaraciones del Secretario General, Centros de Información de las Naciones Unidas para España y Colombia, 1999, p. 6.

7 GLANVILLE, LUKE. *Sovereignty and the Responsibility to Protect: A New History*, Chicago, University of Chicago Press, 2013, pp. 175-176.

8 ANNAN. El problema de la intervención, cit., p. 42.

9 KAUL, INGE y BLONDIN, DONALD. “Los bienes públicos globales y las Naciones Unidas”, en *Gobernanza global y desarrollo. Nuevos desafíos y prioridades de la cooperación internacional*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015, p. 73.

colectiva de la comunidad internacional para alcanzar el éxito. No se trata de una renuncia o cesión de soberanía en la gestión de los desafíos, sino más bien de una coordinación de los Estados para solventar las condiciones de interdependencia. Tal como lo menciona Brown en relación con los problemas de la integración económica, esta situación también podría estar sometida al *dilema del prisionero*, pues por un lado no existe la posibilidad de alcanzar el éxito de forma individual y solitaria, pero por el otro tampoco se cuenta con los niveles esenciales de confianza para garantizar la coordinación y la cooperación necesaria¹⁰.

El ejercicio de una soberanía inteligente no depende, como ocurre normalmente en las relaciones internacionales, de las capacidades económicas, políticas, militares o tecnológicas de los Estados individualmente considerados, pues, como se ha mencionado en diferentes ocasiones y a riesgo de ser reiterativos, no hay salidas unilateralmente viables. Para alcanzar niveles de certidumbre y eficacia frente a los desafíos globales como la emergencia climática, esencialmente se deben adelantar acciones de carácter multilateral, que implican una coordinación de las políticas nacionales de todos y cada uno de los Estados, siendo deseable que se cuente con la participación de toda la comunidad internacional. En ese sentido, Kaul y Blondin señalan:

Además de una acción internacional colectiva y multilateral, la mayoría de esos desafíos requiere la adopción de medidas correctivas a escala nacional por parte de muchos Estados, si no de todos. En áreas temáticas caracterizadas por esa interdependencia política, la cooperación internacional es de amplio interés para los Estados. Son casos en que la soberanía compartida es simplemente la estrategia más inteligente, porque, tanto a escala regional como mundial, tiene el potencial de permitir que la formulación de políticas coincida con los problemas que cruzan las fronteras y exigen una rápida solución¹¹.

En escenarios como el anterior, evidentemente no solo se trata de un ámbito cooperativo, sino sobre todo coordinado, puesto que es posible que la sumatoria de todo aquello que los Estados estén dispuestos a hacer o no hacer de forma individual no necesariamente sea la solución que se precisa. En ese sentido,

10 BROWN, GORDON. *National Drift or Global Mastery*, 2013, p. 2 [en línea], disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/the-global-economy-s-nationalist-traps-by-gordon-brown?barrier=accesspaylog>.

11 KAUL y BLONDIN. “Los bienes públicos globales y las Naciones Unidas”, cit., pp. 73-74.

los Estados deben coordinar su acción colectiva, para que el ejercicio soberano de todos ellos se encuentre coordinado con el objeto y fin que se persigue. Así las cosas, aunque la soberanía nacional va a verse permeada por la satisfacción de intereses comunes, y aunque se pregone la cohesión de la acción interna y externa del Estado, se obtendrán mayores y mejores resultados, bajo la premisa de un ejercicio de soberanía inteligente¹².

Ahora bien, el concepto de soberanía inteligente va más allá de la simple cooperación que ya se puede observar con ocasión de los diversos procesos de integración, pues supone además una soberanía respetuosa, es decir, una línea de decisión nacional clara y coherente de búsqueda de satisfacción colectiva y no solamente propia, incluyendo así la necesidad de tener en cuenta que sus actuaciones nunca deben ir en contra de los intereses de otro u otros Estados¹³. En ese sentido, los parámetros con los cuales se deben tomar las decisiones nacionales son aquellos que vayan a favor de una cooperación justa y beneficiosa para todos¹⁴.

Así las cosas, este paradigma soberano parte del supuesto de que:

Los Estados deben compartir el compromiso de actuar con responsabilidad, tanto respecto de sus propios territorios y poblaciones, protegiéndolos de los efectos negativos del exterior, como de otros Estados, porque la falta de cooperación podría socavar el bienestar de todos. En otras palabras, ejercer una soberanía responsable significa ir detrás de los intereses nacionales con total respeto por

12 “A primera vista, la cooperación internacional parece implicar exactamente ese tipo de ‘injerencia’, ya que requiere el reconocimiento de intereses comunes y el cierre de la brecha entre lo extranjero y lo nacional. Esto sugiere la unión de los asuntos políticos nacionales y externos. Para lograrlo, el Estado debería actuar –al menos en las áreas de interdependencia política entre países– como intermediario entre los asuntos nacionales y mundiales. Si bien en muchos casos los Estados ya realizan esa labor (Kaul, 2006), a menudo lo hacen con reticencia porque muchos perciben –y es entendible que así sea– que esto conlleva una pérdida o transferencia de la soberanía nacional para la formulación de políticas, en beneficio de las organizaciones internacionales y de otros actores que intervienen en el escenario mundial. Después de todo, la cooperación internacional siempre ha sido, y en gran medida sigue siendo, una “movida ofensiva””. *Ibíd.*, p. 98.

13 DE BRABANDERE, ERIC. *The Impact of Supranationalism on State Sovereignty from the Perspective of the Legitimacy of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

14 ȚUȚUIANU, SIMONA. *Towards Global Justice: Sovereignty in an Interdependent World*, La Haya, Asser, 2013.

la soberanía de otras naciones y buscando mantener los equilibrios globales y los límites ambientales planetarios¹⁵.

En suma, en un mundo como aquel en que vivimos en la actualidad, prisioneros de la globalización de los riesgos y con una consecuencia inconcusa como lo es la interdependencia dinámica, compleja y multidimensional, todos los Estados, las personas, los grupos étnicos y demás actores no estatales nos encontramos en el blanco de las consecuencias de la crisis climática, amenaza que ya empieza a mostrar consecuencias definitivas e irreversibles que ponen en riesgo la supervivencia misma del planeta¹⁶. Es por esa razón que ante tales desafíos no hay más camino que las respuestas globales, multilaterales, cooperativas y ancladas en una soberanía inteligente, lo que proveería soluciones para evitar seguir caminando por el borde de un precipicio.

En conclusión, los retos que se deben encarar en esta nueva década están orientados a cambios de paradigmas estatales, donde la vieja y tradicional soberanía del unilateralismo debe ceder para propiciar una verdadera y efectiva protección de los intereses comunes. Recordando las palabras del Secretario General de las Naciones Unidas, Antonio Guterres: “El cambio climático ya no es un problema a largo plazo. El punto de no retorno ya no está en el horizonte, lo tenemos encima”; “Las tareas son muchas, los plazos cortos y cada elemento es importante”; “No hay tiempo ni razón para retrasar”¹⁷. En ese sentido, las acciones de la comunidad internacional ya no pueden quedarse más en el discurso, sino que deben pasar a la acción, y para ello una de las posibles salidas, bajo la idea de soberanía inteligente, es luchar a través de mecanismos de protección colectivos, coordinados y cooperativos, siendo entonces necesario utilizar como estandarte los bienes públicos globales.

b. LOS BIENES PÚBLICOS GLOBALES COMO MECANISMO DE DEFENSA COLECTIVA EN LA EMERGENCIA CLIMÁTICA

En el mundo actual, la mayoría de los retos y los desafíos que se le endilgan a la comunidad internacional en su conjunto, si no todos, poseen las

15 KAUL y BLONDIN. “Los bienes públicos globales y las Naciones Unidas”, cit., p. 101.

16 MECKLIN, JOHN. “It is 100 seconds to midnight 2020 Doomsday Clock Statement Science and Security Board”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, Chicago, 2020 [en línea], disponible en: <https://thebulletin.org/wp-content/uploads/2020/01/2020-Doomsday-Clock-statement.pdf>

17 Noticias ONU. “Rendirse o luchar contra el cambio climático, la encrucijada de la COP 25” [en línea], disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/12/1466111>

propiedades de un bien público global o comparten algunas de sus características esenciales¹⁸.

La teoría de los bienes públicos globales (BPG) aparece en los años noventa, cuando desde las propuestas del libre mercado se busca limitar sus excesos, escenario que también ve emerger los conceptos de buen gobierno y gobernanza como requisitos imprescindibles del crecimiento económico, y a su vez, cuando el mundo se convence de la nueva era de la globalización¹⁹. En ese sentido, “los bienes públicos globales son bienes cuyos beneficios o costos tienen un alcance prácticamente universal o pueden afectar a todos, en cualquier lugar. Junto con los bienes públicos regionales, conforman la categoría de bienes públicos transnacionales”²⁰.

La existencia de BPG parte de la incapacidad del mercado de atender todas las necesidades sociales de manera eficiente y/o equitativa, razón por la cual existen bienes que deben ser generados más allá del mercado, pero sobre todo estos deben conseguirse y protegerse incluso por encima de los Estados, es decir, de manera transnacional o global²¹. De esta manera, los BPG están relacionados con objetivos sociales de diversa naturaleza, como el medio ambiente, la salud, el agua o la paz, entre otros.

Estos bienes se caracterizan especialmente por dos aspectos: el primero, entendido como una ausencia de rivalidad, en el sentido de que el acceso de una persona no disminuye o bloquea el acceso por parte de otra; y el segundo, materializado en una ausencia de exclusión, bajo el supuesto de que, por su característica de global, nadie podrá ser excluido de su disfrute²².

No obstante las características mencionadas anteriormente, el concepto de los BPG se refiere también a cuestiones que se juzgan importantes para la

18 “Los problemas mundiales sin resolver están comenzando a interactuar y a formar grupos de riesgo. A medida que crece la lista de problemas pendientes, también aumenta la complejidad, la intensidad y el potencial impacto de los grupos de riesgo. Dado el alto grado de interconexión global que se verifica en la actualidad, si los grupos estallan, los ‘escombros’ podrían esparcirse rápidamente por todo el mundo y provocar varias catástrofes”. KAUL y BLONDIN. “Los bienes públicos globales y las Naciones Unidas”, cit., p. 83.

19 CAMPOS SERRANO, ALICIA. “Los bienes globales y las fuentes de energía”, en *La protección de bienes jurídicos globales*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid - Agencia Estatal Oficial del Estado, 2012, p. 204.

20 KAUL y BLONDIN. “Los bienes públicos globales y las Naciones Unidas”, cit., p. 77.

21 *Ibíd.*

22 KAUL, INGE; GRUNBERG, ISABELLE y STERN, MARC. *Global public goods: International cooperation in the 21st century*. New York: Oxford University Press, 1999.

comunidad internacional, no pudiendo ser satisfechas de manera adecuada por Estados que actúan de manera individual e independiente; por el contrario, estas deben ser abordadas colectivamente, sobre una base multilateral y de cooperación²³. Como lo explican Kaul y Blondin,

... la principal característica de los bienes públicos, incluidos los bienes públicos globales, es que su consumo es público, es decir que estos bienes pueden afectar a cualquiera o a todos, para bien o para mal. Esta característica plantea un riesgo importante en relación con la provisión de estos bienes, porque puede tentar a los actores individuales a convertirse en polizones. Esto significa que los actores pueden ocultar sus verdaderas preferencias respecto de estos bienes y esperar a que otros den un paso y los provean. Entonces, cuando los bienes llegan al dominio público, los polizones también se benefician, y de forma gratuita²⁴.

Ahora bien, los daños que a un BPG le sean causados, tienen como resultado los llamados males colectivos²⁵. Así por ejemplo, tratándose del medio ambiente como un BPG, el desarrollo de actividades de explotación de recursos naturales en el mundo ha tenido como consecuencia un proceso de sobreuso, agotamiento y depredación del planeta, que se traduce en amplios niveles de contaminación, destrucción y/o extinción. En otras palabras, si nuestro BPG es el medio ambiente, los males colectivos correspondientes son la contaminación y la depredación medioambiental. Ahora bien, estos males colectivos deben ser examinados junto con otro concepto, el de la externalidad, entendida como todos los costos que no son tomados en cuenta por quien efectúa la actividad que afecta el BPG, con la toma y ejecución de sus decisiones económicas, transfiriendo así las cargas derivadas de su actividad a una persona o a la sociedad.

En definitiva, la transferencia de las consecuencias pecuniarias derivadas de la contaminación del medio ambiente con ocasión del desarrollo de labores de explotación de recursos naturales o de gran industria representa para los agentes económicos que se dedican a dichas actividades un ahorro de gastos, mientras que para la sociedad en general y para el Estado en particular implica un daño, que desde el punto de vista jurídico deberá ser indemnizado y desde

23 JÄGERSKOG, ANDERS y PHILLIPS, DAVID. "Managing trans-boundary waters for human development", Human Development Report Office, Occasional Paper, 2006, p. 18.

24 KAUL y BLONDIN. "Los bienes públicos globales y las Naciones Unidas", cit., p. 76.

25 GARRIDO CORDOBERA, LIDIA. *El riesgo ambiental*, México y Madrid, Ubijus y Reus, 2014, pp. 57-59.

la perspectiva medioambiental tendrá que ser soportado y rehabilitado en la medida en que materialmente sea posible.

Bajo ese entendido, es menester que el mundo entero, a través de la comunidad internacional y los instrumentos de la gobernanza global, oriente sus esfuerzos hacia la protección del medio ambiente, sobre todo cuando las políticas económicas de algunos Estados han puesto su mirada en ciertas actividades industriales y comerciales que son las principales causas de la emergencia climática. Atendiendo a lo anterior, consideramos que en una circunstancia tan apremiante como la que vivimos en el presente en relación con el calentamiento global, la protección al medio ambiente resultaría más eficaz y eficiente si los Estados trabajaran juntos con el objetivo de una protección colectiva, partiendo de la existencia de un bien público global.

Tal situación no resulta de una construcción teórica compleja, sino del análisis de los diferentes procesos de cooperación, coordinación y codificación que se han verificado en el mundo contemporáneo en los últimos años, donde hoy día resulta evidente que la protección al medio ambiente y la lucha contra la emergencia climática nacen desde los objetivos más profundos de los procesos de integración y exige de parte de los Estados altos niveles de compromiso, colaboración y diligencia, pues no se trata de una circunstancia de orden nacional, sino de un bien público global que debe ser protegido colectivamente, y que, por ende, rechaza los unilateralismos que vayan en contra de los intereses mundiales.

2. LA LUCHA CONTRA LA EMERGENCIA CLIMÁTICA A TRAVÉS DE LA GOBERNANZA GLOBAL

La comprensión de la sociedad global y del proceso de mundialización que se ha venido presentado en los diferentes ámbitos del mundo contemporáneo exige que los análisis de cualquier orden dentro de las ciencias sociales contemplen circunstancias transversales derivadas de la interdependencia y la interconexión. La globalización, como fenómeno polifacético que ha impactado las diversas aristas de la sociedad actual, requiere que las respuestas y las soluciones para las problemáticas, los retos y los desafíos que allí se encuentran, estén a su altura y logren alcanzar las dimensiones de las circunstancias. En otras palabras, para solucionar los problemas globales se precisa de soluciones, igualmente, globales.

No obstante, la primera constatación que debemos hacer al respecto y que brilla por su evidencia es la ausencia de un gobierno global. Vivimos en

el mundo de la globalización, sin que existan propiamente instituciones que marquen el derrotero de esta situación. No existe un Estado mundial, ni tampoco, mucho menos, unas instituciones que gobiernen globalmente para todos y sobre la totalidad de las circunstancias que esto envuelve. En su lugar, el mundo contemporáneo cuenta con un número cercano a los doscientos Estados soberanos que conviven en un escenario propio de la globalización. Asimismo, está presente un inmenso conjunto de organizaciones internacionales de diferente carácter y con especialidades muy diversas en sus objetivos. Sin olvidar, por supuesto, todos los demás sujetos y actores no estatales que generan un sinfín de interacciones en el vasto escenario globalizador. Pese a todo ello, no hay reglas claras y unívocas que den cuenta de un sistema armónico y coherente²⁶.

En ese orden de ideas, aunque existan vastos y profundos vacíos de regulación global, tampoco podríamos afirmar, sin incurrir en errores o falacias, que este escenario esté absolutamente desprovisto de parámetros de conducta transnacionales, que orienten el amplio y complejo derrotero de la interacción global. Con un simple vistazo a la comunidad internacional, podemos fácilmente identificar reglas transnacionales para la coordinación, la prevención de conflictos, la resolución de litigios y la normalización, entre otras cuestiones²⁷. Sin embargo, todo ello no provee a la sociedad global de un sistema, razón por la cual se ha ido edificando, a partir de los esfuerzos tanto de los actores estatales como de los no estatales, un conjunto de marcos regulatorios vinculantes y no vinculantes para la gestión de los tópicos globalizados. Ahora bien, es a partir de esa realidad que se ha venido construyendo la idea de identificar, sistematizar y consolidar un conjunto de instituciones y normas que respondan a las necesidades contemporáneas, a través de la llamada *gobernanza global*²⁸.

La pretensión conceptual y la acción internacional orientadas hacia lo que se llamó gobernanza global nace de un reporte de una comisión de expertos creada en el seno de las Naciones Unidas en los años noventa, conocido como *Our Global Neighborhood*²⁹. Allí, más que dar una definición unívoca al res-

26 FROST, MERVYN. “Ética y gobernanza global”, en *Valores y ética para el siglo XXI*, Madrid, BBVA, 2011, pp. 59-77.

27 *Ibid.*

28 VILLAMAR NAVA, ZIRAHUÉN. “Gobernanza global y (su propio) desarrollo”, *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, n.º 127, 2017, pp. 135-149.

29 Commission on Global Governance. *Our Global Neighborhood. The Report of the Commission on Global Governance*, United Kingdom, Oxford University Press, 1995.

pecto, se plantearon características o premisas que orientarían su destino. Es así como se menciona que “el desarrollo de la gobernanza global es parte de la evolución de los esfuerzos humanos de organizar la vida en el planeta, y el proceso siempre estará en marcha”³⁰. En ese sentido, se reconoce que se trata de una realidad y pretensión inacabada que evolucionaría en la medida en que las circunstancias lo exigieran. Asimismo, se establece que no se trata de un descubrimiento o propuesta del texto citado, sino de una mera constatación de los hechos históricos que venían ocurriendo en el escenario internacional de manera espontánea y sin ningún orden o coherencia. Así pues, señala que, “[h]istóricamente, la gobernanza global ha ocurrido sin instituciones”³¹. Por último, cabe destacar que el mismo informe ya avizoraba una de las posibles consecuencias negativas que se podrían generar, sin darle un calificativo en particular. En ese sentido afirmó que “ningún sistema deseable de gobernanza puede basarse en la capacidad de las naciones fuertes de coaccionar a las débiles, lo que es consecuencia inevitable de una proyección unilateral de poder tanto en lo económico como en lo militar”³².

Por último, queremos destacar que desde que se acuñó la expresión, la Comisión fue clara en señalar que “gobernanza global no es gobierno global”, argumentando que “gobernanza es la suma de muchas formas en que individuos e instituciones, públicas y privadas, manejan sus asuntos en común”, lo que tiene como resultado “un proceso continuo a través del cual los intereses en conflicto o divergentes pueden ser ordenados, y pueden realizarse acciones de cooperación. Ello incluye instituciones formales y regímenes con poderes para vigilar su cumplimiento, así como arreglos formales e informales que las personas o las instituciones han acordado o perciben como afines a sus intereses”³³.

En suma, podríamos ver que la gobernanza global es un concepto omnicomprendivo cuya característica principal es la de ser una plataforma dinámica de reglas, procesos e instituciones de carácter transnacional, orientados a proponer y proveer soluciones a las problemáticas de la sociedad globalizada.

En conexión con lo anterior, vale la pena revisar si frente a la inminente amenaza mundial que supone la crisis climática se ha venido formulando paulatinamente una respuesta desde la gobernanza global. Para tales efectos, como primera medida, quisimos delimitar el análisis a los últimos acontecimientos

30 *Ibíd.*, p. xvi.

31 *Ibíd.*, p. 149.

32 *Ibíd.*, p. 150.

33 *Ibíd.*

que en la materia ha protagonizado la comunidad internacional, de tal manera que no se trata de un estudio pormenorizado de los avances jurídico internacionales de la lucha contra la emergencia climática, sino de aquello que cronológicamente es lo más reciente.

“PLANETA LIMPIO, GENTE SANA: GESTIÓN RACIONAL
DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y DESECHOS”

A finales de abril y comienzos de mayo de 2019, en Ginebra, se llevó a cabo un evento con el nombre del título que antecede. Se trató de una reunión bastante particular, pues abarcó tres de los tratados internacionales que para la materia en examen tienen una importancia mayúscula: el “Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional”³⁴, el cual se materializa en un mecanismo de cooperación y corresponsabilidad en la administración de manera segura de los productos químicos en el comercio internacional; el “Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación”, que tiene como objeto y fin proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos de los desechos peligrosos y otros desechos³⁵; y el “Convenio de Estocolmo en relación con los contaminantes orgánicos persistentes”, cuyo objetivo se enmarca en la protección de la salud humana y el medio ambiente de los productos químicos que permanecen intactos durante largos períodos, se distribuyen ampliamente y se acumulan en el tejido graso de los seres humanos y la vida silvestre³⁶.

Dicha reunión contó con una amplia participación: 180 Estados y cerca de 1.400 participantes de todos los sectores concurren a la cita, y asimismo cabe resaltar que se tomaron 73 decisiones³⁷; pero sobre todo, llama la atención un hecho relevante que supone el trabajo conjunto y organizado de las tres convenciones, pues se decidieron siete puntos conjuntos que invitan a una

34 Para mayor información, véase: <http://www.pic.int>

35 Para mayor información, véase: <https://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf>

36 Para mayor información, véase: <http://chm.pops.int/Home/tabid/2121/Default.aspx>

37 Para conocer el texto completo del informe resultante de la Conferencia, véase: <http://www.brsmeas.org/2019COPS/Overview/tabid/7523/language/en-US/Default.aspx>

suerte de iniciativa de decisión colectiva y armónica. Así pues, se privilegiaron los siguientes aspectos³⁸:

- Cooperación y coordinación internacional.
- Cooperación entre la Secretaría Conjunta de los Convenios de Basilea, Róterdam y Estocolmo y la Secretaría del Convenio de Minamata³⁹.
- Puesta en marcha de un mecanismo de facilitación para el intercambio de información.
- Desarrollo de sinergias en la prevención y la lucha contra el tráfico ilegal y el comercio de productos químicos y desechos peligrosos.
- Evolución en las actuaciones discursivas: “De la ciencia a la acción”.
- Establecimiento de fechas y lugar de las próximas reuniones de las conferencias de las partes y las Naciones Unidas⁴⁰.
- Revisión de las directrices existentes de las naciones sobre la movilización de recursos a actores no estatales.

De manera adicional y como era completamente predecible, la reunión también daría como resultado decisiones individuales frente a cada uno de los tratados en mención. Así pues, a continuación ofrecemos un muy breve resumen ejecutivo de aquello que resulta relevante mencionar de cada una de estas reuniones.

– NOVENA REUNIÓN DE LA CONFERENCIA DE LAS PARTES PARA EL CONVENIO DE RÓTERDAM

Podríamos afirmar que el punto más destacable de este encuentro se materializa con la inclusión de un total de 52 productos químicos y pesticidas en el Anexo III. Si bien es cierto que este tratado no establece prohibiciones propiamente

38 Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación relativo a la labor de su 14.ª Reunión, UNEP/CHW/14/28, Ginebra, 29 de abril a 10 de mayo de 2019.

39 El Convenio de Minamata fue adoptado en la Conferencia de Plenipotenciarios en 2013 en Kumamoto, Japón, y entró en vigor en agosto de 2017. El objetivo de este tratado global es proteger la salud humana y el medio ambiente de las emisiones y liberaciones antropógenas de mercurio y compuestos de mercurio. Incluye disposiciones en materia de información pública, educación ambiental, fomento de la participación y fortalecimiento de capacidades. Para mayor información, véase: <https://observatoriopio.cepal.org/es/tratados/convenio-minamata-mercurio>

40 La próxima sesión de reuniones paralelas de los tres convenios se llevará a cabo en Nairobi, en mayo de 2021.

dichas, su objeto se concentra en la facilitación del intercambio de información entre las partes con el fin de entregar los insumos necesarios para tomar las mejores decisiones domésticas, en relación con los productos químicos peligrosos y los pesticidas, y sus riesgos potenciales. Adicionalmente, a partir del procedimiento de consentimiento previo e informado, que se constituye en un instrumento legalmente vinculante en relación con lo decidido por los Estados internamente en materia de importación de productos químicos y pesticidas seleccionados para minimizar el riesgo que representan, se añadieron dos productos químicos: el pesticida “forato” y un químico de carácter industrial, el “hexabromociclododano”.

Entre otros puntos relevantes de las 17 decisiones que se tomaron, podríamos mencionar:

- La inclusión de nuevos productos químicos en el Anexo III del Convenio.
- El establecimiento de instrumentos para la asistencia técnica.
- Un memorando de entendimiento entre la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Asamblea de los Estados Parte del Convenio⁴¹.
- El diseño de un instrumento de cumplimiento de las obligaciones del tratado⁴².

– NOVENA REUNIÓN DE LA CONFERENCIA DE LAS PARTES PARA EL CONVENIO DE ESTOCOLMO

En relación con este Convenio que busca que los Estados parte tomen las medidas necesarias para eliminar o reducir la liberación de contaminantes orgánicos persistentes en el medio ambiente, también se encuentra un resultado positivo, pues terminó con la inclusión en sus listas de dos nuevos productos químicos enumerados en el Anexo A. Así pues, con la adición del dicofol y el ácido perfluorooctanoico, se llega a contar con 30 sustancias químicas de interés mundial en el ámbito de aplicación del presente tratado. En ese sentido,

⁴¹ UNEP/FAO/RC/COP.9/22/Rev.1 - Memorando de entendimiento entre la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Conferencia de las Partes en el Convenio de Róterdam.

⁴² UNEP/FAO/RC/COP.9/14/Add.1/Rev.1 - Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento del Convenio de Róterdam: Propuesta de adición de un nuevo anexo VII sobre los procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento del Convenio de Róterdam.

el impacto de estas medidas supone que los Estados parte del Convenio se encuentran obligados a eliminar completamente el uso de dichos productos químicos por los riesgos y las consecuencias identificados por los estudios del Comité de Revisión.

– DECIMOCUARTA REUNIÓN DE LA CONFERENCIA
DE LAS PARTES PARA LA CONVENCION DE BASILEA

Con ocasión de este encuentro, los representantes de los Estados decidieron modificar el tratado para incluir, dentro de las decisiones obligatorias en relación con el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, una regulación del flujo internacional de residuos plásticos, en busca de promover mejores y más eficaces prácticas en el comercio mundial de estos materiales, todo ello en consonancia con el objeto y fin de este instrumento, cual es una gestión más segura para la salud humana y el medio ambiente.

De igual forma, esta reunión aprobó la creación de una nueva Alianza sobre Residuos Plásticos, con una multiplicidad de objetivos que buscan mejorar la aplicación y el alcance del Convenio. Así pues, se establecieron algunos mecanismos para movilizar los recursos, intereses y experiencia de empresas, gobiernos, académicos y la sociedad civil en favor de la implementación de las nuevas medidas. Asimismo, se aprobó proporcionar herramientas, mejores prácticas, asistencia técnica y financiera con el fin de mejorar la implementación de la regulación allí establecida.

Como se puede advertir, los resultados de estas sesiones están orientados a profundizar los compromisos y a mejorar las instituciones, procedimientos y mecanismos que han sido puestos a disposición a través de los tratados señalados. Lo anterior es una prueba fehaciente de un ejercicio dinámico de gobernanza global desde el punto de vista de la lucha contra la emergencia climática.

PACTO MUNDIAL POR EL MEDIO AMBIENTE

El 10 de mayo de 2018 la Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó la Resolución 72/277, “Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente”⁴³. En esa ocasión el órgano de discusión política de la ONU puso de presente las

43 Se puede consultar en: <https://undocs.org/es/A/RES/72/277>

obligaciones y los compromisos que se han ido adquiriendo y declarando en el derecho internacional del medio ambiente⁴⁴, y reconoció la necesidad de desarrollar y perfeccionar todos estos instrumentos para dotar de efectividad las normas internacionales de protección al medio ambiente, de cara a los desafíos que en la materia se vienen presentando.

Asimismo, se llama la atención sobre la necesidad de mejorar la implementación de la normatividad internacional ambiental en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como los objetivos y metas ambientales acordados a nivel mundial⁴⁵.

Así las cosas, la Asamblea General decidió dos puntos muy importantes para el análisis que venimos haciendo: en primer lugar, solicitar “al Secretario General que en su septuagésimo tercer período de sesiones, en 2018, le presente un informe técnico y de base empírica en el que se indiquen y evalúen posibles lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos

44 “... *Recordando* la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el Programa 21, el Plan para la Ulterior Ejecución del Programa 21, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo) y el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, titulado ‘El futuro que queremos’, así como los resultados de todas las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica, social y ambiental, “*Reconociendo* las obligaciones y los compromisos contraídos en virtud del derecho internacional del medio ambiente, “*Reafirmando* todos los principios de la Declaración de Río...”.

45 “... *Reafirmando también* su resolución 70/1, de 25 de septiembre de 2015, titulada ‘Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible’, en la que adoptó un amplio conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas universales y transformativos, de gran alcance y centrados en las personas, su compromiso de trabajar sin descanso a fin de conseguir la plena implementación de la Agenda a más tardar en 2030, su reconocimiento de que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible, su compromiso de lograr el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones –económica, social y ambiental– de forma equilibrada e integrada y que se aprovecharán los logros de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y se procurará abordar los asuntos pendientes, “*Observando* la reunión de alto nivel que se celebró el 19 de septiembre de 2017, en paralelo al septuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General, titulada ‘Cumbre sobre un Pacto Mundial por el Medio Ambiente’, “*Destacando* la necesidad de seguir abordando de manera integral y coherente los problemas planteados por la degradación del medio ambiente en el contexto del desarrollo sostenible...”.

relacionados con el medio ambiente con miras a fortalecer su aplicación”; en segundo lugar, la creación de un grupo de trabajo especial de composición abierta para considerar un informe técnico y basado en evidencias que permita identificar y evaluar las posibles lagunas en el derecho ambiental internacional y los instrumentos relacionados con el medio ambiente, con la intención de iniciar un proceso de fortalecimiento en su aplicación y efectividad⁴⁶.

La Asamblea General decidió que el grupo de trabajo especial de composición abierta celebraría tres siguientes sesiones: una sesión de organización, al final del 72.º período de sesiones de la Asamblea General, en Nueva York, y dos sesiones sustantivas, que se celebrarían en Nairobi. Es muy importante que en estas sesiones se abrió la participación a las organizaciones no gubernamentales pertinentes, reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social, así como a las que hubieren sido acreditadas en conferencias y cumbres de la materia⁴⁷.

Al día de hoy ya se han realizado las tres reuniones mencionadas, con los siguientes resultados:

- En la primera reunión, celebrada del 14 al 18 de enero de 2019, los Estados discutieron el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, titulado “Lagunas en el derecho internacional y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente”⁴⁸, el cual fue acogido por la mayoría de los Estados participantes, aunque hubo consideraciones sobre la posible extensión del mandato entregado al Secretario General en la elaboración del informe. Asimismo, se llamó la atención sobre la posible ausencia de sustento probatorio y actualización de la información de los datos mencionados en el documento.

De igual forma, fueron discutidos y puestos a consideración diferentes puntos que se podrían resumir en: primero, la necesidad de considerar la inclusión de principios como la equidad intergeneracional, la democracia ambiental y el sistema terrestre, y la necesidad de actualizar los principios ya reconocidos en el derecho internacional ambiental; segundo, las ventajas de establecer un marco general para el derecho internacional del medio ambiente

46 ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente, Nueva York, 2018 [en línea], disponible en: <https://www.unenvironment.org/es/events/conferencia/hacia-un-pacto-mundial-por-el-medio-ambiente>

47 *Ibid.*

48 Para mayor información, véase: <https://enb.iisd.org/download/pdf/enb3501e.pdf>

y de acuerdos ambientales especializados; tercero, la implementación necesaria y urgente del derecho ambiental internacional y los medios para ello; cuarto, la importancia mayúscula de entablar relaciones entre el mandato del Grupo de Trabajo Especial, la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible; quinto, la urgente incorporación de todos los principios del derecho ambiental internacional en un nuevo instrumento internacional; y sexto, que el proceso normativo que se iniciara con estos trabajos no afectara los instrumentos, órganos y procesos existentes en el derecho internacional ambiental.

• En la segunda reunión⁴⁹, que se llevó a cabo entre el 18 y el 20 de marzo de 2019, los esfuerzos del Grupo de Trabajo se concentraron en la planificación de una serie de reuniones y sesiones de negociación orientadas a Pacto Mundial por el Medio Ambiente. Aunque no se discutieron temas de fondo, como sí ocurrió en la primera sesión, es claro que en medio de las reuniones de trabajo ya se puede ver con claridad la conciencia de la comunidad internacional en cuanto a la necesidad de llegar rápidamente a un consenso que desemboque en el instrumento que inspiró todo este proceso. De los documentos que emergen de la sesión resulta evidente que la mayoría de los Estados comprenden la urgencia en la toma de medidas eficientes y eficaces en la lucha contra la emergencia climática.

Es posible que esta preocupación latente se haya acrecentado y, como consecuencia, empujado a los Estados en su toma de decisión, si se considera que paralelamente a esta sesión se conocieron dos documentos que ponían aún más en evidencia la urgencia de las medidas: el Informe de Perspectivas del Medio Ambiente Mundial (GEO 6), entregado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y presentado en marzo de 2019^[50], y el Informe de la Plataforma Intergubernamental Científico-Normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas⁵¹.

• En la tercera reunión, celebrada en Nairobi entre el 20 y el 22 de mayo de 2019, cuando ya se esperaba la puntada final del proyecto y la consecuente celebración de un pacto mundial por el medio ambiente, el mundo recibió una noticia desalentadora y regresiva. Aunque todo el ambiente resultaba, aparentemente,

49 Para mayor información, véase: <https://enb.iisd.org/download/pdf/enb3502e.pdf>

50 Este documento se puede consultar en: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/27652/GEO6SPM_EN.pdf?sequence=1&isAllowed=y

51 Este documento se puede consultar en: https://ipbes.net/sites/default/files/ipbes-6-15_ipbes-6_final_report-es.pdf

propicio para culminar positivamente todo el proceso iniciado, y a pesar de la voluntad positiva de un gran número de delegaciones, la decisión tomada por los Estados no dio cuenta de ello. La respuesta final por parte de los participantes fue la elección de un instrumento jurídico no vinculante materializado en una mera declaración, la cual tendría lugar en 2022, para hacerlo concomitante con el aniversario número cincuenta de la Conferencia de Estocolmo de 1972 y que se prepararía con ocasión de la Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente de 2021^[52].

Sin lugar a dudas, el resultado fue un fiasco, y poco o nada positivo podría resultar de la decisión, pues se pasó de un proyecto de tratado internacional, codificador de los principios tradicionales y las emergentes del derecho internacional ambiental, a una mera expresión de buenos propósitos, sin carácter obligatorio y condensada en un instrumento político, como lo es una declaración.

Meses después, en septiembre de 2019, la Asamblea General de la ONU volvió a traer a colación el tema por medio de un nuevo documento. En esta ocasión, a través de la Resolución 73-333 reitera prácticamente todos los mismos propósitos que fundamentaron la Resolución 72/277, pero agregando al final de ellos: “Destacando la necesidad de seguir abordando de manera integral y coherente los problemas planteados por la degradación del medio ambiente en el contexto del desarrollo sostenible”⁵³. Este instrumento avala por completo “la labor del grupo de trabajo especial de composición abierta [...] así como su informe, y hace suyas todas las recomendaciones que figuran en el anexo de la presente resolución”.

Después de la frustrada labor del Grupo se cierra esta gran misión con un informe cercano a la realidad actual y alejado de desbordadas exigencias para los Estados, resaltando las 18 recomendaciones que se presentan a la Asamblea General y que esta decide hacer propias. Las mismas contienen los aspectos más importantes de la labor desarrollada y responden a las exigencias que la crisis climática plantea con urgencia. Están condensadas en dos apartes:

52 Para conocer con más detalles el documento, véase: <https://www.unenvironment.org/events/conference/towards-global-pact-environment>

53 Este documento se puede consultar en: <https://undocs.org/es/A/RES/73/333>

*Objetivos que guían las recomendaciones*⁵⁴ y *Recomendaciones sustantivas*⁵⁵, que

-
- 54 “1) Reforzar la protección del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras;
 “2) Defender las respectivas obligaciones y compromisos contraídos en virtud del derecho internacional del medio ambiente por parte de los Estados Miembros de las Naciones Unidas y los miembros de los organismos especializados;
 “3) Contribuir al fortalecimiento de la aplicación del derecho ambiental internacional y los instrumentos relativos al medio ambiente;
 “4) Apoyar la plena implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, así como del documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, titulado ‘El futuro que queremos’, en particular sus párrafos 88 y 89;
 “5) No ir en detrimento de los instrumentos y marcos jurídicos pertinentes ya establecidos ni de los órganos mundiales, regionales y sectoriales competentes”.
- 55 “6) Reafirmar la función del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente como principal autoridad ambiental mundial que establece la agenda mundial en favor del medio ambiente, promueve la ejecución coherente de los aspectos ambientales del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas y actúa como defensor autorizado del medio ambiente mundial, y reafirmar también la función de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente;
 “7) Hacer un llamamiento en favor de redoblar los esfuerzos a todos los niveles para mejorar el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos existentes en virtud del derecho internacional del medio ambiente, destacando la importancia de una mayor ambición en cuanto a los medios de aplicación, incluida la prestación y la movilización de todos los tipos y fuentes de medios de aplicación, en consonancia con la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible;
 “8) Reconocer el papel de los debates sobre los principios del derecho ambiental internacional para mejorar la aplicación de este último, observando también la labor en curso de la Comisión de Derecho Internacional sobre los principios generales del derecho;
 “9) Invitar a la comunidad científica a que prosiga su labor sobre las cuestiones interconectadas e intersectoriales mediante el intercambio de información entre los principales órganos científicos, técnicos y tecnológicos que informan la labor de los acuerdos ambientales multilaterales y los procesos ambientales, y alentar a los órganos científicos, técnicos y tecnológicos a que fortalezcan la cooperación entre ellos;
 “10) Invitar a los órganos rectores de los acuerdos ambientales multilaterales a que, al tiempo que preservan su independencia y los mandatos respectivos, redoblen sus esfuerzos por promover la coherencia de las políticas entre los instrumentos ambientales en todos los niveles pertinentes, y a que consideren la posibilidad de determinar y abordar los problemas de sus regímenes en materia de aplicación, con miras a reforzar la aplicación a nivel nacional e internacional;
 “11) Invitar a los órganos rectores y las secretarías de los acuerdos ambientales multilaterales a que fortalezcan la cooperación y la colaboración entre ellos en el ámbito de sus mandatos respectivos, así como entre ellos y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, aprovechando la labor ya realizada;

vienen acompañadas de una prospectiva titulada *Labor futura*⁵⁶.

“12) Alentar a los órganos rectores de los acuerdos ambientales multilaterales y los órganos científicos, técnicos y tecnológicos a que intercambien información y experiencias, en particular con miras a estudiar la posibilidad de simplificar la presentación de informes y los procesos de vigilancia;

“13) Alentar a todos los que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de ratificar los acuerdos ambientales multilaterales y de aplicarlos de manera eficaz;

“14) Alentar a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a todos los miembros de los organismos especializados a que refuercen, en caso necesario, las leyes, las políticas y los marcos normativos sobre el medio ambiente a nivel nacional, así como las capacidades en todos los sectores para la aplicación eficaz del derecho internacional del medio ambiente, en particular en los sectores de la justicia y la administración, de conformidad con los sistemas jurídicos nacionales, al tiempo que se reconoce la importancia de la cooperación internacional para apoyar y complementar las actividades nacionales;

“15) Alentar a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a todos los miembros de los organismos especializados a que incorporen las cuestiones relativas al medio ambiente en las políticas y programas sectoriales en todos los niveles, en particular en los planes nacionales de desarrollo y los planes de desarrollo sostenible, con el fin de mejorar la aplicación del derecho ambiental internacional y los instrumentos relativos al medio ambiente aplicables;

“16) Alentar la participación activa y significativa de todos los interesados pertinentes a todos los niveles en los diversos foros relacionados con la aplicación del derecho ambiental internacional y los instrumentos relativos al medio ambiente;

“17) Alentar la exploración de nuevos medios para que los Estados Miembros de las Naciones Unidas y todos los miembros de los organismos especializados apoyen y hagan pleno uso del quinto Programa de Desarrollo y Examen Periódico del Derecho Ambiental (Programa de Montevideo V), aprobado en el cuarto período de sesiones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, con el fin de fomentar el estado de derecho ambiental y promover la aplicación del derecho ambiental a todos los niveles;

“18) Alentar al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en su calidad de Presidente del Grupo de Gestión Ambiental, a que, en colaboración con los otros miembros del Grupo, siga reforzando la coordinación interinstitucional sobre el medio ambiente a nivel de todo el sistema y solicite la participación activa y el apoyo de todos los miembros del Grupo en la aplicación de las estrategias sobre el medio ambiente para todo el sistema”.

56 “a) Distribuir las citadas recomendaciones y ponerlas a disposición de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, los miembros de los organismos especializados y los órganos rectores de los acuerdos ambientales multilaterales para su examen y adopción de medidas, según proceda;

“b) Remitir estas recomendaciones a la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente para su examen, y para que prepare, en su quinto período de sesiones, previsto para febrero de 2021, una declaración política respecto de una reunión de alto nivel de las Naciones Unidas, con sujeción a la prestación de financiación voluntaria, en el contexto de la conmemoración de la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que tuvo lugar en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, con miras a fortalecer la aplicación del derecho internacional

Aunque evidentemente se trata de una lista de circunstancias que se recomiendan a los Estados, a los organismos especializados y a los órganos rectores de los acuerdos ambientales multilaterales, se espera que estos revisen, analicen y pongan en práctica estas medidas, pues se trata de una gran oportunidad de cooperación y coordinación en materia de derecho internacional ambiental, que permitiría avanzar de manera importante y definitiva en los planes de la gobernanza climática global.

CONVENCIÓN SOBRE EL COMERCIO
INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS
DE FAUNA Y FLORA SILVESTRES (CITES)

La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres celebrada en 1973 cuenta en la actualidad con un gran número de Estados parte, casi con una participación universal, pues tiene 183 miembros.

A través de este instrumento internacional se han venido creando un conjunto de reglas que tienen como objeto y fin la protección de especies animales y vegetales, en el propósito de garantizar la supervivencia del medio silvestre y beneficiar el sustento de las poblaciones locales y el medio ambiente mundial, promoviendo un comercio razonable acorde con criterios de sostenibilidad y legalidad.

En agosto de 2019 tuvo lugar en Ginebra la Decimoctava Conferencia de las Partes (COP 18), que contó con la participación de cerca de 3.000 expertos provenientes de todo el mundo. Estas reuniones no tienen otro objetivo que la consolidación y el fortalecimiento de los mecanismos de protección de especies silvestres en el comercio internacional⁵⁷, y en esta ocasión se llegó a constatar el grave y preocupante aumento del número de especies que se encuentran en peligro de extinción, como consecuencia de la sobreexplotación a la que están siendo sometidas, por razones de diferente índole relacionadas con conductas no sostenibles y depredadoras.

del medio ambiente y la gobernanza ambiental a nivel internacional, de conformidad con el párrafo 88 del documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, titulado 'El futuro que queremos'".

57 Toda la agenda y los documentos de trabajo de esta reunión se pueden consultar en: <https://cites.org/eng/cop/18/doc/index.php>

En esta COP 18 de la CITES, tal y como se acostumbra en estos eventos, se realizaron las siguientes labores en relación con el objeto y fin del tratado internacional:

- Balance del progreso en la conservación de las especies incluidas en los apéndices.
- Discusiones pertinentes y toma de decisiones sobre las propuestas de enmienda a las listas de especies incluidas en los apéndices.
- Evaluación de las recomendaciones y propuestas presentadas por los Estados parte y los comités de la CITES.
- Formulación de recomendaciones respecto a las medidas útiles para mejorar la efectividad de Convención y su funcionamiento.

La COP 18 de la CITES examinó 57 propuestas orientadas a mejorar la protección de más de 500 especies animales y vegetales, y decidió adoptar 56 de esas propuestas, las cuales se pueden materializar en cualquier de los siguientes eventos: exigencia de permisos para llevar a cabo el comercio de las especies incluidas en el Apéndice II; prohibición de cualquier comercio de especies animales o vegetales que se encuentren en amenaza de extinción y que hayan sido incluidas en el Apéndice I, o puesta en evidencia de que una especie animal o vegetal ha respondido positivamente, pues se ha estabilizado o aumentado su población, razón por la cual se incluye en el Apéndice II⁵⁸.

Nuevamente encontramos, con el ejemplo abordado de la COP 18 de la CITES, que la comunidad internacional, a través de normas, procedimientos e instituciones, busca dar respuesta a los inconvenientes que están afectando a la fauna y flora del mundo, pues muchas de las especies que se encuentran protegidas se ven afectadas por las acciones humanas, como la pesca y la caza excesivas o ilegales, la deforestación o la vulneración de ecosistemas protegidos, entre otras. Así las cosas, consideramos que es claro y contundente que las acciones internacionales desplegadas con ocasión de este tratado son una muestra más de gobernanza global de carácter ambiental.

CUMBRE DE ACCIÓN CLIMÁTICA 2019

En septiembre de 2019 se llevó a cabo en Nueva York un evento convocado por la ONU que no estaba previsto en la agenda mundial climática de los diferentes

⁵⁸ Para obtener una mayor información sobre las especies y las medidas que han sido tomadas en relación con todas y cada una de ellas, véase: <https://cites.org/eng/cop/18/prop/index.php>

escenarios de diplomacia que se venían planeando. Se trató de una iniciativa del Secretario General, Antonio Guterres, con ocasión de los aterradores datos que se conocieron en relación con el calentamiento global, y de la presión, a lo largo y ancho del planeta, por parte de los jóvenes exigiendo la adopción, sin demora, de medidas reales y eficaces al respecto por parte de los gobernantes de todo el mundo⁵⁹.

Después de conocer que las emisiones mundiales alcanzan niveles descomunales, que la temperatura en el Ártico ha aumentado 3 °C en los últimos años, que los niveles del mar están subiendo y, como consecuencia, algunos Estados se están sumergiendo, que los arrecifes de coral están muriendo, entre otras cosas⁶⁰, se hizo evidente que las consecuencias del calentamiento global están teniendo un impacto salvaje en el planeta y en todos los seres vivos que en él conviven.

Con esta Cumbre se esperaba dar un empujón a los líderes del mundo con miras a la celebración de la COP 25, en 2019, pero sobre todo frente a la COP 26, a celebrarse en 2020, invitando a los Estados a presentar los planes nacionales en relación con la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero y así cumplir las metas propuestas. Durante la reunión, Guterres dijo: “Quiero que me informen sobre cómo vamos a frenar el aumento de las emisiones para 2020 y cómo vamos a reducir las emisiones drásticamente para alcanzar cero emisiones en 2050”. En ese sentido, se esperaba que cada Estado presentara los “planes concretos y realistas para mejorar sus contribuciones concretas a nivel nacional para 2020, siguiendo la directriz de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero un 45% en los próximos diez años y a cero para 2050”⁶¹.

Hay que tener en cuenta que esta Cumbre estuvo precedida por el Informe presentado por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático donde se afirma que el mundo todavía está a tiempo, pero no por mucho, de frenar el calentamiento global en 1,5 °C, siempre y cuando se tomen las medidas pertinentes en relación con diferentes aspectos sociales, económicos y políticos del mundo actual⁶². En ese sentido, el Secretario General confía,

59 Noticias ONU. “Jóvenes de todo el mundo exigen a los políticos acción contra el cambio climático”, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462522>

60 Acción Climática. Cumbre sobre la Acción Climática ONU 2019, disponible en: <https://www.un.org/es/climatechange/un-climate-summit-2019.shtml>

61 *Ibíd.*

62 IPCC. Global warming of 1.5 °C. Special Report. 2019, disponible en: <https://www.ipcc.ch/sr15/>

en atención al Acuerdo de París⁶³ y a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en que los Estados cumplirán las metas propuestas y diseñarán acciones nacionales y colectivas en pro de esta lucha⁶⁴, acompañados del sector privado, la sociedad civil, las autoridades locales y las organizaciones internacionales convocadas para estos fines.

Todos estos esfuerzos que se pretende desarrollar a partir de la Cumbre se orientarían a la toma de medidas en diferentes niveles y con el acompañamiento del sector empresarial⁶⁵, dándoles prioridad a seis áreas de trabajo:

- La transición global hacia energías renovables,
- Las infraestructuras y ciudades sostenibles y resilientes,
- La agricultura y la ordenación sostenible de los océanos y los bosques,
- La resiliencia y adaptación a los impactos climáticos y
- La convergencia de financiación pública y privada con una economía de emisiones netas cero.

63 “Por suerte contamos con el Acuerdo de París, un marco normativo visionario, viable y puntero que detalla exactamente las medidas a tomar para detener la alteración del clima e invertir su impacto. Sin embargo, este acuerdo no tiene sentido en sí mismo si no se acompaña de una acción ambiciosa”. Acción Climática. Cumbre sobre la Acción Climática ONU 2019, cit.

64 “Para que sean efectivos y fiables, estos planes no pueden enfrentarse a la reducción de forma aislada: deben mostrar una vía hacia la transformación completa de las economías siguiendo los objetivos de desarrollo sostenible. No deberían generar ganadores y perdedores, ni aumentar la desigualdad económica. Tienen que ser justos, crear nuevas oportunidades y proteger a aquellos que se ven afectados por los impactos negativos en el contexto de una transición justa. También deberían incluir a las mujeres como principales encargadas de la toma de decisiones: solo la toma de decisiones desde la diversidad de género es capaz de abordar las diferentes necesidades que surgirán en este próximo periodo de transformación fundamental”. *Ibid.*

65 “El sector empresarial está de nuestra parte. La aceleración de las medidas contra el cambio climático puede fortalecer nuestras economías y crear empleos, al mismo tiempo que genera un aire más limpio e impulsa la conservación de los hábitats naturales y la biodiversidad y la protección de nuestro medio ambiente.

“Las nuevas tecnologías y las soluciones ofrecidas por la ingeniería ya producen energía a un coste menor que la economía basada en combustibles fósiles. La solar y la eólica son actualmente las fuentes de energía más baratas en casi todas las principales economías. Pero debemos empezar ya a poner en marcha cambios radicales.

“Esto significa acabar con las subvenciones a los combustibles fósiles y a la agricultura alta en emisiones para promover el cambio hacia la energía renovable, los vehículos eléctricos y prácticas de agricultura inteligente. Significa fijar un precio del carbono que refleje su auténtico coste de emisiones, desde los riesgos climáticos hasta los peligros para la salud que provoca la contaminación del aire. Y significa acelerar el cierre de las centrales de carbón, parar la construcción de nuevas y reemplazar los puestos de trabajo con alternativas más saludables para que la transición sea justa, inclusiva y rentable”. *Ibid.*

Finalmente se debe tener presente que para el Secretario General la mejor forma de asegurar los resultados de toda la agenda es actuar alrededor de lo que se ha llamado las carteras de acción, las cuales, por sus características y virtudes, tienen un elevado potencial para frenar las emisiones de gases de efecto invernadero y promover una acción global para la adaptación y la resiliencia. Así pues, los frentes de trabajo son:

- *Finanzas*: movilización de fuentes de financiación públicas y privadas para impulsar la descarbonización de todos los sectores prioritarios y promover la resiliencia.

- *Transición energética*: aceleración del cambio de combustibles fósiles hacia la energía renovable, además de la obtención de considerables ganancias en eficiencia energética.

- *Transición industrial*: transformación de industrias como la petrolera, la siderúrgica, la química, la cementera, la del gas o la de la tecnología de la información.

- *Medidas basadas en la naturaleza*: reducción de emisiones, incremento de la capacidad de absorción y mejora de la resiliencia en silvicultura, agricultura, océanos y sistemas alimentarios, incluidos en la conservación de la biodiversidad, el impulso de cadenas de suministros y tecnología.

- *Acción local y en ciudades*: avance de la mitigación y la resiliencia a nivel urbano y local, con especial atención a los nuevos compromisos sobre edificios de bajas emisiones, transporte público e infraestructura urbana, y resiliencia para las personas pobres y vulnerables.

- *Resiliencia y adaptación*: fomento de los esfuerzos globales para abordar y gestionar los impactos y riesgos del cambio climático, particularmente en las comunidades y naciones más vulnerables.

Adicionalmente se propone que existan tres aspectos clave, que permitirían perfeccionar la propuesta:

- *Estrategia de mitigación*: impulsar las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (CDN) y las estrategias a largo plazo para conseguir las metas del Acuerdo de París.

- *Compromiso de la juventud y movilización pública*: movilizar a las personas de todo el mundo para que actúen contra el cambio climático y asegurar que las personas jóvenes estén integradas y representadas en todos los aspectos de la Cumbre, incluidas las seis áreas de transformación.

- *Impulsores sociales y políticos*: avanzar en los compromisos dentro de las áreas que afectan al bienestar de la población, como la reducción de la contaminación del aire, la creación de puestos de trabajo dignos, el fortalecimiento

de las estrategias de adaptación climática y la protección de los trabajadores y los grupos vulnerables⁶⁶.

Por otra parte, habría que tener en cuenta que si bien los resultados no fueron los esperados al final de la Cumbre, hay aspectos positivos que, aunque todavía precarios e insuficientes, resultan importantes para la suma de esfuerzos que se vienen realizando⁶⁷. Entre ellos podemos destacar:

- Aproximadamente 65 países y las principales economías subnacionales se comprometieron a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero a cero para 2050.

- Al menos 70 países anunciaron que impulsarán sus planes de acción nacional para 2020 o que ya comenzaron el proceso para hacerlo.

- Cerca de 100 líderes empresariales realizaron acciones concretas para alinearse con los objetivos del Acuerdo de París y acelerar la transición de la economía gris a la economía verde.

- Francia anunció que no celebraría ningún acuerdo comercial con países que tengan políticas contrarias al Acuerdo de París.

- India se comprometió a aumentar la capacidad de energía renovable y anunció que 80 países se han unido a la Alianza Internacional Solar.

- China se comprometió a buscar una vía de crecimiento de alta calidad y de desarrollo bajo en carbono.

- La Unión Europea, por su parte, anunció que al menos el 25% de su próximo presupuesto se dedicaría a actividades relacionadas con el clima.

- La Federación de Rusia anunció que ratificaría el Acuerdo de París.

CONVENIO DE MINAMATA SOBRE EL MERCURIO

Sin lugar a dudas, se trata de una de las reuniones más esperadas por la comunidad ambientalista, teniendo en cuenta los impactos nocivos para la salud humana y para la naturaleza causados por el uso de este metal. En esta ocasión se contó con la participación de representaciones de al menos 113 miembros del tratado y se tomaron decisiones importantes en relación con el alcance y la implementación del Convenio.

66 Acción Climática. Cumbre sobre la Acción Climática ONU 2019, cit.

67 Climate Action Summit 2019. Summit delivers major step up in national ambition and private sector action on pathway to key 2020 climate deadline. As recognition mounts that time is running out, youth leaders warn: 'we will be watching', Nueva York, disponible en: https://www.un.org/en/climatechange/assets/pdf/CAS_closing_release.pdf

La COP 3 del Convenio de Minamata ha sido uno de los espacios de diplomacia con mejores resultados en los últimos años, puesto que la Tercera Reunión de la Conferencia de las Partes alcanzó un acuerdo para el año 2020 en relación con la prohibición de la fabricación y el comercio mundial de productos que contengan este peligroso metal, destacándose al respecto los siguientes elementos de uso cotidiano: baterías, interruptores, lámparas fluorescentes, cosméticos, pesticidas, barómetros y termómetros. Asimismo, las discusiones lograron llegar a los siguientes acuerdos⁶⁸:

- Uso de códigos aduaneros para productos con mercurio, de tal manera que se facilite la recopilación de información confiable en relación con estos y, de igual forma, se facilite el monitoreo de dichos artículos.

- Promover, a través del Convenio, una amplia gama de opciones seguras y eficientes para los artículos con mercurio añadido.

- Elaborar el marco para evaluar, en 2023, la efectividad del Convenio⁶⁹.

Desde que el Convenio entró en vigor en 2017, las reuniones de la Conferencia de las Partes se han celebrado anualmente, durante una semana, en la sede de la Secretaría en Ginebra. Ahora se convocarán cada dos años, y en 2021 se realizará en Indonesia para celebrar la COP 4 de este tratado, seguramente con resultados provechosos teniendo en cuenta que a nivel mundial la lucha contra el uso del mercurio cada vez es más fuerte.

Como se puede observar, se trata de un esfuerzo adicional en este largo camino de la gobernanza climática global, compartiendo las mismas preocupaciones que de manera general presentan los instrumentos analizados. Aunque siguen existiendo amplios vacíos de regulación en la materia, las pretensiones de las partes han ido aumentando, hasta el punto de que se están limitando convencionalmente los usos permitidos del mercurio. No obstante, queda una

68 Para conocer la integridad del texto, véanse los siguientes enlaces: <https://www.unenvironment.org/events/conference/third-meeting-conference-partiesminamata-convention-mercury>, <http://mercuryconvention.org/Meetings/COP3/tabid/7854/language/en-US/Default.aspx>

69 Rossana Silva Repetto, en su calidad de secretaria ejecutiva del Convenio, afirmó: “Es nuestro deseo que los resultados reflejen la efectividad del convenio, pero debemos trabajar en su instrumentación, para demostrar que estamos en camino de alcanzar los objetivos establecidos por la comunidad global para el Convenio de Minamata”. ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. “Ha llegado el momento de eliminar los productos con mercurio añadido”, 2019 [en línea], disponible en: <http://www.mercuryconvention.org/Noticias/NoticiasdelConvenio/Eliminarlosproductosconmercurioañadido/tabid/8259/language/es-CO/Default.aspx>

brecha difícil de cerrar con este tipo de iniciativas, relacionada con la minería ilegal de oro, ya que los procesos en este tipo de actividades extractivas resultan altamente contaminantes, sobre todo en lo que se refiere a las aguas de curso común. Es por tal razón, que la acción a emprender debe buscar incluir principalmente a los actores económicos del sector aurífero.

CUMBRE MUNDIAL DEL CLIMA 2019 (COP 25)

Después de la reunión de septiembre de 2019 convocada por el Secretario General de la ONU en la Cumbre de Acción Climática, las expectativas y esperanzas puestas en esta conferencia eran colosales. El lema de la reunión denotaba la importancia del encuentro y daba por sentado cuál debía ser el resultado final de las sesiones, pese a la defraudación sufrida dos meses antes. No había nada más que hacer, solamente se sabía que era el momento preciso: *Time for action*.

Pese a los muchos días de negociación, con prórroga incluida, que la convirtieron en la Cumbre más larga de la historia, esta no se recordará por la extensión de sus sesiones, sino por su aciago resultado, debido a la profunda diferencia entre los informes de los comités científicos y lo que los Estados estaban dispuestos a negociar y aceptar. Al parecer, los Estados responsables de las mayores emisiones de efecto de invernadero (Estados Unidos, Rusia, China e India) no estaban interesados en considerar, de ninguna manera, la urgencia de actuar ante la emergencia climática.

El máximo logro de la Cumbre fue un mediocre compromiso de solo 84 Estados decididos a comprometerse en la elaboración e implementación de programas estrictos de recorte de emisiones para 2020^[70].

Otro de los grandes fracasos, que evidentemente debería motivar a una intervención urgente, se refiere a los acuerdos en relación con los mercados de carbono. Una vez más, el desarrollo e implementación del artículo 6 del

70 Cabe destacar que la ONU advirtió que *deben multiplicarse por cinco* los esfuerzos globales si se quiere lograr que el aumento de la temperatura permanezca por debajo de los 1,5 °C, y multiplicarse *por tres* si se quiere que ese incremento no supere los 2 °C. A pesar de que esta es una de las metas del Acuerdo de París, la ONU calcula que, de acuerdo a los planes hasta ahora presentados, el incremento será de 3,2 °C. Noticias ONU. “La ambición del Acuerdo de París debe quintuplicarse para evitar una catástrofe climática” [en línea], disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/11/1465861>

Acuerdo de París permanecerá en el limbo hasta tanto se pueda llegar a un consenso al respecto.

Todas aquellas decisiones quedarían aplazadas para la COP 26, que tendría lugar en Glasgow en noviembre de 2020; sin embargo, una vez más habría que asistir al aplazamiento de la toma de decisiones necesarias para corregir el derrotero de la humanidad. Esta vez, no debido a la decisión política e inconsecuente de los Estados, sino a una circunstancia de distinto orden capaz de causar la cancelación y aplazamiento de la Conferencia, esto es, la pandemia del Covid-19. Es así como los dirigentes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático anunciaron lo siguiente: “En vista de los efectos actuales de la pandemia de Covid-19 en el mundo, ya no es posible asegurar una celebración ambiciosa e inclusiva de la COP 26 en noviembre de 2020”⁷¹. Infortunadamente, ante la incertidumbre y las consecuencias del Covid-19, no se ha podido fijar nueva fecha para la reunión, sino que se ha establecido que en 2020 la prioridad será la lucha contra la pandemia.

CONCLUSIONES

La gobernanza climática global en el siglo XXI se ha ido convirtiendo en el mecanismo más idóneo, aunque no necesariamente el de mayor efectividad, para combatir la emergencia climática que afronta el mundo contemporáneo en la era de la globalización de los riesgos. La aceptación y puesta en marcha de la protección del medio ambiente en todas sus esferas, a través de la figura de los bienes públicos globales, ha permitido que la comunidad internacional transite de los típicos escenarios del unilateralismo hacia los instrumentos provechosos, si bien de difícil aceptación, de la cooperación y la solidaridad, donde se privilegian conceptos y acciones de soberanía respetuosa e inteligente.

Podríamos afirmar que después de la Carta de San Francisco de 1945, el mundo no ha encontrado una mejor manera de encarar los problemas de orden mundial que lo aquejan que la acción ordenada y mancomunada de quienes actúan en el escenario internacional. Los actores estatales y los no estatales vienen encontrando contextos de interacción en que les es permitido debatir las grandes problemáticas de la humanidad, dejando entrever los beneficios de

71 Noticias ONU. “La Conferencia sobre Cambio Climático no se celebrará este año debido a la pandemia del coronavirus” [en línea], disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472242>

la multilateralidad y poniendo en evidencia los rezagos de un unilateralismo vetusto que se niega a desaparecer del todo.

Varios han sido los avances que en materia de instituciones, procedimientos y normas, tanto vinculantes como no vinculantes, le han permitido a la comunidad internacional iniciar el camino de la lucha contra la emergencia climática, instituyendo amplios escenarios de coordinación y cooperación entre los diferentes protagonistas de la escena global; se trata, sin embargo, de escenarios que siguen siendo insuficientes si se tienen en cuenta los datos que los informes científicos y técnicos han puesto en conocimiento de la población global.

Aunque la agenda climática global continúa convocando a los diferentes escenarios de acción diplomática, el tiempo se acaba y las medidas deben tomarse lo más pronto posible, siendo de destacar que lo determinante en este proceso de consolidación no es, necesariamente, la naturaleza de la norma que se produzca con ocasión de la discusión, sino la voluntad de quienes deben implementar los cambios y tomar las decisiones, dejando atrás los nefastos y egoístas intereses económicos, políticos y culturales que enmarcan lo que podríamos llamar la hipocresía de la diplomacia de papel.

Por lo pronto, será necesario esperar que el mundo pueda volver a los escenarios de normalidad que permitan el desarrollo y complemento de la agenda climática global, pues aunque 2020 se había pensado como uno de los años decisivos en la lucha contra la emergencia climática, las circunstancias mundiales del Covid-19 han llevado a replantear las prioridades de los Estados y de la comunidad internacional. En esta ocasión, fue la naturaleza la que nos dio la oportunidad.

REFERENCIAS

Acción Climática. Cumbre sobre la Acción Climática ONU 2019, disponible en: <https://www.un.org/es/climatechange/un-climate-summit-2019.shtml>

ANNAN, KOFI. El problema de la intervención. Declaraciones del Secretario General. Centros de Información de las Naciones Unidas para España y Colombia, 1999.

BROWN, GORDON. *National Drift or Global Mastery*, 2013 [en línea], disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/the-global-economy-s-nationalist-traps-by-gordon-brown?barrier=accesspaylog>

CAMPOS SERRANO, ALICIA. “Los bienes globales y las fuentes de energía”, en *La protección de bienes jurídicos globales*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid - Agencia Estatal Oficial del Estado, 2012.

Climate Action Summit 2019. Summit delivers major step up in national ambition and private sector action on pathway to key 2020 climate deadline. As recognition mounts that time is running out, youth leaders warn: ‘we will be watching’, Nueva York, disponible en: https://www.un.org/en/climatechange/assets/pdf/CAS_closing_release.pdf

Commission on Global Governance. Our Global Neighborhood. The Report of the Commission on Global Governance, United Kingdom, Oxford University Press, 1995.

DE BRABANDERE, ERIC. *The Impact of Supranationalism on State Sovereignty from the Perspective of the Legitimacy of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.

DENG, FRANCIS *et. al.* *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 1996.

FROST, MERVYN. “Ética y gobernanza global”, en *Valores y ética para el siglo XXI*, Madrid, BBVA, 2011.

GARRIDO CORDOBERA, LIDIA. *El riesgo ambiental*, México D.F. y Madrid, Ubijus y Reus, 2014.

GIDDENS, ANTHONY. “Power, property and the State”, en *Contemporary critique of historical materialism*, vol. 1, Berkeley, University of California Press, 1983.

GLANVILLE, LUKE. *Sovereignty and the Responsibility to Protect: A New History*, Chicago, University of Chicago Press, 2013.

Informe de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación relativo a la labor de su 14.ª Reunión, UNEP/CHW/14/28, Ginebra, 29 de abril a 10 de mayo de 2019.

IPCC. Global warming of 1.5 °C. Special Report, 2019, disponible en: <https://www.ipcc.ch/sr15/>

JÄGERSKOG, ANDERS y PHILLIPS, DAVID. “Managing trans-boundary waters for human development”, Human Development Report Office, Occasional paper, 2006.

KAUL, INGE; GRUNBERG, ISABELLE y STERN, MARC. *Global public goods: International cooperation in the 21st Century*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

KAUL, INGE y BLONDIN, DONALD. “Los bienes públicos globales y las Naciones Unidas”, en *Gobernanza global y desarrollo. Nuevos desafíos y prioridades de la cooperación internacional*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

MECKLIN, JOHN. “It is 100 seconds to midnight 2020 Doomsday Clock Statement Science and Security Board”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, Chicago, 2020 [en línea], disponible es: <https://thebulletin.org/wp-content/uploads/2020/01/2020-Doomsday-Clock-statement.pdf>

Memorando de Entendimiento entre la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Conferencia de las Partes en el Convenio de Róterdam, UNEP/FAO/RC/COP.9/22/Rev.1.

Noticias ONU. “Jóvenes de todo el mundo exigen a los políticos acción contra el cambio climático” [en línea], disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462522>

Noticias ONU. “Rendirse o luchar contra el cambio climático, la encrucijada de la COP25” [en línea], disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/12/1466111>

Noticias ONU. “La ambición del Acuerdo de París debe quintuplicarse para evitar una catástrofe climática” [en línea], disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/11/1465861>

Noticias ONU. “La Conferencia sobre Cambio Climático no se celebrará este año debido a la pandemia del coronavirus” [en línea], disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472242>

ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente*, Nueva York, 2018 [en línea], disponible en: <https://www.unenvironment.org/es/events/conferencia/hacia-un-pacto-mundial-por-el-medio->

ONU. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. “Ha llegado el momento de eliminar los productos con mercurio añadido”, 2019 [en línea], disponible en: <http://www.mercuryconvention.org/Noticias/NoticiasdelConvenio/Eliminarlos-productosconmercurioañadido/tabid/8259/language/es-CO/Default.aspx>

ORFORD, ANNE. *International Authority and the Responsibility to Protect*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.

Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento del Convenio de Róterdam:
Propuesta de adición de un nuevo anexo VII sobre los procedimientos y mecanismos
relativos al cumplimiento del Convenio de Róterdam, UNEP/FAO/RC/COP.9/14/
Add.1/Rev.1.

TUȚUIANU, SIMONA. *Towards Global Justice: Sovereignty in an Interdependent World*,
La Haya, Asser, 2013.

VELA ORBEGOZO, BERNARDO. *Poder, hegemonía y periferia. Una aproximación al derecho
internacional clásico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

VILLAMAR NAVA, ZIRAHUÉN. “Gobernanza global y (su propio) desarrollo”, *Revista de
Relaciones Internacionales de la UNAM*, n.º 134, 2019.

CUARTA PARTE
JUSTICIA CLIMÁTICA Y DERECHOS DE LA NATURALEZA

LUIS FELIPE GUZMÁN JIMÉNEZ*

MAURICIO MADRIGAL PÉREZ**

DIANA QUEVEDO NIÑO***

CAPÍTULO I

*Litigio estratégico y justicia climática.
Una mirada a la realidad de los estrados
y las decisiones judiciales en el mundo*

*Strategic Litigation and Climate Justice. A Review of the Reality
at the Courts and the Judicial Decisions Worldwide*

RESUMEN

La justicia climática evidencia una problemática más del binomio derecho y globalización, que pone de presente el surgimiento de conflictos climáticos como consecuencia de medidas de mitigación y adaptación. Por esta razón el cambio climático viene siendo un asunto controversial y polémico en la intervención judicial en la esfera global y en cada uno de los países, convirtiéndose en la manifestación de la justicia ambiental “prioritaria” y posmoderna. Por ello, el presente artículo tiene como objetivo central analizar el contenido y alcance de la justicia climática en el marco del litigio estratégico, los estándares de acceso a la justicia ambiental y cuatro casos judiciales representativos sobre cambio climático.

Palabras clave: cambio climático, justicia ambiental, litigio estratégico, litigio climático, justicia climática.

ABSTRACT

Climate justice shows one more problem in the binomial Law and Globalization, which highlights the emergence of climate conflicts as a consequence of mitigation and adaptation measures. For this reason, climate change has been a controversial and controversial issue in judicial intervention in the global sphere and in each of the countries; becoming the manifestation of “priority” and postmodern environmental justice. Therefore, the present objective is

* Docente-investigador del Grupo de Investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, magíster en Derecho con énfasis en Derecho de los Recursos Naturales y abogado de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: luis.guzman@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0001-7119-7101.

** Director de la Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública de la Universidad de los Andes. Abogado, magíster en Derecho y estudiante de doctorado en Derecho Humanos. Fundador asociado del Centro Latinoamericano de Estudios Ambientales (CELEAM). Contacto: m.madrigal@uniandes.edu.co ORCID: 0000-0002-3111-7936.

*** Asistente de investigación del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Abogada y candidata a magíster en Derecho del Estado con énfasis en Derecho de los Recursos Naturales de la misma universidad. Contacto: diana.quevedo@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0003-4028-3423.

to analyze the content and scope of climate justice in the context of strategic litigation, standards of access to environmental justice and four representative court cases on climate change.

Keywords: climate change, environmental justice, strategic litigation, climate litigation, climate justice.

INTRODUCCIÓN

Los países tienen que empezar a hacer una “adaptación jurídica al cambio climático”, con énfasis en el papel que cumplen las constituciones políticas y los tribunales nacionales y regionales al interior de los países en esta compleja labor pretoriana de tutelar y brindar herramientas jurídicas para obligar a la Administración y, en ciertos casos, a los particulares a implementar medidas de adaptación y mitigación. De lo contrario, iniciativas globales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030 serán insuficientes y, por lo tanto, la crisis climática se agudizará y afectará un sinnúmero de derechos y bienes jurídicos tutelados por cada uno de los ordenamientos jurídicos de los países del mundo.

Uno de los aspectos fundamentales de la mencionada adaptación jurídica consiste, precisamente, en dotar de contenido y alcance jurídico propio a la justicia climática, reconociendo su alto carácter técnico, la crisis climática y los problemas estructurales de la región latinoamericana (inequidad, corrupción, violencia...). Este ejercicio, como un proceso cíclico, permite: evaluar las medidas jurídicas tomadas por las administraciones a partir de una serie de mínimos, si se quiere estándares jurídicos básicos, y con ello alejar o por lo menos contribuir a la disminución de decisiones judiciales ineficaces. Es preciso mencionar también que esos ajustes, adaptaciones jurídicas al cambio climático, no son ni pretender ser una receta o solución, son una necesidad imperiosa para afrontar la crisis climática y, por lo tanto, para evitar el colapso no solo de las instituciones judiciales sino de los sistemas políticos y económicos en su generalidad.

A partir de lo anterior, el presente escrito tiene por objetivo central analizar el contenido y alcance de la justicia climática en el marco del litigio estratégico, los estándares de acceso a la justicia ambiental y cuatro casos judiciales representativos sobre cambio climático. Para lograr el objetivo propuesto se desarrolla una investigación dogmática basada en el análisis documental de

tipo descriptivo, analítico y prescriptivo. En ese marco, se aborda en un primer momento el derecho de acceso a la justicia ambiental, el contenido jurídico y las principales barreras para su ejercicio pleno y efectivo. Después, se brindan una serie de reflexiones en torno al litigio estratégico ambiental, con el propósito de relacionar el acceso a la justicia, este tipo de litigio y la crisis climática. En un tercer momento se profundiza en el mencionado relacionamiento por medio del estudio de cuatro casos sobre justicia climática, y por último se formulan una serie de propuestas orientadas a contribuir con la conceptualización y caracterización jurídica de la justicia climática.

I. EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO ELEMENTO CENTRAL EN LA LITIGACIÓN CLIMÁTICA. UNA MIRADA A LOS ASPECTOS GENERALES

I. I. PLANTEAMIENTO

El acceso a la justicia en materia medioambiental resulta un asunto central para garantizar la justiciabilidad y, por ende, la protección ambiental. Las problemáticas asociadas a este son de diversa índole; de manera general sostiene García de Enterría: “no hay derecho sin juez. El juez es una pieza absolutamente esencial en toda la organización del Derecho y esto no es una excepción cuando se trata de la observancia del Derecho por la Administración”¹. De manera específica, en materia ambiental el acceso a la justicia resulta deficiente porque no existen acciones específicas, o más bien, falta eficacia en las determinaciones judiciales a la hora de resolver las pretensiones de la sociedad civil que permitan exigir más el cumplimiento de la normativa ambiental vigente.

El contenido del acceso a la justicia hace referencia a brindar tutela judicial ambiental, consistiendo en “el derecho de toda persona de hacer valer ante la justicia los intereses ambientales contenidos en una pretensión ambiental que, en términos generales, pueda ser la de vivir en un medio ambiente adecuado, apto para garantizar la salud y el bienestar”². La tutela judicial es un elemento indispensable de los intereses colectivos ambientales. El acceso a la justicia en

1 Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997, p. 120.

2 Véase PINO-MIKLAVEC, NOEMÍ. *La tutela judicial administrativa de los intereses ambientales (Estudio comparativo de los ordenamientos español y argentino)*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi (monografía de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental), 2013, p. 110.

materia ambiental es una obligación de garantía para cada Estado. Para ello, los Estados utilizan el sistema que más se adapte a su modelo político y a su sistema judicial³.

I.2. EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

A continuación analizaremos dos instrumentos internacionales en la materia: el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú. El Convenio de Aarhus se encarga de hacer tímidos llamados para que los Estados dispongan de procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que infrinjan la normativa ambiental (art. 9.3). La instauración de mecanismos judiciales eficaces (considerando 18 del Convenio) no ha tenido una adecuada respuesta en las disposiciones convencionales. Navarro Batista afirma que el Convenio se limita a regular el acceso a la información y la participación en las decisiones. Por lo tanto, la justicia no puede ser catalogada como un pilar, en tanto carece de autonomía en el Convenio⁴.

El Acuerdo de Escazú, por su parte, hace llamados contundentes a los países de América Latina y el Caribe para que no escatimen esfuerzos en la garantía judicial en asuntos ambientales, pero materialmente no es posible hacer ningún juicio, pues el instrumento regional se encuentra en proceso de armonización regional y su entrada en vigencia está condicionada a la ratificación de algunos países de América Latina y el Caribe. El Acuerdo contempla la obligación de cada Estado de garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales y deja en libertad para que cada parte asegure “el acceso

3 La Corte Interamericana ha reconocido que “el acceso a la justicia permite al individuo velar por que se apliquen las normas ambientales y constituye un medio para remediar cualquier violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales, incluyendo los recursos y la reparación. Ello también implica que el acceso a la justicia garantiza la plena realización de los derechos a la participación pública y al acceso a la información, a través de los mecanismos judiciales correspondientes”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23-17, 15 de noviembre de 2017, opinión solicitada por el Estado colombiano, párr. 234.

4 NAVARRO-BATISTA, NICOLÁS. *Sociedad civil y medio ambiente en Europa*, Madrid, Centro de Documentación Europea - Universidad de Salamanca, Junta de Castilla y León, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, 2001.

a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y el procedimiento” (art. 8), y hace un llamado a la promoción de mecanismos alternativos de solución de controversias (mediación y conciliación) que permitan prevenir o solucionar las controversias ambientales. Tales disposiciones guardan estrecha relación con el Convenio de Aarhus que establece que cada Estado deberá garantizar a todo ciudadano “la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley” (art. 9). Son innumerables los retos que afronta el país para abordar los conflictos, especialmente en el diseño de nuevas formas de gestión judicial de los asuntos ambientales que resulten eficaces para garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales y colectivos de los asociados, la protección ambiental y, en fin, valores supremos como son la seguridad jurídica, la democracia representativa y las libertades públicas⁵.

Ahora bien, en los sistemas regionales de protección de derechos humanos (el europeo y el interamericano) encontramos un vasto y variado desarrollo normativo y jurisprudencial para garantizar el acceso a la justicia general, en su vertiente de derecho humano. En primer lugar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) contempla la garantía de acceso a la justicia mediante dos disposiciones: el artículo 6 sobre el derecho a un proceso equitativo y el artículo 13 sobre el derecho a un recurso ante violaciones de los derechos recogidos en el Convenio. Asimismo, hay ejercicios hermenéuticos bien interesantes: los primeros abordajes de la problemática del acceso a la justicia ambiental son los casos *Zander c. Suiza* (1993) y *Balmer-Schafroth c. Suiza* (1997), dos asuntos que resultan problemáticos al interior de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de acceso a la justicia ambiental, específicamente en relación con la legitimación por activa.

5 Veamos los estándares que trajo el Acuerdo de Escazú sobre el acceso a la justicia en asuntos ambientales. El Acuerdo desarrolla tres estándares que pueden ser clasificados, de acuerdo con las obligaciones que establecen, de la siguiente forma: 1. Garantizar, órganos judiciales y administrativos especializados en materia ambiental; legitimación activa amplia en defensa del ambiente; medidas cautelares y provisionales; facilidades para la producción de pruebas del daño ambiental; mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportuno de las decisiones judiciales, y mecanismos de reparación; 2. Facilitar medidas para reducir o eliminar las barreras al ejercicio del derecho de acceso a la justicia; medios de divulgación del derecho de acceso a la justicia; mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas, y mecanismos alternativos de solución de controversias; 3. Cumplir, atender las necesidades de acceso a la justicia de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, y asegurar que las decisiones judiciales y administrativas se adopten por escrito.

El Tribunal de Estrasburgo adoptó en su momento una definición restrictiva, limitándola al concepto de víctima (recogido en el art. 34 CEDH).

En segundo lugar, en la Convención Americana también se establece el derecho de acceso a la justicia mediante dos disposiciones: el artículo 8 sobre garantías judiciales y el artículo 25 sobre derecho a la protección judicial. La jurisprudencia interamericana también ha establecido estándares y elementos para garantizar el derecho. Son de destacar, en particular, los elementos que desarrolló la Opinión Consultiva OC-23-2017 (solicitada por el Estado colombiano), en la que por primera vez en el sistema interamericano se construyen unos estándares en torno al derecho de acceso a la justicia ambiental. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa del derecho internacional⁶.

Las obligaciones de los Estados recaen en suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1)⁷.

Ahora bien, son bastantes los fundamentos jurídicos que nos llevan a sostener que el acceso a la justicia ambiental es un derecho fundamental que asiste a las personas y asociaciones⁸ para acudir a los tribunales a efectos de impugnar actos, acuerdos, planes y disposiciones, es decir, acciones u omisiones de las autoridades públicas en asuntos ambientales. El acceso a la justicia en materia ambiental debería ser un mecanismo para garantizar el cumplimiento

6 Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso *Goiburú y otros v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C n.º 153, párr. 131, y Caso *La Cantuta v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C n.º 162, párr. 160. Sin duda, un caso reciente muy interesante lo constituye *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Sentencia del 6 de febrero de 2020. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 202; dicho fallo representa un precedente importante porque desarrolla de manera autónoma los derechos a un ambiente sano y al agua.

7 Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C n.º 1, párr. 91, y Caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de febrero de 2017. Serie C n.º 333, párr. 174.

8 Entretanto, en la Declaración de Río de Janeiro (1992), la redacción del principio 10 acude a términos como “ciudadano, persona y población”, es decir, una configuración tripartita que resulta amplia pues da apertura a la legitimación de personas ajenas a los perjudicados o interesados.

o la aplicación de la legislación ambiental ante uno de los problemas graves del derecho ambiental como es el cambio climático. Lo anterior se traduce en que los jueces de cada Estado han realizado ejercicios hermenéuticos en torno a las omisiones generales de los Estados frente a sus compromisos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Por lo anterior, consideramos que los jueces han ocupado un papel central en la llamada gobernanza del cambio climático.

1.3. OBSTÁCULOS DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

Antes de entrar a analizar los principales obstáculos de la justicia ambiental, veamos la situación de acceso a la justicia en términos generales, en lo que concierne a Colombia. Algunas cifras de la justicia en este país nos dan un contexto de la cuestión. En el año 1993 fueron incoadas cerca de 20.000 acciones de tutela, para el año 2004 se pasó a 198.000, es decir que se multiplicaron casi diez veces, para el año 2013 la cifra ascendió a 628.030 y para 2018 se elevó a 757.983. Lo anterior evidencia el impacto positivo de la eficacia de unas pocas acciones concretas⁹.

Veamos la cobertura, la cual se asocia a algunos indicadores como el número de jueces por cada 100.000 habitantes. El promedio nacional es de un juez por cerca de 12.000 personas, indicador que resulta precario porque todos los territorios son disímiles: el juez tiene una competencia territorial desigual, no siendo lo mismo un juez en una capital de departamento que en una jurisdicción territorial amplia y con vías precarias, en donde la cobertura efectiva es muy baja. Así pues, dicho indicador es insuficiente, pues no tiene en cuenta la disparidad geográfica que pueda presentarse en determinado territorio. Por lo anterior, en un país como Colombia, donde la disparidad es la constante, es necesario acudir a otras cifras y variables. En el país, para el año 2019 (con un total de 5.446 despachos judiciales), se tenía un juez por municipio, es decir, existía cobertura en todo el territorio nacional, que comprende 1.103 municipios, diferente a lo que ocurría en el año 1993 (con un total de 3.945 despachos judiciales), cuando solo en 970 municipios existía un juez. De los 5.446 despachos judiciales de hoy, todos atienden acciones de tutela y tan solo 549 atienden asuntos propios de la jurisdicción contencioso administrativa. Un

9 Es de aclarar que todas las cifras relativas a la rama judicial en Colombia han sido tomadas del Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial (SIERJU).

panorama desolador, en términos generales. Lo anterior muestra en términos cuantitativos la precariedad de la presencia del Estado en los territorios: irónicamente, esta debilidad es mayor en los lugares más apartados, en donde mayor sería la necesidad de fiscalizar al Estado y a los particulares en cuanto a sus compromisos de mitigación y adaptación al cambio climático.

Sumando a lo anterior, evidenciamos que los obstáculos de acceso a la justicia en materia ambiental son de diversa índole: económica, política y técnica, y que los mismos tienen origen en la norma y en la práctica judicial; sin duda, las mayores barreras para la litigación ambiental son la legitimación en la causa por activa y la falta de especialidad de los juzgadores.

Jordano Fraga sostiene que la legitimación es uno de los temas clásicos del derecho ambiental. Nosotros añadiríamos que es uno de los aspectos más problemáticos¹⁰. Brañez, por su parte, afirma que “el sistema clásico de las acciones civiles y sus reglas sobre legitimación para accionar han contribuido en la práctica a la impunidad civil de los grandes depredadores del medio ambiente”¹¹, lo cual es parcialmente cierto pues los Estados no han respondido con cambios estructurales, procedimentales y competenciales que atiendan a la complejidad de los asuntos, al carácter colectivo y difuso.

Sumado a ello, la falta de especialidad de los operadores jurídicos en materia ambiental sigue siendo, además, un gran obstáculo de acceso a la justicia ambiental. En la mayoría de los países la jurisdicción natural para estos pleitos es la “contencioso administrativa”. Solo en casos excepcionalísimos son competentes otras jurisdicciones, como ocurrió en el connotado caso *Urgenda* (Países Bajos), en el que fue un tribunal comercial el que conoció el asunto y adoptó una decisión, activista para muchos e histórica para otros en razón de su magnitud e impacto global para la visibilización de la litigación climática. La especialidad garantiza idoneidad del juzgador del pleito de naturaleza ambiental. Pino Miklavec destaca la importancia de la preparación y capacitación de los jueces ante la complejidad (técnica y científica) de los conflictos ambientales y el carácter difuso de los derechos e intereses colectivos

10 JORDANO FRAGA, JESÚS. “Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial el principio de legitimación en los contenciosos ambientales”, en AA.VV., *Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007, pp. 115-139.

11 Véase BRAÑES, RAÚL. *El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, México, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), 2000, p. 37.

en la justicia ambiental. En este sentido, se discute un nuevo perfil de juez en materia ambiental que sea capaz de enjuiciar los conflictos¹².

Las experiencias de tribunales ambientales son múltiples y atienden a las necesidades de cada país. Incluyen cortes, como es el caso de la “Planning and Environmental Court” (con sede en Queensland y Vermont) o la “Environmental Court of New Zealand” (con sede en Wellington), y tribunales, como es el caso del Tribunal de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur, en Australia, del Tribunal Ambiental de Hawái, de los tres tribunales ambientales de Chile o del Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica.

I. 4. EL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN CRISIS CLIMÁTICA. LA JUSTICIA CLIMÁTICA COMO VERSIÓN POSMODERNA

“Justicia climática” es un vocablo que inicia su recorrido jurídico en el informe *Greenhouse Gangsters c. Climate Justice* de 1999, el cual fue preparado por el grupo Corporate Watch con sede en San Francisco. Siguiendo este recorrido histórico de la justicia climática como manifestación de la justicia ambiental, nos podemos remontar a las distintas conferencias de las partes (COP) sobre cambio climático, las cuales empiezan a celebrarse una vez se adoptan la Convención Marco de las Naciones Unidas contra el Cambio Climático (CMNUCC), el Protocolo de Kioto y el Acuerdo de París, los cuales conforman el llamado derecho del cambio climático. Las pretensiones de la justicia climática de la sociedad civil son evidentes en estas negociaciones enmarcadas en la búsqueda de la equidad climática, la participación inclusiva y los derechos humanos, donde las distintas ONG han presentado importantes documentos científicos y de estudio riguroso de la materia.

Los litigios climáticos aumentan geoméricamente en todo el mundo y no son ajenos a ningún sistema jurídico, ni de *civil law* no de *common law*. Moreno Molina destaca la proliferación de procesos judiciales que giran en torno a normas, planes y decisiones privadas y gubernamentales del cambio climático¹³. Nosotros consideramos que la función que debe cumplir la justicia

12 Véase PINO MIKLAVEC, NOEMÍ. *La tutela judicial administrativa de los intereses ambientales (Estudio comparativo de los ordenamientos español y argentino)*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi (Monografía de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental), 2013.

13 MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. “Perspectivas y desarrollos recientes en el derecho

climática es la de ser un mecanismo efectivo y moderno para dar respuesta a los problemas climáticos frente a la inactividad gubernamental. La gran cuestión es qué debe ser considerado como un litigio climático y cuáles son los elementos más relevantes para articular la aplicación del derecho y la experticia técnica y científica a la hora de tomar decisiones judiciales en la materia.

2. LITIGIO ESTRATÉGICO EN ASUNTOS AMBIENTALES

Una de las herramientas fundamentales para superar las barreras en torno al acceso a la justicia ambiental es el litigio estratégico. Por ello, es preciso determinar cuál es el contenido y alcance de este concepto en el marco de las tendencias derivadas de la crisis ecológica y climática actual, así como desarrollar este análisis reconociendo las particularidades y aportes de la región latinoamericana.

El objetivo central de este apartado es caracterizar el litigio estratégico ambiental desde la comprensión de la crisis climática y la justicia ambiental. Para ello, se busca integrar el rol de los movimientos sociales con los aportes de la academia, en especial de las clínicas jurídicas. A su vez, en esa caracterización se visibilizan los aspectos diferenciadores de este tipo de litigio, a saber: la ecologización de los derechos humanos, la amplitud de los conflictos socio-ecológicos y la interseccionalidad de la justicia ambiental.

A partir de lo dicho se abordan en las siguientes líneas dos aspectos centrales en torno al litigio estratégico: su estructuración, concepto y características, y las particularidades del litigio estratégico ambiental.

2.1. ESTRUCTURACIÓN HISTÓRICA DEL LITIGIO ESTRATÉGICO: ACCIÓN SOCIAL, MOVILIZACIONES Y DERECHOS HUMANOS

El litigio estratégico tiene su matriz axiológica en la justicia social y se estructura a partir de la insuficiencia de las acciones judiciales individuales como medio efectivo para la transformación social. Por ello, existe una íntima relación entre esta tipología de litigio y las acciones y las movilizaciones sociales y colectivas. En ese sentido y siguiendo las reflexiones de Coral Díaz *et al.*, el

del Cambio Climático”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas del derecho ambiental en el siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 127-163.

litigio estratégico es una tipología de acción de proyección social que se centra en la utilización del derecho como instrumento transformador de la realidad social, para lo cual selecciona casos de alto impacto que permitan incidir en los debates sobre los derechos y en la formulación de normas y políticas públicas. Por su parte, las acciones colectivas o de proyección social son una estrategia de grupos de movilización social que buscan lograr la cohesión, visibilidad e incidencia para atender necesidades insatisfechas, teniendo como valores centrales la solidaridad, la identidad y la democracia¹⁴.

A partir de la anterior reflexión inicial es preciso mencionar que comúnmente se ha vinculado el inicio del litigio estratégico en Estados Unidos, como consecuencia de la sinergia entre movimientos académicos sociojurídicos, en especial el Realismo Jurídico, y movimientos sociales por la defensa de los derechos de los afroamericanos. Sin embargo y sin desconocer lo mencionado, es fundamental visibilizar las particularidades latinoamericanas, en las cuales convergen procesos sociopolíticos marcados por la defensa de la identidad cultural y la inequidad estructural.

En torno al inicio del litigio estratégico en Estados Unidos es importante señalar que se trata de la convergencia de diversos procesos de acción colectiva y activismo académico. Por lo tanto, más allá de establecer fechas de acontecimientos aislados, es esencial resaltar, como lo menciona Campana, el proceso denominado “campana de litigio estratégico del movimiento afroamericano”, que buscaba atacar las normas que legitimaban la segregación racial en las escuelas públicas de Estados Unidos y que finalizó en 1954 cuando la Suprema Corte dictó la sentencia *Brown v. Board of Education*, propiciando con ello una serie de reflexiones teóricas sobre el derecho como instrumento de cambio social y sobre los jueces como actores políticos, dentro de un nuevo modelo de litigio alternativo al tradicional¹⁵. A partir de los mencionados procesos, temas como la diversidad sexual y la protección ambiental comenzaron a integrarse en el litigio estratégico durante las siguientes décadas, reconfigurándose de conformidad con las coyunturas sociopolíticas y la “nueva” generación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

14 CORAL DÍAZ *et al.* “El concepto del litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”, *Vni-versitas*, n.º 121, 2010, p. 54.

15 CAMPANA, MAXIMILIANO. *Campañas de litigio estratégico y reconocimientos jurídicos al colectivo de la diversidad sexual*, tesis doctoral, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2016, p. 7.

En el sector académico estadounidense, el movimiento “Derecho y Sociedad”¹⁶, derivado de la fuerte influencia del Realismo Jurídico, impulsó durante la década de 1960 la consolidación una nueva mirada del derecho como herramienta para la transformación social. En esa misma época se consolida una propuesta íntimamente ligada al Realismo Jurídico, la enseñanza clínica del derecho, “impulsada desde los años 30s del siglo por el profesor Ruso Alexander I. Lyublinsky y el profesor estadounidense William Rowe; preocupados por la inexistencia de una práctica de casos reales en las facultades de Derecho, se cuestionaban sobre la posibilidad de establecer una metodología de discusión de casos teniendo en cuenta la experiencia de las facultades de Medicina”¹⁷. Durante los años siguientes, la enseñanza clínica del derecho se fue posicionando en las facultades de derecho por medio de la creación de clínicas jurídicas, como un método que integra la investigación, la docencia y la proyección social desde la práctica del derecho.

En el ámbito latinoamericano es casi imposible generalizar una concepción única de litigio estratégico. Sin embargo, sí es posible señalar que la propiedad de la tierra y la defensa del territorio, y, a partir de la década de 1980, la neoliberalización de lo público y la “guerra” contra las drogas, constituyen ejes centrales de los modelos de desarrollo latinoamericanos, pero a la vez transversales a la defensa del interés público y a la protección del ambiente, en la medida en que condicionan la efectividad de la garantía de los derechos humanos. De ahí la sinergia entre los movimientos sociales y las ONG que impulsaban el litigio estratégico y las acciones colectivas con el surgimiento de las clínicas jurídicas, en especial en la década de 1990 y en el nuevo milenio. Como lo señalan Coral Díaz *et al.*, “muchas de las clínicas latinoamericanas asumen un concepto más claro de litigio estratégico, trabajan más en litigio al interior de sus países y empiezan a utilizar diversos instrumentos, entre los cuales la incidencia en políticas públicas, el uso de diversas herramientas

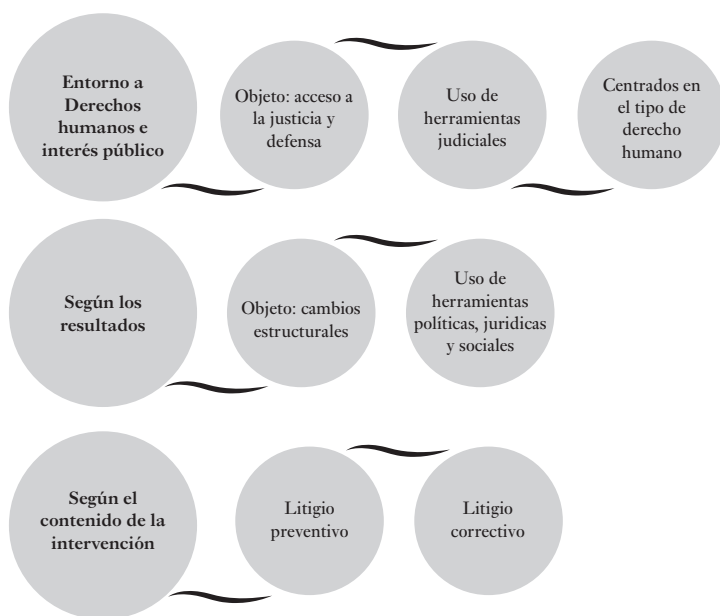
16 El movimiento Derecho y Sociedad surge en 1964 con la inauguración de la Asociación Derecho y Sociedad, y se enfoca en tres aspectos esenciales: el estudio del derecho tal como este opera en la realidad social (*law-in-action*); la investigación empírica basada en las ciencias sociales, y una concepción política progresista y reformista. En esencia, este movimiento se concentró en el estudio crítico y empírico de los procesos institucionales. Véase GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *Sociología jurídica. Teoría y sociología jurídica en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, pp. 5-6.

17 CASTRO BUITRAGO, ERIKA. “Perspectivas de la enseñanza clínica del derecho en Colombia”, *Opinión Jurídica*, vol. 3, n.º 5, p. 164.

de participación y el cabildeo legislativo se han convertido en instrumentos novedosos y de gran utilidad”¹⁸. Lo anterior evidencia la insuficiencia de las herramientas jurídicas tradicionales para atender las graves, estructurales e históricas violaciones de derechos humanos, en especial aquellas ligadas a los grupos sociales marginados y oprimidos.

A partir del breve recuento antes brindado, es preciso acercarse al concepto y a las características del litigio estratégico. Para ello, se presenta a continuación un mapa de las principales definiciones, procurando articular algunos aportes de autoras y autores destacados:

FIGURA. PERSPECTIVAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO



Fuente: elaboración propia, a partir de Coral Díaz *et al.* “El concepto del litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”, en *Vniversitas*, n.º 121, 2010, pp. 53-54.

El anterior mapa, elaborado sobre la base del análisis de Coral Díaz *et al.*, integra tres grandes perspectivas: 1. En torno a los derechos humanos y el interés público, que abarca a su vez definiciones que se enfocan en el acceso a la justicia, el uso de herramientas judiciales y la tipología de los derechos humanos que buscan protegerse; 2. Según los resultados, es decir, de acuerdo

18 *Ibid.*

con el impacto sociojurídico y político que se busca, que se puede referir a la obtención de cambios estructurales y el uso de diversas herramientas (políticas, jurídicas y sociales), y 3. Según el momento de intervención, se dividen en definiciones que se enfocan en la etapa previa y se denominan litigios preventivos y aquellos que atienden una vulneración de derechos, es decir, litigios correctivos.

A manera de cierre de este primer apartado y antes de abordar el tema ambiental, es importante mencionar las características principales del litigio estratégico. En ese sentido, cabe precisar, como lo menciona Puga, que existen en el ámbito de los derechos humanos una serie de conceptos que se utilizan como sinónimos y que comparten características y objetivos comunes; estos son: litigio complejo, estructural, de impacto, de interés público y estructural.

Entre los objetivos comunes se destacan: lograr un efecto significativo sobre las políticas públicas o la legislación, generar visibilidad para los grupos menos favorecidos y sus problemáticas, y reformar instituciones públicas deficitarias. Y respecto a las características resaltan: la participación de una multiplicidad de actores procesales en el litigio, el uso de herramientas judiciales colectivas para la protección de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y la existencia de un hecho común, o causa común estructural, que da origen al conflicto que se judicializa¹⁹.

2.2. LITIGIO ESTRATÉGICO AMBIENTAL ANTE LA CRISIS CLIMÁTICA

Un punto de partida es y deber ser el reconocimiento de la crisis climática como una crisis civilizatoria. Más allá del origen práctico ligado a la matriz energética, basada en los combustibles fósiles, como pilar del sistema económico global, es fundamental vincular el cambio climático con los principios y valores que guían la relación del ser humano con la naturaleza. Es así por cuanto tenemos claridad sobre las alteraciones que como sociedad global hemos causado a los ciclos naturales, pero no sobre la necesidad de transitar hacia otros procesos y modelos que reconozcan esa limitación y modificación esencial de las condiciones que hacen posible la vida. Los llamados de científicos sobre la

19 PUGA, MARIELA. *Litigios complejos y la cuestión terminológica*. [en línea] ResearchGate, diciembre de 2016, p. 3 [consultado el 21/04/2020], disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/311674965>

superación de la capacidad planetaria de mantener nuestros sistemas productivos, la pérdida y devastación de ecosistemas y el aumento del calentamiento global como en ningún otro momento de la historia humana se contrastan con las violaciones estructurales e históricas de los derechos ambientales de aquellos grupos tradicionalmente marginados y oprimidos.

Es preciso reconocer que iniciativas como los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2015^[20] y las soluciones basadas en la naturaleza²¹ aportan a la mitigación de las problemáticas ambientales. Sin embargo, se debe también valorar la insuficiencia de estas iniciativas y, por lo tanto, la necesidad de integrar los derechos humanos en las políticas de desarrollo y la protección ambiental. Como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe una íntima relación en esos tres aspectos, en la medida en que:

i) el tráfico ilícito y la gestión y eliminación inadecuadas de productos y desechos tóxicos y peligrosos constituyen una amenaza grave para los derechos humanos, incluidos el derecho a la vida y [el derecho] a la salud; ii) el cambio climático tiene repercusiones muy diversas en el disfrute efectivo de los derechos humanos, como los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda y la libre determinación, y iii) la degradación ambiental, la desertificación y el cambio climático mundial están exacerbando la miseria y la desesperación, con consecuencias negativas para la realización del derecho a la alimentación, en particular en los países en desarrollo²².

Por lo antes mencionado, el litigio estratégico ambiental cuenta con una serie de particularidades, entre las que se destacan:

a. *La ecologización de los derechos humanos vinculada a la transversalización de la protección ambiental.* La magnitud de la crisis climática y ecológica trae como consecuencia la necesidad de ampliar el contenido y alcance del ambiente como bien jurídico. En ese sentido, la Corte Constitucional señala sobre el ambiente: (i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se

20 Véase Naciones Unidas. Agenda 2030 [en línea], [consultado el 21/04/2020], disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

21 Véase UNESCO. Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos 2018: soluciones basadas en la naturaleza para la gestión del agua [en línea], [consultado el 21/04/2020], disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261494>

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 noviembre de 2017 “Medio Ambiente y Derechos Humanos” [en línea], [consultado el 21/04/2020], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose, junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de perseguir el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país, y (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del mismo al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección²³.

La transversalidad antes descrita ha propiciado lo que algunos autores denominan la ecologización de los derechos humanos, la cual, en esencia, según Peña Chacón, hace referencia a la influencia que ejerce el derecho al ambiente sano sobre una serie de derechos humanos con los cuales se encuentra íntimamente vinculado, por lo cual, y considerando que los daños ambientales afectan especialmente a poblaciones vulnerables, estos derechos relacionados deben ser interpretados y aplicados de forma sinérgica, conjunta y armónica con el derecho al ambiente sano para lograr la más óptima solución a los conflictos jurídicos de carácter social, económico y ambiental²⁴.

b. *El contenido amplio de los conflictos socio-ecológicos²⁵ y por lo tanto de las personas vinculadas a la defensa ambiental.* La transversalidad mencionada en el primer punto tiene especiales efectos en la definición del contenido y alcance de los conflictos socioecológicos. Por ello, en muchas de las personas vinculadas a la defensa ambiental que desarrollan litigio estratégico confluyen otros intereses, como pueden ser la equidad de género y la salud pública.

Lo anterior es especialmente relevante en el contexto latinoamericano, una región con los índices más altos de conflictividad socioecológica y de asesinatos

23 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-325 de 2017, exp. T-5.603.544, “Acción de tutela instaurada por Orlando Jiménez Cáceres, en representación de la comunidad residente en la región Salinas del Municipio de Rionegro, Santander, contra los propietarios de la Hacienda La Yaruma”, M.P.: Aquiles Arrieta Gómez.

24 PEÑA CHACÓN, MARIO. “Ecologización de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional costarricense”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. LXIX, n.º 274, 2019, p. 782.

25 El parágrafo del artículo 3 de la Resolución 2035 de 2018 define los conflictos socioambientales como “las tensiones, desacuerdos o confrontaciones respecto al acceso, uso, manejo y protección de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos; la distribución de sus beneficios; la implementación normativa y el acceso o desconocimiento de información ambiental”.

de personas vinculadas a la defensa ambiental. Por ello, son fundamentales los tres indicadores previstos por el Acuerdo de Escazú en su artículo 9 sobre “Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales”: i) garantizar un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad; ii) tomar las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso; y iii) tomar medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos²⁶.

c. Las interseccionalidades derivadas de la amplitud de la justicia ambiental. Como se manifestó en el apartado sobre acceso a la justicia ambiental, los temas de equidad, participación y derechos humanos están íntimamente ligados a esta modalidad de justicia. Por ello es fundamental, además de comprender la amplitud de la justicia ambiental en el marco de la crisis climática, es decir, más allá de la distribución y como parte del modelo de desarrollo, entender que también se refiere a las “condiciones institucionales necesarias para el desarrollo y ejercicio de las capacidades individuales, de la comunicación colectiva y de la cooperación”²⁷.

La interseccionalidad derivada de la amplitud antes descrita implica, entre otros aspectos, la integración de los factores estructurales de discriminación vinculados, por ejemplo, a la pobreza, el género y la etnia. Esto complejiza pero, a su vez, enriquece el litigio estratégico ambiental, en la medida en que lo obliga a generar procesos dialógicos con otras disciplinas y por lo tanto a la integración de diversos agentes en la búsqueda de alternativas de solución reales, sistémicas y efectivas.

Considerando lo antes mencionado, se propone la definición de litigio estratégico en asuntos ambientales como: proceso dialógico, incluyente e

26 CEPAL. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe [en línea], [consultado el 21/04/2020], disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

27 YOUNG, IRIS MARION. *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000, p. 71.

interdisciplinar, por medio del cual se desarrollan herramientas jurídicas, sociales y políticas de alto impacto, con el propósito de prevenir los conflictos socioecológicos y garantizar los derechos ambientales y el acceso a la justicia ambiental.

3. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL ROL DE LOS JUECES FRENTE A LA CRISIS CLIMÁTICA. ESTUDIO DE CASOS

En la última década, las preocupaciones de la sociedad en torno a los efectos del cambio climático se han intensificado en razón del aumento exponencial de la concentración de gases de efecto invernadero y los consecuentes impactos sociales, económicos y ambientales. Esto ha generado el incremento de la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones relativos a la mitigación y adaptación al cambio climático con el propósito de verificar que, a nivel interno, los países adopten las medidas y acciones necesarias para el cumplimiento de las metas y compromisos asumidos a nivel internacional en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático²⁸.

En desarrollo del control ciudadano frente al Estado, en varios países se ha identificado la ausencia de medidas concretas y avances significativos para el cumplimiento de las metas de mitigación y las obligaciones de adaptación en el marco del derecho internacional del cambio climático²⁹. Esto ha impulsado a los ciudadanos a interponer acciones judiciales contra los Estados con el objetivo de exigir la reducción de los gases de efecto invernadero, el acceso a la información ambiental, la inclusión del cambio climático en las evaluaciones

28 Para un estudio sobre los diferentes casos de litigio climático en el mundo, véase BANDA, MARIA. *Climate Science in the Courts. A Review of U.S. and International Judicial Pronouncements*, Washington, Environmental Law Institute, 2020.

29 La responsabilidad de los ciudadanos frente al cambio climático también se concreta en la participación en debates públicos y la preocupación sobre las implicaciones intergeneracionales del cambio climático, y las responsabilidades y derechos de la sociedad; en concreto, el litigio climático contribuye a solucionar muchas de las complejidades legales, éticas, económicas y sociales del cambio climático en los países, toda vez que en las decisiones judiciales se decide sobre las responsabilidades y derechos de los gobiernos y de la ciudadanía teniendo como base el estudio científico de las causas y efectos del cambio climático. Véase AVERILL, MARILYN. "Climate Litigation: Ethical Implications and Societal Impacts", *Denver University Law Review*, vol. 85, n.º 4, 2008, p. 900.

ambientales, la protección de los derechos humanos, la adopción de medidas de adaptación y/o la protección de la biodiversidad y los ecosistemas³⁰.

Con base en lo anterior, este apartado pretende analizar cuatro casos llevados a instancias judiciales en los cuales las cortes o tribunales han tomado decisiones que buscan avanzar hacia la justicia climática a través del reconocimiento de las obligaciones de los Estados frente al cambio climático, su relación con los derechos humanos y la necesidad de adoptar medidas concretas e inmediatas para cumplir los objetivos de los tratados internacionales. En los cuatro casos se analizarán las peticiones de los demandantes, los principios, pruebas y argumentos tenidos en cuenta por el juez para tomar la decisión y la efectividad de las decisiones para combatir el cambio climático.

3.1. URGENDA VS. PAÍSES BAJOS

La fundación Urgenda interpuso una acción contra el Estado de Países Bajos por considerar que el nivel de emisiones de gases de efecto invernadero del país era contrario a derecho y que ello era responsabilidad del gobierno. Frente a esta situación, solicitó declarar que ese volumen de emisiones era contrario a derecho y que la actuación del Estado no se ajustaba al ordenamiento jurídico toda vez que su política establecía una reducción de emisiones del 23% en relación con las emisiones de 1990 para el año 2020, por lo cual se debía ordenar al Estado la reducción del 40%, o al menos el 25%, de las emisiones de gases de efecto invernadero para el año 2020.

En el año 2015, la sala de asuntos comerciales de la Corte del Distrito de La Haya falló a favor de los demandantes y declaró que el Estado incumplió el deber de cuidado al establecer una meta de reducción de gases de efecto

30 Las peticiones en contra de los gobiernos pueden dividirse en cuatro grupos: i) casos en los que se buscan acciones sustanciales de mitigación y adaptación frente al cambio climático. Acá se promueven la expedición de estatutos, normas y políticas para la lucha contra el cambio climático; ii) casos en los que se busca realizar estudios de impacto ambiental y trámites procesales encaminados a la planeación de los recursos naturales y de la tierra que tengan en cuenta el cambio climático en el marco de la adopción de políticas de planeación del Estado; iii) casos en los que se busca la protección de los derechos humanos de los ciudadanos frente a la respuesta del gobierno al cambio climático, así como la petición de acceso a la información y de garantía de la participación en la toma de decisiones, y iv) casos que se refieren a la difusión del cambio climático por parte del gobierno. Véase WILENSKY, MEREDITH. "Climate Change in the Courts: An assessment of non-U.S. Climate Litigation", *Duke Environmental Law & Policy Forum*, vol. XXVI, 131, 2015, pp. 137-138.

invernadero por debajo del 25% en relación con 1990 para el año 2020^[31]. Además, dictaminó que el Estado debía tomar acciones adicionales para reducir la emisión de gases de efecto invernadero, asegurando para el año 2020 una reducción de al menos un 25% de las emisiones en relación con las de 1990.

En relación con el deber de cuidado, la Corte tuvo en cuenta los objetivos de la política europea de cambio climático, los principios en los cuales se basa y la discrecionalidad del Estado para definir cómo satisfacer este deber de cuidado, para lo cual consideró el conocimiento científico en torno a los impactos del cambio climático y las acciones y omisiones del Estado de acuerdo con el principio de precaución³² y el costo-beneficio de las medidas. En este punto, concluyó que el Estado tiene un deber de cuidado de adoptar medidas de mitigación para lograr cumplir la meta de que el aumento de temperatura no supere los 2 °C.

De igual forma, tuvo en cuenta los informes del Panel Intergubernamental de Cambio Climático en los que se afirma que, para garantizar que el aumento de la temperatura no supere los 2 °C en el año 2050, los países del Anexo I deben reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero, para el año 2020, entre un 25% y un 40% en relación con las emisiones de 1990. A partir de tal estándar, la Corte concluye que postergar la adopción de acciones de mitigación incrementa la concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera, contribuyendo así al aumento del cambio climático y a la probabilidad de ocurrencia de impactos negativos, lo cual constituye un incumplimiento al deber de cuidado del Estado.

En 2018 la Corte de Apelación de La Haya ratificó la sentencia de la Corte Distrital basada en los informes del Panel Intergubernamental de Cambio Climático, que concordaban con la posición de los institutos nacionales y las agencias ambientales del país que sostuvieron que la meta de reducción de emisiones del gobierno no era suficiente para cumplir con el Acuerdo de

31 Países Bajos. Corte Distrital de La Haya, Sala de Asuntos Comerciales. Caso n.º 200.178.245/01. Sentencia del 24 de junio de 2015, 4.85-4.89.

32 El principio de precaución en el litigio climático ha sido utilizado como base para resolver los desafíos probatorios que genera el vincular los impactos del cambio climático a una fuente específica de emisiones, por lo que frente a la incertidumbre científica y los vacíos en la evidencia de este vínculo se ha utilizado tal principio para declarar la responsabilidad de entidades públicas y adoptar decisiones encaminadas a prevenir los daños generados por el cambio climático. Véase AKINYI OUKO, LYDIA. "Applying the Precautionary Principle to Address the 'Proof Problem' in Climate Change Litigation", *Tilburgh Law Review*, 2016, p. 52.

París, por lo que mantuvo la orden de reducir para el año 2020 las emisiones de gases de efecto invernadero en un 25% respecto a las emisiones de 1990^[33].

En esta oportunidad, la Corte estudió el deber de cuidado del Estado conforme a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y, en concreto, en relación con la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida, establecido en el artículo 2, y los derechos a la vida privada, a la familia y a la vivienda, establecidos en el artículo 8. De acuerdo con la Corte, el cambio climático representa una amenaza real para las generaciones presentes y futuras que puede generar la pérdida de vidas y la alteración de la vida familiar, y los artículos 2 y 8 implican que el Estado tiene un deber de cuidar a los ciudadanos frente a esta amenaza, lo cual se concreta en la obligación de reducir las emisiones en al menos un 25% para el año 2020, pues solo de este modo se logrará alcanzar la meta de los 2 °C.

Finalmente, en diciembre de 2019 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia rechazó la solicitud de casación de la sentencia de la Corte de Apelación interpuesta por el Estado y mantuvo la orden de reducir las emisiones en un 25% para el año 2020^[34]. Los argumentos que esta Corte tuvo en cuenta para su decisión fueron la obligación de tomar medidas para proteger los derechos humanos frente a posibles daños inminentes, incluyendo los ambientales, la obligación de reducir las emisiones en proporción a su responsabilidad compartida, los estándares científicos y la necesidad de que los países del Anexo I reduzcan sus emisiones entre un 25% y un 40% para el año 2020, y la aplicación del principio de precaución.

Este caso ha sido criticado por considerar que la decisión judicial interfiere en la política ambiental del Estado, a pesar de que las tres cortes señalan que su objetivo es buscar la protección legal de los derechos humanos respetando la facultad del Gobierno de definir las políticas del país, por lo que el gobierno tiene la discrecionalidad de definir cómo cumplir la orden de reducir sus emisiones en un 25% para el año 2020. A pesar de las críticas, la realidad es que a través de una decisión judicial se logró que el Estado asumiera una posición más ambiciosa en sus metas de mitigación, de tal manera que se articulara a

33 Países Bajos. Corte de Apelación de La Haya. División de Derecho Civil. Caso n.º 200.178.245/01. Sentencia del 9 de octubre de 2018, 71-73.

34 Países Bajos. Corte Suprema de Justicia. División de Derecho Civil. Caso n.º 200.178.245/01. Sentencia del 20 de diciembre de 2019.

las metas y objetivos del Acuerdo de París con el fin de mantener el aumento de la temperatura por debajo de los 2 °C y así proteger los derechos humanos.

3.2. *LEGHARI VS. PAQUISTÁN*

Asghar Leghari interpuso una acción de interés público contra el gobierno de Paquistán debido a su inacción, demora y ausencia de compromiso frente a los impactos del cambio climático pese a que el país ya está experimentando varios de ellos, como las inundaciones que han generado consecuencias sociales y económicas para los ciudadanos, incluyéndolo a él en su actividad como agricultor. Frente a esta situación, consideró que la inacción del Estado vulneraba sus derechos fundamentales al encontrarse en riesgo la protección de los recursos naturales esenciales para su subsistencia.

En septiembre de 2015, el juez dictaminó que los impactos del cambio climático en el país se concretan en inundaciones y sequías que inciden en la seguridad hídrica y alimentaria, por lo que se requieren acciones para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente el derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente sano y a la dignidad humana³⁵. Además, señaló que estas acciones deben responder a los principios de democracia, equidad y justicia económica y social, así como a los principios de precaución, desarrollo sostenible, evaluación de impacto ambiental y equidad intergeneracional. Esto implica pasar de la justicia ambiental a la justicia climática, que exige monitorear y hacer seguimiento a la respuesta del gobierno al cambio climático con el propósito de garantizar la protección y el respeto de los derechos constitucionales fundamentales.

A partir de las consideraciones mencionadas, el juez afirmó que la demora del Estado en implementar la Política Nacional de Cambio Climático y su Plan de Trabajo vulneraba los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que ordenó la creación de una comisión de cambio climático integrada por representantes de los ministerios, departamentos del gobierno y demás autoridades que trabajaban junto con el Ministerio de Cambio Climático en la implementación de la política y el plan de trabajo, así como por ONG y expertos técnicos en la materia. Posteriormente el juez constituyó la comisión, integrada por 26 miembros, y estableció como objetivo la efectiva implementación de la

35 Paquistán. Alta Corte de Lahore del Departamento Judicial. Caso W.P. 25501/2015. Orden judicial del 4 de septiembre de 2015, 7-8.

Política Nacional de Cambio Climático y su Plan de Trabajo (2014-2030), así como los términos de referencia, quórum y funciones³⁶.

En el año 2018, el juez revisó el reporte del presidente de la comisión con los avances logrados desde su constitución, destacando que se logró completar la implementación de 242 acciones priorizadas, equivalentes al 66,11% de las acciones establecidas en el plan de trabajo³⁷. Con base en estos resultados, el juez afirmó que la comisión había logrado su objetivo de sensibilizar al gobierno y a los demás interesados sobre la gravedad y relevancia del cambio climático, y que se avanzó en la construcción de una plataforma para discutir y planificar los asuntos relacionados con esta materia.

De otro lado, el juez señaló que la justicia climática conecta los derechos humanos con el desarrollo para compartir los impactos y beneficios del cambio climático de manera equitativa y justa, y que para ello se debe articular la justicia ambiental con la seguridad hídrica, alimentaria y energética, el desplazamiento humano y el manejo de desastres, entre otros. Por último, disolvió la comisión de cambio climático y creó un comité con la función de brindar apoyo al gobierno, dando de esta manera por concluido el proceso judicial.

La particularidad de este caso radica en el seguimiento realizado por el juez a sus decisiones para garantizar que las medidas ordenadas fueran efectivas, de tal manera que el gobierno avanzara en las acciones necesarias para adaptar el país a la crisis climática y así garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos³⁸. Es decir que a través del acceso a la justicia en materia de cambio climático se logró obtener una decisión que redujera los impactos inequitativos del cambio climático en sus ciudadanos por medio de acciones

36 Paquistán. Alta Corte de Lahore del Departamento Judicial. Caso W.P. 25501/2015. Orden judicial del 14 de septiembre de 2015, 8-11.

37 Paquistán. Alta Corte de Lahore del Departamento Judicial. Caso W.P. 25501/2015. Fallo del 25 de enero de 2018, 18-19.

38 La relación entre el cambio climático y los derechos humanos ha sido reconocida por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y por organizaciones internacionales que promueven estos derechos. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*, Washington, REDESCA, 2019; Pacto Mundial de las Naciones Unidas. *Explorando el futuro de las empresas y los derechos humanos: Ejemplos de buenas prácticas*, Nueva York, 2019; Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (CEPAL/ACNUDH). *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*, LC/TS.2019/94/Corr.1, Santiago, 2019.

de adaptación que fueron promovidas garantizando la participación de todos los interesados.

3.3. *PLAN B EARTH Y OTROS VS. SECRETARÍA DE ESTADO PARA EL TRANSPORTE DEL REINO UNIDO*

La organización Plan B demandó a la Secretaría de Estado para el Transporte del Reino Unido por el desarrollo del proyecto de expansión del aeropuerto de Heathrow en Londres, por considerar que no se tuvieron en cuenta los compromisos de reducción de emisiones asumidos por el Estado en el marco del Acuerdo de París al momento de planear el proyecto, en violación de la Declaración de Urbanismo de 2008 y de la Declaración de los Derechos Humanos, razón por la cual el proyecto no se encontraba ajustado a derecho.

En enero de 2019, el Tribunal Divisional negó las solicitudes de los demandantes por estimar que las obligaciones asumidas en el Acuerdo de París no generan efectos a nivel interno en el país, por lo que no era imperativo tener en cuenta este instrumento al momento de planear el proyecto de expansión del aeropuerto, y que en todo caso es potestad de los Estados determinar la manera de contribuir al cumplimiento del objetivo del tratado, razones por las cuales el proyecto se encontraba ajustado a derecho. En febrero de 2020, la División Civil de la Corte de Apelación revocó la sentencia del tribunal al considerar que la Declaración de Urbanismo exige tener en cuenta la política del gobierno en materia de cambio climático, lo que implica considerar los compromisos asumidos por el Estado en el Acuerdo de París, y en este sentido declaró que el proyecto de expansión del aeropuerto de Heathrow no se encontraba ajustado a derecho y no podía producir efectos jurídicos hasta tanto fuera revisado por la Secretaría de Estado conforme a las disposiciones de la Declaración de Urbanismo³⁹.

La Corte de Apelación basó su decisión en las declaraciones de directivos del gobierno y en documentos oficiales en los que quedó evidenciado que el gobierno incluyó dentro de su política el cumplimiento de las obligaciones de reducción de emisiones asumidas en el marco del Acuerdo de París, por lo que la Secretaría de Estado, al abstenerse de tener en cuenta este tratado en la planeación del proyecto de expansión del aeropuerto, incumplió la obligación

39 Reino Unido. Corte de Apelación. División Civil. Casos C1/2019/1053, C1/2019/1056 y C1/2019/1145. Sentencia del 27 de febrero de 2020, Reino Unido, 249-260.

establecida en la Declaración de Urbanismo de evaluar todos los proyectos de acuerdo con la política del gobierno.

De otro lado, la Corte estableció que la Secretaría de Estado debía revisar el proyecto e incluir un estudio de los impactos climáticos de la aviación adicionales al dióxido de carbono y el efecto de las emisiones de gases de efecto invernadero con posterioridad al año 2050. Finalmente, aclaró que su decisión no significaba que el proyecto de expansión del aeropuerto no fuera compatible con el Acuerdo de París, sino que la decisión únicamente reflejaba un estudio de legalidad en el sentido de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para la planeación del proyecto.

La relevancia de esta decisión en la lucha contra el cambio climático radica en que, frente a la ausencia de mecanismos en el marco del derecho internacional del cambio climático que exijan el cumplimiento de los compromisos de la contribución nacionalmente determinada (CND), el derecho interno de cada país puede incluir estas obligaciones para permitir garantizar el logro del objetivo del Acuerdo de París; un ejemplo de ello es que puede exigirse el análisis del impacto de un proyecto, obra o actividad en el cumplimiento de estos compromisos. En este sentido, promover la inclusión de la variable climática en la planeación de los proyectos u obras estatales puede aumentar la efectividad de las acciones para luchar contra el cambio climático en la medida en que se garantiza que todo proyecto a largo plazo tenga en cuenta su impacto en las metas de mitigación y adaptación al cambio climático, por lo que es posible observar la efectividad de esta decisión para avanzar en el cumplimiento de los compromisos internacionales de reducción de emisiones.

3.4. GENERACIONES FUTURAS VS. MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE Y OTROS

En Colombia, un grupo de niños, adolescentes y jóvenes adultos instauró una tutela contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, los departamentos y municipios de la Amazonía y las autoridades ambientales con jurisdicción en esta área, por considerar que sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a gozar de un medio ambiente sano estaban siendo vulnerados por la falta de adopción de acciones encaminadas a cumplir la obligación, adquirida en el marco de Acuerdo de París y en la Ley 1753 de 2015, de reducir a cero la deforestación en la Amazonía para el año 2020. Los accionantes afirmaron que esta situación impedía mitigar el cambio climático y ponía en riesgo de un perjuicio irremediable el disfrute de sus derechos en un futuro.

En febrero de 2018, el Tribunal Superior de Bogotá negó las pretensiones de la demanda por estimar que el litigio giraba en torno a derechos colectivos, de manera que lo que procedía era la acción popular, no identificándose la necesidad apremiante de adoptar medidas frente a esta situación y no habiéndose acreditado el perjuicio irremediable alegado. En abril de 2018, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió revocar dicha sentencia y proteger los derechos fundamentales de los accionantes⁴⁰.

La Corte consideró que en este caso el derecho al medio ambiente sano tenía conexidad con los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana de las generaciones presentes y futuras, e hizo énfasis en la importancia nacional y global de conservar la Amazonía dados los beneficios que ofrece al planeta. Además, afirmó que la emisión de gases de efecto invernadero generados por la deforestación contribuye al cambio climático, el cual genera un perjuicio inminente y grave para los accionantes y los demás habitantes del territorio nacional. Frente a esta situación, determinó que eran aplicables los principios de precaución, equidad intergeneracional y solidaridad, los cuales fueron transgredidos por las entidades al no adoptar medidas eficaces para hacer frente a la deforestación, lo que a su vez constituye un desconocimiento de las obligaciones internacionales del Estado y una vulneración a garantías constitucionales fundamentales como aquellas referidas al agua, al aire, a la vida y a la salud, entre otras.

Así mismo, la Corte declaró que las entidades habían incumplido con sus funciones relacionadas con la protección de la Amazonía y ordenó: la formulación de un plan de acción para contrarrestar la deforestación, la construcción de un Pacto Intergeneracional por la Vida del Amazonas Colombiano, la actualización e implementación de los planes de ordenamiento territorial y la elaboración de un plan de acción con medidas policivas, judiciales o administrativas para enfrentar los problemas que causan la deforestación.

Esta sentencia ha sido objeto de críticas relacionadas con la declaratoria de la Amazonía como sujeto de derechos y la efectividad de esta decisión para reducir la deforestación⁴¹, así como por la falta de soporte científico riguroso de la afirmación de que la deforestación en la Amazonía provoca un perjuicio

40 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC 4360-2018. Sentencia del 5 de abril de 2018, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

41 Véase GARCÍA PACHÓN, MARÍA (ed.). *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en prensa.

inminente y grave para todos los habitantes del territorio nacional. También se ha cuestionado la efectividad de las órdenes de esta sentencia para combatir la deforestación y reducir la emisión de gases de efecto invernadero. A pesar de estas críticas, debe reconocerse que la sentencia permite visibilizar la problemática del cambio climático en el país y la necesidad de que el Estado adopte medidas más rigurosas encaminadas a la mitigación y adaptación conforme a los compromisos internacionales, así como a mejorar la efectividad de las acciones impulsadas para este fin.

El análisis de estos cuatro casos conduce a afirmar que el acceso a la justicia en materia de cambio climático es una herramienta que permite fortalecer la participación de la ciudadanía con el propósito de exigirle al Estado la adopción de medidas concretas encaminadas al cumplimiento de los compromisos adquiridos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, y específicamente aquellos establecidos en las contribuciones nacionalmente determinadas del Acuerdo de París⁴². En este sentido, los jueces están jugando un papel relevante en la búsqueda de la justicia climática en el derecho interno de cada país, al interpretar la normatividad de protección de los derechos humanos y las obligaciones de protección de la naturaleza a la luz del derecho del cambio climático para obligar a los Estados a avanzar en las acciones necesarias para cumplir las metas de reducción de emisiones y adaptar el territorio nacional a los efectos de esta problemática.

4. LITIGIO CLIMÁTICO: ESTADO, TENDENCIAS Y CONCEPTUALIZACIÓN

El acceso a la justicia en lo que hace a las problemáticas relacionadas con el cambio climático tiene por objeto exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales de mitigación y adaptación y el logro de las metas de reducción de emisiones encaminadas a mantener el aumento de la temperatura media global por debajo de los 2 °C, metas establecidas en los tratados que hacen parte del régimen jurídico internacional del cambio climático y que tienen

⁴² En ese sentido, los jueces cumplen un papel relevante en la democracia en la medida en que sus conclusiones sobre el cambio climático contribuyen a la educación pública sobre esta materia y a la visibilización de la problemática de acuerdo con las ciencias, y por lo general también resaltan las fallas políticas en las respuestas a este problema. Véase BANDA, MARIA. *Climate Science in the Courts. A Review of U.S. and International Judicial Pronouncements*, Washington, Environmental Law Institute, 2020.

como fin proteger a la humanidad de los impactos negativos de este fenómeno ambiental a nivel mundial.

La justicia climática implica reconocer la relevancia de la participación inclusiva en la manera en que se aborda esta problemática, y una de las modalidades en que se puede garantizar la participación es el acceso a la justicia⁴³, pues en el escenario judicial los ciudadanos tienen la posibilidad de manifestar su inconformidad frente a las acciones u omisiones del Estado en materia climática y, a través del litigio estratégico, buscar: 1. El fortalecimiento de los marcos normativos desde los derechos humanos, con especial énfasis en los grupos en situación de vulnerabilidad y en la transversalización jurídica del cambio climático, y 2. La consolidación de sistemas de gestión del cambio climático de manera alineada con rutas o estrategias de transiciones socioecológicas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y, por supuesto, el logro efectivo, incluyente y justo de los objetivos de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Acuerdo de París.

El acceso a la justicia climática presenta diversos obstáculos relacionados con aspectos procedimentales como: la legitimación en la causa por activa al tratarse en su mayoría de pretensiones que buscan la protección de los derechos de la colectividad o por la dificultad de identificar el perjuicio grave que sufre o sufrirá el demandante; dificultades probatorias en razón de la especialidad científica que implica la comprensión del cambio climático; vacíos legales frente al papel del derecho internacional del cambio climático en el ordenamiento jurídico interno de los países; inconsistencias sustantivas vinculadas con los derechos humanos y el reconocimiento integral de los grupos en situación de vulnerabilidad, y en especial, cuestionamientos sobre la fuente legal de las obligaciones que se pretende exigir a los Estados o empresas privadas⁴⁴.

Frente a estos obstáculos, el litigio estratégico utiliza las herramientas establecidas en el ordenamiento jurídico interno de cada país para lograr avanzar en los cambios necesarios para enfrentar el cambio climático. En este sentido, el litigio en materia climática busca garantizar el acceso a la justicia haciendo uso del marco normativo de los derechos humanos y/o promover cambios estructurales en la política encaminados a obtener decisiones que se

43 Véase AVERILL. "Climate Litigation: Ethical Implications and Societal Impacts", cit.

44 Véase Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *The Status of Climate Change Litigation – A Global Review*, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2017, 27-40.

ajusten al marco jurídico internacional; y en cualquier caso, los resultados son tanto preventivos como correctivos, es decir, una decisión judicial en materia climática busca corregir las acciones u omisiones que van en contravía de los postulados del cambio climático, lo que conlleva el impulso de medidas que generan beneficios para mitigar y adaptar al país frente a los futuros impactos y de esta forma desarrollar las necesarias transiciones socioecológicas⁴⁵.

Además de lo anterior, el litigio climático tiene un efecto directo en la educación sobre el cambio climático⁴⁶ y puede influenciar a la opinión pública en torno a esta problemática, lo que aumenta la capacidad de participación de la ciudadanía y puede desencadenar mayores presiones sobre el gobierno para que adopte acciones a nivel local e internacional, esto al promover el debate público sobre las actividades que aquel debería o no realizar para dar respuesta al cambio climático, y sobre la medida en que sería responsable por su participación en la producción de gases de efecto invernadero, así como sobre los derechos y responsabilidades de los gobiernos y las empresas⁴⁷.

De otro lado, el litigio climático pretende que el juez tenga un papel activo en la democracia, por cuanto su actividad deberá verificar que en las decisiones políticas adoptadas en el marco de la lucha contra el cambio climático se incluyan medidas y acciones necesarias para respetar y garantizar los derechos humanos⁴⁸; y, en caso de no ser así, la decisión judicial impactará la forma en que el ejecutivo desarrolla sus funciones relacionadas con la política climática

45 Ahora bien, existen algunos órganos internacionales en materia de estructura internacional que están dando unas pinceladas o bosquejos de casos climáticos donde se aborda el binomio jurídico entre justicia y cambio climático. A este respecto señalamos unos “primeros intentos” de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para abordar las responsabilidades climáticas de los principales emisores de GEI; también el papel que ha desarrollado el Comité del Patrimonio Mundial de la Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre la base de la Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural; al igual que las denuncias recibidas por el incumplimiento de las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales.

46 Cumpliendo con los mandatos establecidos en el artículo 6, “Educación, formación y sensibilización del público”, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático; el artículo 12 del Acuerdo de París, y el artículo 28 de la Ley 1931 de 2018 sobre gestión del cambio climático en Colombia.

47 AVERILL. “Climate Litigation: Ethical Implications and Societal Impacts”, cit., p. 900.

48 Con base en la teoría de Habermas, Burgers afirma que los jueces protegen la democracia cuando aseguran la protección de los derechos fundamentales, y que este es el fundamento que legitima a los jueces a adoptar decisiones en materia de cambio climático cuando el ejecutivo fallan en actuar frente a esta problemática conforme a los derechos humanos. Véase BURGERS,

del país. Burgers afirma que este ejercicio refleja la constitucionalización del medio ambiente, puesto que el cambio climático ha pasado del escenario de debate político al judicial; así las cosas, la protección de la naturaleza es ahora una cuestión de importancia constitucional que legitima a los jueces a ordenar la adopción de acciones en materia climática⁴⁹.

Una de las principales estrategias en el litigio climático consiste en realizar una interpretación evolutiva de las disposiciones convencionales y constitucionales en materia de derechos humanos; es decir que se busca interpretar las obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos a partir de los impactos que el cambio climático genera en el disfrute y goce de los mismos⁵⁰. Para ello, se tiene en cuenta el soporte científico que demuestra que los derechos humanos se verán vulnerados por los efectos del cambio climático en un futuro, frente a lo cual el derecho de los derechos humanos obliga a los Estados a adoptar medidas para evitar que se causen perjuicios graves e irremediables a los derechos de los ciudadanos, lo que implica adoptar acciones de mitigación y adaptación⁵¹, atendiendo especialmente a los grupos en situación de vulnerabilidad.

Esta estrategia se ve reflejada en los casos *Urgenda vs. Países Bajos* y *Generaciones futuras vs. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible*, en los que los jueces realizaron un análisis de las obligaciones en materia de cambio climático que se desprenden de la obligación general de proteger y garantizar los derechos humanos convencionales y/o constitucionales. Con más detalle, el

Laura. "Should Judges Make Climate Change Law?", *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2020, pp. 55-75.

49 *Ibid.*

50 Esta estrategia también busca demostrar que el régimen de los derechos humanos permanece vigente, y que cuenta con la flexibilidad necesaria para dar respuesta a los retos actuales de los derechos humanos, incluyendo el cambio climático y superando los obstáculos que impone la especialidad científica de esta materia. Véase AVERILL, MARILYN. "Linking Climate Litigation and Human Rights", *Review of European Community & International Environmental Law*, 18, 2, 2009, pp. 139-147.

51 Este discurso es relevante en los países en desarrollo debido a su alta vulnerabilidad a los riesgos del cambio climático, los cuales afectan los recursos necesarios para la supervivencia de las poblaciones, profundizando las brechas de pobreza y desarrollo económico. Por ello, el litigio basado en los derechos humanos es ampliamente utilizado en estos países, buscando el cumplimiento de la legislación ambiental vigente para exigir acciones de mitigación y adaptación al cambio climático. Véase SETZER, JOANA y BENJAMIN, LISA. "Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations", *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2020, pp. 77-101.

juez en el caso *Leghari vs. Paquistán* consideró que la relación entre el cambio climático y los derechos humanos era una cuestión de justicia climática por la inequitativa distribución de sus impactos, lo que también generaba efectos en la justicia hídrica y en el acceso de la población a los recursos para su subsistencia.

Lo anterior se refuerza con los principios del derecho ambiental, específicamente, los principios de precaución y de equidad intergeneracional, los cuales han sido utilizados por los jueces para soportar los aspectos probatorios de la relación entre las acciones del gobierno en la actualidad y los impactos futuros del cambio climático en los derechos humanos, así como la obligación de adoptar medidas inmediatas para proteger los derechos humanos de las generaciones venideras.

Esta estrategia tendrá cada vez mayor fuerza en Colombia debido a la vulnerabilidad al cambio climático y a la consecuente afectación de los derechos humanos de las poblaciones rurales más pobres del país, lo que hace que ante la ausencia de acciones de adaptación se busque, por medio del litigio climático, la implementación de medidas encaminadas a evitar perjuicios irremediables en las poblaciones más vulnerables⁵².

El litigio climático también promueve la interpretación de disposiciones normativas internas a partir del derecho internacional del cambio climático de tal manera que los compromisos asumidos a nivel internacional se conviertan en vinculantes en el derecho interno, de manera de fortalecer la gobernanza climática y hacer cumplir las obligaciones internacionales; es decir, se busca que el juez defina que el cumplimiento efectivo de una obligación establecida en el derecho interno requiere la observancia de los compromisos internacionales⁵³.

Para que el litigio estratégico sea efectivo y logre sus objetivos estructurales es necesario que en los procesos judiciales se desarrollen de manera dialógica,

52 Sin duda, la problemática del cambio climático ha irrumpido con fuerza en la esfera pública y en el debate político, convirtiendo a los desplazados o refugiados medioambientales en los destinatarios de la justicia climática; aunque antes de ello urge construir un concepto que sea aceptado internacionalmente, tanto para los desplazados ambientales como para los refugiados ambientales; se trata de contar con un régimen jurídico aplicable a estas dos categorías, así como con una movilización financiera para empezar a dar soluciones a las necesidades básicas insatisfechas de estas personas.

53 En todo caso, la capacidad del juez para definir la relación entre el derecho interno y el derecho internacional del cambio climático dependerá de las facultades que le otorga la normatividad procesal en cada país. Véase SAIGER, ANNA-JULIA. “Domestic Courts and the Paris Agreement’s Climate Goals: The Need for a Comparative Approach”, *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2020, pp. 37-54.

en especial cuando se vinculen comunidades étnicas. Es decir, es preciso que existan mecanismos de acceso a la información diferencial y de participación incluyente y oportuna en todo el litigio climático, permitiendo conocer e integrar los conocimientos tradicionales de estas comunidades.

Wegener considera que el Acuerdo de París adoptado en el año 2015 otorgó más fuerza al litigio climático al interior de los países al abrir la posibilidad de un litigio con una perspectiva multinivel, en el que el derecho internacional interactúa con las disposiciones internas para crear sinergias y buscar la adecuada implementación y efectividad de ambos ordenamientos jurídicos⁵⁴. En otras palabras, el autor señala que el Acuerdo de París y sus metas de reducción de emisiones y las contribuciones nacionalmente determinadas de los Estados pueden ser aportes muy valiosos en el litigio estratégico cuando se sincronizan con los objetivos del ordenamiento jurídico nacional, y en especial, con argumentos basados en la relación entre el Acuerdo de París y los derechos humanos. Asimismo, el litigio climático puede complementar el Acuerdo de París al contribuir a mantener un vínculo entre los estándares internacionales y la política y las leyes nacionales⁵⁵.

Lo anterior está estrechamente relacionado con el propósito de exigir coherencia en la política de cada Estado, es decir, que la contribución nacionalmente determinada en el marco del Acuerdo de París sea coherente con las medidas y acciones que se diseñan, formulan e implementan a nivel nacional⁵⁶. Esto es posible observarlo en el caso *Plan B Earth y otros vs. Secretaría de Estado para el Transporte del Reino Unido*, en el cual la Corte afirmó que las manifestaciones del ejecutivo sobre su compromiso con el Acuerdo de París como política de Estado debían verse reflejadas en la actuación del ejecutivo en la planeación de sus actividades económicas.

54 WEGENER, LENNART. “Can the Paris Agreement Help Climate Change Litigation and Vice Versa?”, *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2020, pp. 17-36.

55 *Ibid.*

56 Las “contribuciones previstas y determinadas a nivel nacional” (*intended nationally determined contributions*, INDCs) deben ser modificadas desde la COP en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas contra el Cambio Climático y el Acuerdo de París, para hacer cambios estructurales e incorporar el enfoque de género desde la planificación; los compromisos nacionales deben respetar los derechos humanos y la equidad intergeneracional, incluir compromisos en materia de ordenamiento territorial para disminuir vulnerabilidades, garantizar seguridad alimentaria y promover el desarrollo de una agricultura y una ganadería bajas en emisiones y adaptadas al cambio climático, así como garantizar la seguridad hídrica.

Esta última tendencia de exigir coherencia al Estado en las actividades que realiza el ejecutivo puede intensificarse en los próximos años por ser una medida efectiva para prevenir el desarrollo de acciones gubernamentales que no se ajusten a las metas de mitigación y adaptación de los países. En Colombia puede llegar a exigirse al gobierno tener en cuenta los compromisos en materia climática en los planes de desarrollo, lo cual encuentra soporte legal en la Ley 1931 de 2018, y para ello el acceso a la información y la participación ciudadana son fundamentales.

Conforme a lo anterior, es posible afirmar que el litigio climático permite reforzar las obligaciones asumidas por los Estados en el marco del derecho internacional del cambio climático a través de la interpretación de las disposiciones de derecho interno, y hacer vinculantes y exigir el cumplimiento de las contribuciones nacionalmente determinadas para proteger los derechos humanos de los ciudadanos. Las decisiones judiciales pueden establecer mecanismos de seguimiento que garanticen la participación ciudadana, lo que contribuirá a la justicia climática y a la efectividad tanto de la sentencia como de las acciones de mitigación y adaptación de los países, y en consecuencia contribuirá al logro de las metas de reducción de emisiones globales.

CONCLUSIONES

1. Los jueces nacionales vienen siendo los fiscalizadores del cumplimiento de los compromisos en materia de mitigación y adaptación en cada uno de los Estados, pues los escasos mecanismos de cumplimiento previstos en los instrumentos internacionales son ineficaces para dicha vigilancia. Las acciones judiciales resueltas en los estrados son interesantes en su argumentación y sirven para demostrar que el juez es apto para decidir las pretensiones climáticas. Cada órgano judicial tiene sus particularidades que alimentan la idea de una justicia climática, y muchas de ellas responden a su sistema jurídico, como condiciones generales del acceso a la justicia; sin embargo, todas tienen en común la lucha contra el cambio climático desde los estrados judiciales y la garantía de los derechos de los ciudadanos y de las futuras generaciones.

2. La litigación climática es un fenómeno de actualidad; en realidad, la cuestión apenas comienza a ventilarse en los estrados judiciales en el mundo. Urge que el derecho pueda dar una respuesta eficaz a las pretensiones de los conflictos climáticos presentes en la aldea global. Consideramos que es esencial garantizar un acceso universal a la justicia en materia de cambio climático, en

el camino hacia una justicia climática, considerada como la versión posmoderna de la justicia ambiental.

3. Hoy es tendencia global el llamado “activismo” que acude a tribunales o cortes judiciales para presentar pretensiones relacionadas con el incumplimiento de las medidas de mitigación y adaptación. Si bien el pleito climático es una forma de defender el medio ambiente como patrimonio común de la humanidad, también es el vehículo procesal para buscar el amparo judicial frente a la inactividad de la Administración y a la falta de control sobre las acciones de las empresas en materia de emisiones de GEI, las cuales, de no cambiar, amenazarán la supervivencia de la especie humana.

4. El litigio estratégico ambiental comparte con las otras modalidades de litigio una serie de características comunes, como lo son, por ejemplo, la incidencia en políticas públicas, la visibilización de los grupos en situación de vulnerabilidad y el uso de herramientas judiciales colectivas para la protección de derechos humanos. Sin embargo, existen una serie de particularidades del litigio estratégico que deben ser atendidas, entre las que se destacan: la ecologización de los derechos humanos vinculada a la transversalización de la protección ambiental; el contenido amplio de los conflictos socioecológicos y, por lo tanto, de las personas vinculadas a la defensa ambiental, y las interseccionalidades derivadas de la amplitud de la justicia ambiental.

5. Las decisiones judiciales adoptadas en el marco del litigio climático han reforzado la efectividad del derecho internacional del cambio climático al establecer un nexo entre los compromisos internacionales y el derecho interno, lo que puede generar la vinculatoriedad de las acciones de mitigación y adaptación establecidas por los Estados en sus contribuciones nacionalmente determinadas, y en este sentido, impulsar que los gobiernos cumplan sus obligaciones internacionales y garantizar el cumplimiento de las metas y objetivos establecidos en los tratados internacionales, incluyendo el Acuerdo de París.

REFERENCIAS

DOCTRINA

AKINYI OMUKO, LYDIA. “Applying the Precautionary Principle to Address the “Proof Problem” in Climate Change Litigation”, *Tilburgh Law Review*, 2016.

AVERILL, MARILYN. “Climate Litigation: Ethical Implications and Societal Impacts”, *Denver University Law Review*, vol. 85, n.º 4, 2008.

- AVERILL, MARILYN. “Linking Climate Litigation and Human Rights”, *Review of European Community & International Environmental Law*, 18 (2), 2009, pp. 139-147.
- BANDA, MARIA. *Climate Science in the Courts. A Review of U.S. and International Judicial Pronouncements*, Washington, Environmental Law Institute, 2020.
- BRAÑES, RAÚL. *El acceso a la justicia ambiental en América Latina*, México, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente - PNUMA, 2000.
- BURGERS, LAURA. “Should judges make climate change law?”, *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2020, pp. 55-75.
- CAMPANA, MAXIMILIANO. *Campañas de litigio estratégico y reconocimientos jurídicos al colectivo de la diversidad sexual*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2016.
- CASTRO BUITRAGO, ERIKA. “Perspectivas de la enseñanza clínica del derecho en Colombia”, *Opinión Jurídica*, 2004, vol. 3, n.º 5, pp. 161-168.
- CEPAL. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, p. 42 [en línea], [consultado el 21/04/2020], disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf
- CORAL DÍAZ, ANA MILENA *et al.* “El concepto del litigio estratégico en América Latina: 1990-2010”, *Vniversitas*, n.º 121, 2010, pp. 49-76.
- JORDANO FRAGA, JESÚS. “Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial el principio de legitimación en los contenciosos ambientales”, en AA.VV., *Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007, pp. 115-139.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *Sociología jurídica. Teoría y sociología jurídica en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- PEÑA CHACÓN, MARIO. “Ecologización de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional costarricense”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. LXIX, n.º 274, 2019, pp. 779-822.

PINO MIKLAVEC, NOEMÍ. *La tutela judicial administrativa de los intereses ambientales (Estudio comparativo de los ordenamientos español y argentino)*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi (Monografía de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental), 2013.

PUGA, MARIELA. *Litigios complejos y la cuestión terminológica* [en línea], en ResearchGate, diciembre de 2016 [consultado el 21/04/2020], disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/311674965>.

MORENO MOLINA, ÁNGEL MANUEL. “Perspectivas y desarrollos recientes en el derecho del cambio climático”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas del derecho ambiental en el siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 127-163.

Naciones Unidas. Agenda 2030 [en línea], [consultado el 21/04/2020], disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

NAVARRO BATISTA, NICOLÁS. *Sociedad civil y medio ambiente en Europa*, Madrid, Centro de Documentación Europea - Universidad de Salamanca, Junta Castilla y León y Fondo Europeo de Desarrollo Regional, 2001.

SAIGER, ANNA-JULIA. “Domestic Courts and the Paris Agreement’s Climate goals: The Need for a Comparative Approach”, *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2020, pp. 37-54.

SETZER, JOANA y BENJAMIN, LISA. “Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations”, *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2020, pp. 77-101.

UNESCO. Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos 2018: soluciones basadas en la naturaleza para la gestión del agua [en línea], [consultado el 21/04/2020], disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261494>

WEGENER, LENNART. “Can the Paris Agreement help climate change litigation and vice versa?”, *Transnational Environmental Law*, 9, 1, 2020, pp. 17-36.

WILENSKY, MEREDITH. “Climate change in the courts: an assessment of non-U.S. climate litigation”, *Duke Environmental Law & Policy Forum*, vol. XXVI, 131, 2015, pp. 137-138.

YOUNG, IRIS MARION. *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000.

JURISPRUDENCIA

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-325 de 2017, exp. T-5.603.544. M.P.: Aquiles Arrieta Gómez.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC 4360-2018. Sentencia del 5 de abril de 2018, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 noviembre de 2017, “Medio Ambiente y Derechos Humanos” [en línea], [consultado el 21/04/2020], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- Países Bajos. Corte de Apelación de La Haya. División de Derecho Civil. Caso 200.178.245/01. Sentencia del 9 de octubre de 2018.
- Países Bajos. Corte Distrital de La Haya. Sala de Asuntos Comerciales. Caso 200.178.245/01. Sentencia del 24 de junio de 2015.
- Países Bajos. Corte Suprema de Justicia. División de Derecho Civil. Caso 200.178.245/01. Sentencia del 20 de diciembre de 2019.
- Paquistán. Alta Corte de Lahore del Departamento Judicial. Caso W.P. 25501/2015. Orden judicial del 4 de septiembre de 2015.
- Paquistán. Alta Corte de Lahore del Departamento Judicial. Caso W.P. 25501/2015. Orden judicial del 14 de septiembre de 2015.
- Paquistán. Alta Corte de Lahore del Departamento Judicial. Caso W.P. 25501/2015. Fallo del 25 de enero de 2018.
- Reino Unido. Corte de Apelación, División Civil. Casos C1/2019/1053, C1/2019/1056 y C1/2019/1145. Sentencia del 27 de febrero de 2020.

FELIPE CLAVIJO OSPINA*

CAPÍTULO 2

Una revolución llamada derechos de la naturaleza

A Rights Revolution for Nature

RESUMEN

Los derechos de la naturaleza plantean toda una revolución en la forma en que entendemos el derecho y los derechos. En la ‘naturaleza’, significado y alcance del derecho para comprender y dimensionar un nuevo sujeto legal: las entidades vivas no humanas; y en la capacidad de los derechos para proteger efectivamente estas entidades. Este movimiento y sus instrumentos (las declaratorias de ríos como sujetos de derecho, por ejemplo) surgen frente a la incapacidad del derecho tradicional, en particular del derecho administrativo ambiental, para garantizar la protección de la naturaleza, en tanto históricamente esta ha sido vista como un recurso para explotar y no como un sujeto digno de conservación en sí mismo. El giro teórico-conceptual que se propone en este artículo busca repensar a la naturaleza como un sujeto digno de protección en sí mismo, a partir de una deconstrucción de la noción clásica de personalidad jurídica y del desarrollo de lo que acá se denomina “el lenguaje de la naturaleza” (parte primera); esta deconstrucción, a su vez, permite analizar la superación de las barreras formales de interpretación del derecho occidental que ha supuesto la declaratoria de ríos y otras entidades naturales como “sujeto de derechos” y los desafíos que plantea este paradigma de transición (parte segunda); finalmente, se explora la necesidad de desarrollar un nuevo modelo teórico transdisciplinar, que se nutra de diversas ciencias naturales y sociales (como la biología, la antropología y la filosofía), para lograr la protección efectiva de la naturaleza, a partir de su reinterpretación, en la era del cambio climático (parte tercera).

Palabras clave: naturaleza, persona, derecho, deconstrucción, río, revolución, cambio climático.

ABSTRACT

The rights of nature represent a revolution in the way we understand law and rights. Although nature has historically been understood simply as a resource to exploit, the nature, meaning, and scope of the law are transforming to define a new legal subject: non-human living entities and the rights to effectively

* Profesor e investigador de la Universidad El Bosque (Bogotá, Colombia). Abogado constitucionalista de la Universidad Nacional de Colombia. Contacto: fclavijoo@unbosque.edu.co
ORCID: 0000-0002-7153-2624.

protect these entities. This transformation and its outcomes (e.g. the granting of rights to rivers) point to the failures of traditional law –namely environmental administrative law– to guarantee the protection of nature. In part one, this article proposes a theoretical shift to rethink nature as a subject or entity worthy of protection for its own sake, based on a deconstruction of the classical notion of legal personality and the development of what this author calls language of nature. In part two, this deconstruction leads to an analysis of the formal barriers to a reinterpretation of Western law that declares rivers and other natural entities as a subject of rights, as well as the challenges posed by this new paradigm. Finally, in part three it explores the need to develop a new multidisciplinary theoretical model that draws from various natural and social sciences (i.e. biology, anthropology and philosophy), to effectively defend nature –legally reinterpreted in the era of climate change.

Keywords: nature, law, rights, river, person, deconstruction, revolution, climate change.

I. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA Y LA NECESIDAD DE REPENSAR EL MODELO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

*Climate change and other environmental crises are a direct result
of our failure to align human system of governance with the
fundamental rules of the Earth system of which we are a part.*

Cormac Cullinan, *Wild Law* (2002)

I. INTRODUCCIÓN

Una revolución llamada derechos de la naturaleza da nombre a un texto que se puede leer a partir del encuentro de tres voces en tres lugares diversos, escrito en tiempos diferentes, como si se tratara de una obra polifónica en la que la independencia de las voces se entrelaza y se separa sin afectar el conjunto de la obra musical¹. Tres voces que dialogan entre sí con un objetivo común: ofrecer

¹ Una composición polifónica que recomiendo, y que permite entender muy bien el concepto, es *La déploration sur la mort de Johannes Ockeghem*, de Josquin Desprez.

algunas reflexiones urgentes, desde la filosofía y el derecho, sobre la necesidad de reinterpretar y deconstruir la forma en que entendemos, dimensionamos y protegemos la naturaleza en la era del cambio climático.

Con este planteamiento como faro orientador, decidí integrar en un solo artículo tres textos que representan tres visiones complementarias sobre los derechos de la naturaleza: (i) “Los derechos de la naturaleza y la necesidad de repensar el modelo de la personalidad jurídica”; (ii) “La naturaleza como sujeto de derechos: nuevo paradigma de transición. Análisis de algunos casos desde el derecho comparado”, y (iii) “Hacia un nuevo modelo de protección de la naturaleza en la era del cambio climático”. Cada uno de ellos representa un recorrido por diferentes ideas, conceptos y reflexiones históricas.

En el capítulo primero se realiza una rigurosa revisión del pensamiento griego presocrático y la noción *Cosmos*, pasando por las ideas de conquista territorial (desde *Vinland* a *Green Land*) de Eirik “El rojo” para encontrarse con el concepto o ¿invención? de la naturaleza en Humboldt. Luego recorre los intrincados caminos del derecho romano de Justiniano en la búsqueda del origen de la noción “persona” para contrastarlo con la construcción de la “persona jurídica” en Savigny. Finalmente, visitando algunas ideas de Heidegger y Derrida plantea la necesidad de *deconstruir* el concepto de persona jurídica y sugiere varias alternativas de reinterpretación.

El segundo, se centra en la presentación y análisis comparado de los tres casos de reconocimiento de entidades naturales (en este caso, ríos) como sujetos de derecho en Nueva Zelanda, India y Colombia. También repasa la forma en que fueron concebidas las soluciones jurídicas y constitucionales en cada país, decantando los elementos propios y diferenciales, culturales e históricos, que les dieron forma. El estudio de mayor alcance en torno a aciertos y errores en su implementación, es el del río Atrato, por ser el caso local.

El tercero plantea algunas ideas sobre la emergencia del cambio climático y las acciones que deben ser desplegadas desde diferentes ámbitos para lograr enfrentarlo efectivamente. También presenta, de forma sintética, algunas preguntas y también algunas respuestas respecto al camino que deberían seguir las transformaciones que son necesarias en el derecho para proteger de una manera integral a la naturaleza en la era del cambio climático. Puede leerse igualmente como una suerte de epílogo de las ideas más relevantes planteadas en el artículo.

Finalmente, *Una revolución llamada derechos de la naturaleza* también puede leerse como una caja de herramientas anfibia en la que las teorías, los conceptos y los experimentos se revisan continuamente y con perspectiva

comparada. Este peregrinaje por la historia y por lo que hoy llamamos “derechos de la naturaleza” tiene un principio común: la *pregunta*, pues todo conocimiento es cuestionable y solo a través de la indagación se accede al conocimiento.

2. SOBRE LA INVENCION DE LA NATURALEZA

2.1. SUEÑOS PRESOCRÁTICOS

La *naturaleza* es una noción antigua, compleja y fundamental. A nivel cósmico-evolutivo está directamente vinculada con las circunstancias físico-químicas y biológicas que dieron origen a la vida y a la especie humana en el planeta Tierra. Durante siglos, los procesos de *indagación*, *descubrimiento*, *conquista* y *comprensión* de la naturaleza han generado álgidos debates en torno a las formas de su existencia, entendimiento, uso, aprovechamiento y conservación. Y por supuesto, a una pregunta reiterativa: *¿qué es la naturaleza?*

Algunos de los primeros acercamientos hacia una *comprensión* del mundo natural se gestaron en la poderosa e infatigable imaginación de los pensadores de la escuela de Mileto que habitaron en Asia Menor (muy cerca de la influencia persa) y vivieron en el siglo VI a.C. La indagación por la naturaleza del mundo exterior, del *cosmos*, los llevó a considerar que “el mundo surgió de una unidad primigenia y que esa sustancia única continuaba siendo la base primigenia de todo su ser, aunque entonces se mostrase en formas y manifestaciones diferentes”².

Para los primeros filósofos presocráticos el estudio de la naturaleza y de sus fenómenos, formales y materiales, como “unidad primigenia” fue esencial para comprender la vida –incluso antes que el ser, la ética o la política–, el orden o el caos de las cosas presentes y la composición física de la realidad. A su turno, mientras las doctrinas monistas terminaban de tomar forma y eran fuertemente discutidas, Parménides de Elea y Heráclito de Éfeso plantearon doctrinas contrarias en las que el primero señalaba la imposibilidad del movimiento físico y del cambio de la materia; a lo que el segundo respondía con una visión del mundo de la naturaleza sujeto a un ciclo continuo de flujo y de

2 GUTHRIE, W. K. C. *A history of Greek philosophy*, vol. 1, *The earlier presocratics and the Pythagoreans*, Cambridge University Press, 1962, p. 17.

cambio (el célebre río de Heráclito que después adoptaría Nietzsche bajo la forma de la *doctrina del eterno retorno*).

Posteriormente, Empédocles intentó superar conceptualmente aquella visión sobre la comprensión de la naturaleza que la identificaba como una *unidad primigenia* planteando que en lugar de por una “sustancia o principio único”³ el universo está compuesto por cuatro elementos básicos, a saber: tierra, agua, aire y fuego. Mientras tanto, Anaxágoras –quien para Borges descifró la noche cóncava, esto es, el misterio de los eclipses– sostenía que la materia que componía el cosmos y, por ende, la naturaleza estaba compuesta por un número infinito de “semillas cualitativamente diferentes”⁴ en todos los seres vivos e inertes cuyo movimiento era determinado por el denominado *nous* o inteligencia de la materia. De esta forma, se pasó de tener una comprensión unitaria de la naturaleza a una plural, compuesta por múltiples elementos.

Sin embargo, la aproximación más cercana a lo que hoy llamamos ciencia llegaría de la mano de los atomistas, Demócrito y Leucipo. Para ellos no existía tal cosa como una causa de movimiento externa al cosmos, como habían planteado Empédocles con las tensiones entre los elementos básicos o Anaxágoras con la presencia de inteligencia en la materia; en contraste, los atomistas afirmaron que el movimiento existía en sí mismo, siendo producido por minúsculos átomos sólidos que flotaban en el espacio infinito del cosmos, lo cual quería decir, de forma muy simple, que la totalidad de la realidad estaba conformada por átomos.

Como se ha visto, las ideas del origen del cosmos, de la naturaleza y de la composición de la realidad representaron asunto de especial interés para los filósofos presocráticos, quienes fueron los primeros en preguntarse sobre las formas y los mecanismos más básicos que integran esa extraña y sorprendente entidad llamada *Cosmos*, en la que se encuentran los elementos fundantes de nuestro planeta y del universo. Así las cosas, es posible afirmar que los filósofos presocráticos no tenían dudas sobre la naturaleza como elemento fundamental de la vida y de la existencia. Se podría decir entonces que la definición de naturaleza estaba caracterizada, esencialmente, por una unidad o sistema interconectado de partes que constituían un todo.

Por supuesto, la naturaleza no ha sido abordada únicamente como idea o concepto, y aunque la *idea de la naturaleza* es tal vez en la historia-

3 Ibid., p. 19.

4 Ibid., p. 20.

de-las-ideas-humanas una de las más antiguas, también ha sido considerada como objeto de conquista o descubrimiento. Generaciones incontables de aventureros, científicos y exploradores de todas las latitudes dedicaron sus vidas –no siempre pacíficamente– a develar los misterios de la naturaleza y del planeta.

2.2. DE VINLAND A NATURGEMÄLDE

Ya desde los siglos XII y XIII –en una historia que se remonta al año 1000 de nuestra era– tenemos noticias de varios cronistas anónimos islandeses que a través de las *sagas* de los groenlandeses y de Eirik “El Rojo” nos cuentan sobre los múltiples desafíos que constituyeron los intentos de conquista y asentamiento de poblaciones humanas en Groenlandia (desambiguación de Green Land o Tierra Verde) y del presunto descubrimiento de América, llamada *Vinland* por los vikingos, casi quinientos años antes de las primeras expediciones españolas.

Las descripciones de la naturaleza en aquellas narraciones están mayoritariamente encaminadas a registrar la clase de accidentes geográficos (por ejemplo, montañas y ríos), animales salvajes y recursos (en particular plantas alimenticias y árboles) que avistadas en cada recorrido. La finalidad era encontrar nuevas tierras donde asentarse permanentemente, e incluso se fundaron “colonias” para expandir el dominio territorial, objetivo en el que aquellos exploradores fueron vencidos por las implacables condiciones de la naturaleza, a la que no pudieron dominar en Groenlandia ni, posteriormente, en lo que llamaron Vinland, probablemente, la región de Columbia Británica en el norte de Canadá⁵.

Pasarían varios siglos antes de que el científico y explorador más famoso del siglo XVIII, Alexander von Humboldt, emprendiera la arriesgada empresa de recorrer el mundo para comprender, registrar y dibujar la composición de la naturaleza. Humboldt recorrió buena parte de América del Sur (Colombia, Venezuela y Perú), Centroamérica (México), el Caribe (Cuba) y Rusia (Siberia), visitó los nacientes Estados Unidos de América, donde fue recibido por el presidente Thomas Jefferson, y la Francia posrevolucionaria de Napoleón, en donde conoció a Simón Bolívar; escaló los volcanes más altos del mundo

5 Anónimos islandeses del siglo XIII. *Saga de los groenlandeses y Saga de Eirik el Rojo*, Madrid, Ediciones Siruela, 2010, p. 41.

conocidos para la época (uno de ellos, el temible Chimborazo), remó por el Orinoco y recorrió Siberia en un periplo en el que recolectó cerca de 60.000 ejemplares de plantas, 6.000 de especies animales y escribió decenas de notas astronómicas, geológicas y meteorológicas, una cifra inédita para su tiempo⁶⁻⁷.

De toda esta producción, se destaca el *Naturgemälde*, algo así como una “pintura integral de la naturaleza” o “un microcosmos en una página”⁸, a partir del cual Humboldt crearía una nueva forma de entender la naturaleza como un entramado de vida y una *fuera global interconectada* “por incontables hilos”⁹. *Naturgemälde* no era otra cosa que un mapa con ilustraciones que por estratos, alturas y pisos térmicos describía con precisión la presencia de especies animales, vegetales y la composición geológica y mineral de las regiones exploradas. Esta comprensión de la naturaleza como una *unidad planetaria* en la que especies similares se desarrollaban en lugares tan dispares de la Tierra habría de transformar la visión sobre lo que hasta el momento se entendía como naturaleza, llevando a Humboldt incluso a prever los terribles efectos que en el futuro podría tener un cambio en las condiciones climáticas sobre la biodiversidad y la vida humana.

Tal fue el auge de la exploración, descubrimiento y conquista de la naturaleza que los temas de algunas de las novelas más leídas durante los siglos XVIII y XIX se centraron en la búsqueda de lo desconocido. Cuatro ejemplos permiten entender la dimensión que alcanzó el fenómeno de la exploración de la naturaleza: *The unparalleled adventure of one Hans Pfaall* (1835) y *The narrative of Arthur Gordon Pym of Nantucket* (1838), ambos de E. A. Poe, *Vingt mille lieues sus les mers* (1870) de Jules Verne y *The lost world* (1920) de A. C. Doyle.

6 Para la época, hay noticia de algunos relatos de viajeros por el sur del continente, tierras que Humboldt infortunadamente no alcanzó a recorrer pero que conocemos por las crónicas de Pedro de Angelis, *Viajes por las costas de la Patagonia* (1837) y Benjamin Franklin Bourne, *Cautivo en la Patagonia* (1849). Dichos relatos tratan de descifrar geográficamente territorios inhóspitos, midiendo las distancias por jornadas, pasos, ríos y glaciales. No de menor importancia es la novela *Au coeur de l'Amérique vierge* (1924), escrita por Julio Quiñónez, que intenta darnos cuenta de la riqueza natural de la región amazónica colombiana y sus culturas aborígenes amenazadas por la guerra del caucho sostenida por la Casa Arana y la joven y conflictiva nación peruana.

7 WULF, ANDREA. *The invention of Nature*, Nueva York, Penguin Random House, 2015, p. 129.

8 *Ibid.*, p. 122.

9 *Ibid.*, p. 123.

En este artículo quisiera retomar la concepción del mundo natural esbozada por Humboldt según la cual *la naturaleza es un complejo “entramado de vida” y “una fuerza global interconectada”*¹⁰. Para los propósitos de este análisis sostendré que la naturaleza merece ser considerada autónomamente como entidad sujeto de protección por parte del derecho, a través de una reinterpretación de la noción de persona jurídica —ahora como concepto dinámico—, al menos en una primera etapa de transición, de manera similar a como se ha considerado “persona” a los seres humanos, las cosas, los patrimonios y a otras ficciones jurídicas altamente elaboradas¹¹.

Dicho de otra forma: si se han concebido y elaborado históricamente ficciones en el derecho para proteger cosas, bienes o dinero, ¿cuánto más no podrán utilizarse estas mismas herramientas para proteger entidades vivas, en particular seres vivos no humanos como los ríos, las montañas o los bosques?¹². Con ese propósito descenderé al estudio del modelo de la personalidad jurídica occidental como ficción, para luego proponer algunas alternativas de reinterpretación del concepto.

3. EL VIEJO MODELO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: UNA SUBJETIVIDAD INCOMPLETA

3.1. LOS DELIRIOS DE JUSTINIANO

Las ficciones jurídicas altamente elaboradas se remontan a una época en la que Roma era regida por emperadores, hace poco menos de dos mil años. Un antiguo imperio en decadencia y dividido en dos, en el que la extrema rigidez de las formas jurídicas hacía imposible su aplicación —en algunos casos

¹⁰ *Ibíd.*, p. 126.

¹¹ Esta no es una discusión nueva. La tradición romana clásica fue la primera en construir prolíficamente ficciones desde el derecho para proteger bienes y cosas. Con el advenimiento del mercantilismo y luego del capitalismo, la aparición de la banca y los sistemas financieros —en particular entre los siglos XVI y XVIII—, y su posterior consolidación en el XIX, dichas ficciones se fueron refinando para conceder personalidad jurídica y representantes legales a sociedades, fideicomisos, servidumbres, organizaciones no humanas, fiducias y patrimonios autónomos.

¹² En un sentido similar, véase MACPHERSON, ELIZABETH; VENTURA, JULIA y CLAVIJO OSPINA, FELIPE. “Constitutional law, ecosystems, and indigenous peoples in colombia: biocultural rights and legal subjects”, *Transnational Environmental Law*, CUP, en prensa.

ridícula, como señala con precisión el singular cronista Aulo Gelio¹³—, y peor aún, impedía su evolución para representar las cambiantes realidades sociales de un territorio en expansión que se debatía entre ciudadanos y peregrinos; hombres, mujeres y esclavos; extranjeros y bárbaros¹⁴.

Enfrentado a una caótica acumulación de leyes, edictos, *constitutio* y códigos en gran medida contradictorios, de difícil comprensión y acceso para el ciudadano común —que ya prácticamente no reconocía en ellos el legado de las Doce Tablas—, Justiniano (483 d.C.) ascendió al trono imperial¹⁵. Su misión fue clara desde el principio: arrebatar a los jurisconsultos y magistrados el monopolio de la interpretación de la ley para facilitar el desarrollo de las cada vez más comprometidas actividades políticas, económicas, comerciales e incluso de la vida cotidiana. Con este propósito ordenó la elaboración de un *corpus iuris* que recopilara de forma sintética las principales leyes imperiales. Producto de este extraordinario trabajo de compilación, los comisionados dirigidos por Triboniano entregaron al mundo conocido los pilares sobre los que se erige el derecho en Occidente, ordenados en una colección de cuatro obras: el Código, el *Digesto* (o *Pandectas*), las *Instituta* y una nueva edición del Código¹⁶.

De ellas, la que mayormente interesa a nuestro estudio son las *Instituta* (Instituciones), por tratarse de una obra destinada a la enseñanza del derecho que recoge los principales fragmentos de los jurisconsultos clásicos. Las Instituciones están divididas en varios capítulos —modelados de acuerdo con las versiones previas de Gayo y Ulpiano—, ordenados en torno a tres libros esenciales: las personas, las cosas y las acciones¹⁷. Este es el lugar en donde se presentan algunas de las ficciones jurídicas más elaboradas del derecho romano.

En el libro sobre las personas, dedicado a describir el intrincado régimen que las regula, podemos encontrar la definición de persona, las clases de personas (esclavos y hombres libres; la familia y sus integrantes) y las diferentes reglas aplicables y derivadas de cada situación. Respecto a la definición de persona, tanto en la versión de Gayo como en la de Justiniano se puede leer:

13 Para profundizar en esta materia, véase la única obra que nos legó: *Noctes Atticae* (Noches Áticas); AULO GELIO. *Attic Nights*, Londres, J. Johnson printer, 1795.

14 GIBBON, EDWARD. *The history of the decline and fall of the Roman Empire*, vol. III, Londres, Turner, 1984, pp. 187-230.

15 *Ibid.*, p. 202.

16 PETIT, EUGÈNE. *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editorial Porrúa, 2007, p. 60.

17 GAYO. *Instituta*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 13.

“se entiende por *persona* todo *ser* susceptible de derechos y obligaciones”¹⁸, frente a lo cual uno podría preguntarse tres cuestiones muy básicas: (i) ¿toda persona es hombre y todo hombre es persona? (por ejemplo, sabemos que los esclavos y las mujeres no lo eran); (ii) ¿“ser” equivale a persona natural (humana)? (como vamos a ver, existen entidades abstractas que pueden ser persona), y (iii) ¿se es persona en tanto se es capaz de contraer derechos y obligaciones? (como en el caso de las personas morales).

Posteriormente, el libro se ocupa de describir el régimen de los *incapaces*, para quienes designa, según sea la condición, edad (hombres impúberes), sexo (mujeres), alteración de las facultades intelectuales y la prodigalidad, *tutores* o *curadores*, cuya función era básicamente, si queremos usar una palabra contemporánea, la de ser “guardianes” del patrimonio del incapaz, en términos de conservación y administración, hasta que este pudiera ejercerlo o recuperarlo. No le correspondía al tutor responsabilidad alguna sobre la guarda o educación¹⁹.

A manera de ejemplo, llama la atención lo que sobre la tutela del impúber señala Servio Sulpicio: “es un poder dado y permitido por el derecho civil sobre una cabeza libre para proteger a quien, a causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo”²⁰. ¿Es acaso la edad la única característica de la que puede predicarse la imposibilidad de defenderse por sí mismo? Si suprimimos el requisito ficticio de la edad, también podría decirse que la naturaleza es incapaz de defenderse por sí misma y por ello necesita protección por parte del derecho.

Respecto de los curadores, encargados de los pródigos, los locos (furiosos), los sordos, los mudos o de quienes sufrieran enfermedades graves, la función asignada tenía una sutil diferencia: no solo debían conservar y administrar el patrimonio y los bienes del incapaz, además debían abogar por su *recuperación*²¹.

Al final del libro primero de las Instituciones hay una pequeña sección referida a “las personas morales” que Eugène Petit resume en estas palabras: “Al lado de los seres humanos o personas físicas, el derecho romano reconocía también a las *personas morales, que no tienen existencia material y solo*

18 PETIT. *Tratado*, cit., p. 75; Gayo, I, 15.

19 PETIT. *Tratado*, cit., p. 124; Gayo I, 155.

20 PETIT. *Tratado*, cit., p. 125; Gayo I, 172.

21 PETIT. *Tratado*, cit., p. 142; Gayo III, 106.

son *ficciones jurídicas, abstractas*²². Se refería, por supuesto, al Estado, las ciudades, establecimientos de beneficencia, algunas corporaciones y otras asociaciones y situaciones de diverso tipo²³. Dichas “personas abstractas” tenían patrimonio propio y sus intereses eran representados por un curador.

3.2. SAVIGNY, EL HACEDOR DE FICCIONES

Con el paso de los siglos la noción de “persona moral” iría evolucionando hasta tomar su forma actual, que, dicho sea de paso, no ha cambiado sustancialmente. En el medioevo tuvieron algunos comentarios preliminares por parte de la escuela de los glosadores (Sassoferrato, uno de ellos), pero no sería sino hasta el siglo XIX, bajo la tutela de Friedrich Karl von Savigny, que las personas morales cambiarían de nombre para llamarse *personas jurídicas*.

En efecto, Savigny recogió algunas de las más importantes discusiones de su tiempo, en particular de abogados y pensadores franceses y alemanes (entre los siglos XVII y XIX), de acuerdo con las cuales planteó la *teoría de la ficción de la persona jurídica*. De forma muy sencilla, dejó atrás la vieja noción de la *fictio iuris* romana –como creación doctrinal– e introdujo la idea de la *fictio legis* : la posibilidad de concebir sujetos “artificialmente creados por la ley, tan personas como los seres humanos”²⁴.

De esta manera, Savigny desentrañó algunos elementos que revelan la verdadera naturaleza de las llamadas ficciones jurídicas, al precisar que el legislador “para satisfacer exigencias propias del comercio jurídico finge que entidades diferentes al hombre pueden tener la atribución de persona”²⁵; es decir, de forma ficticia extiende la categoría de los seres humanos creando una suerte de hombres artificiales. Es en este momento cuando la noción de persona moral se transforma en la de persona jurídica, llamándose así por ser “una persona admitida solamente para una finalidad jurídica”; y sin

22 PETIT. *Tratado*, cit., p. 164; Gayo III, 4.

23 En este punto merecen una mención especial las *servidumbres* y los *fideicomisos*, ficciones diseñadas por los romanos, la primera, para regular relaciones entre dueños de predios alejados o de lo que hoy llamaríamos de utilidad pública (concepto ajeno al derecho romano); la segunda, para administrar y conservar el patrimonio del incapaz.

24 GALGANO, FRANCESCO. “El concepto de persona jurídica”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 16, 1, pp. 13-28.

25 SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*, t. III, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1955, p. 240.

embargo, “persona”, en cuanto “*nuevo sujeto de relaciones jurídicas más allá del individuo*”²⁶.

El debate jurídico así planteado generó numerosas réplicas, entre las cuales una de las más interesantes para nuestro estudio señala que en la *realidad social*, “y no solamente en el mundo del derecho, existen otros sujetos más allá de los seres humanos”²⁷. Debemos a Otto von Gierke esta reflexión que ampliaría el espectro de la discusión y la llevaría a explorar nuevas fronteras a partir de la siguiente cuestión: si en la realidad social existen entidades diferentes del hombre, ¿por qué están provistas de cualidades humanas? De esta pregunta, a su vez, podrían derivarse entonces dos más: (i) ¿cuál es la razón de este diseño a imagen y semejanza, acaso solo puede ser persona quien sea capaz de razonar lógicamente?, y (ii) ¿las cualidades humanas acaso pueden representar integralmente al universo de entidades, objetos, especies que nos rodean y con los cuales interactuamos?

La introducción de la realidad social como parte de los determinantes para la construcción de ficciones jurídicas generó la reacción crítica del que es considerado el filósofo del derecho más ilustre del siglo XX: Hans Kelsen. Para Kelsen, el eterno guardián de las formas y la interpretación en el derecho occidental, hablar de una persona jurídica como entidad que celebra contratos o promueve acciones judiciales no es más que una metáfora, es hablar de forma figurada, por cuanto “el ordenamiento jurídico solo puede imponer deberes y otorgar derechos a los seres humanos, dado que solo el comportamiento de los seres humanos puede ser reglamentado por el ordenamiento jurídico”²⁸.

Por su parte, para H. L. A. Hart, el problema reside en determinar las condiciones de uso del concepto de persona jurídica, respecto de lo cual afirma que “no estamos frente a una entidad ficticia o anormal, sino a un uso nuevo y extenso de reglas jurídicas, y de las expresiones implícitas en él”²⁹, que en todo caso son regulaciones de relaciones entre humanos.

26 GALGANO. “El concepto de persona jurídica”, cit., p. 16; SAVIGNY. *Sistema*, cit., p. 244.

27 VON GIERKE, OTTO. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín, 1887, p. 22.

28 KELSEN, HANS. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 90.

29 GALGANO. “El concepto de persona jurídica”, cit., p. 20.

3.3. EL NUEVO LENGUAJE DE LA NATURALEZA

Como acabamos de ver en este brevísimo viaje a través de la historia del concepto, el viejo modelo de la personalidad jurídica supone que todas las personas –naturales o jurídicas– son una creación artificial del ordenamiento jurídico (ya sea vía doctrina o vía legislativa) con el objeto de regular relaciones que existen entre personas naturales, diseñadas a partir del análisis de las cualidades y de las atribuciones humanas. Este planteamiento genera una serie de importantes preguntas cuando se considera si a la naturaleza (piénsese en ríos, bosques, montañas) se le puede reconocer personalidad jurídica, y ¿por qué no considerarlo seriamente?

Una de las ideas más sugestivas que surgen al considerar *en serio* la naturaleza como sujeto de derechos está relacionada con despojar al concepto de ficción jurídica de una atribución exclusivamente humana (la misma idea de “persona”, y por eso en este momento no hablo de “persona jurídica”), ampliando el ámbito de análisis, desde una perspectiva biológica, para entenderla como *entidad viva, ecosistémica y autónoma*, digna de protección por el derecho en sí misma, y no únicamente en relación con una capacidad especial para razonar, defenderse, tomar decisiones, contraer derechos y obligaciones o expresar una voluntad o interés propio.

Si hay algo interesante en la noción de personalidad jurídica, como hemos visto hasta ahora, es que es un concepto aún por explorar, una *subjetividad incompleta*. Francesco Galgano, parafraseando al jurista alemán Rolf Serick, ha anotado con agudeza que “la naturaleza de la persona jurídica es tan inexplorada como la naturaleza misma del hombre”³⁰, yo añadiría: más que del hombre, del mundo natural.

Ahora bien, entiendo que para lograr esta transformación debemos partir, al menos en este primer estadio conceptual, de las formas y estructuras propias del derecho vigente, eso sí, planteando preguntas diferentes que incluso nos alejan del derecho y nos acercan a otras disciplinas como la filosofía, la antropología y la biología. Siguiendo la *teoría de la deconstrucción*³¹ desarrollada por el filósofo Jacques Derrida, resulta necesario desmontar, por etapas, la

30 SERICK, ROLF. *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Berlín y Tübingen, 1955, p. 156. GALGANO. “El concepto de persona jurídica”, cit., 16.

31 La idea de deconstrucción se emplea en el terreno de la filosofía y de la teoría literaria con referencia al acto y al resultado de deconstruir. Este verbo, que procede del vocablo francés *déconstruire*, alude a desmontar, a través de un análisis intelectual, una cierta estructura

estructura conceptual de la personalidad jurídica a través de una metodología de análisis lingüístico y etimológico de las partes que integran la noción –como si se tratara de desarmar un edificio– para dar paso a una nueva dimensión teórica que, sin pretender ser definitiva, sea dinámica y se ajuste a las corrientes de la realidad y de la historia (*una estrategia anfibia*); el objetivo: construir un marco conceptual de protección integral de la naturaleza, en tanto nuevo sujeto de relaciones jurídicas más allá del individuo. Si se quiere, como una suerte de nueva ficción que represente a la naturaleza desde un entendimiento más profundo de sus relaciones y conciencia en la era del cambio climático.

A esto me refiero cuando hablo de un nuevo lenguaje de la naturaleza.

4. HACIA UNA DECONSTRUCCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. UNA APROXIMACIÓN ANFIBIA

4.1. LOS PRIMEROS ACERCAMIENTOS A LA IDEA DE DECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE “PERSONA”

Heart of gold, de Neil Young, era una de las canciones más populares del listado Billboard en Estados Unidos cuando, en 1972, Christopher Stone escribió su célebre ensayo *Should trees have standing?* En aquel agitado año el mundo académico, político y diplomático global aún vivía las secuelas de dos profundos movimientos sociales, el primero, por los derechos civiles en Estados Unidos, y el segundo, por las reivindicaciones sociales de mayo de 1968 en Francia; todo esto, en medio de la cruenta guerra de Vietnam liderada por la administración de Richard Nixon.

Mientras tanto, en Suecia se firmaba la “Declaración de Estocolmo” en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente, que establecía, por primera vez en la historia, el reconocimiento del derecho fundamental a un ambiente sano, introduciendo “la solemne obligación de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras”.

La Declaración, en términos generales, reconocía la capacidad del hombre de poner en grave riesgo el equilibrio ecológico del planeta y su subsistencia, así como la necesidad de implementar un modelo de desarrollo más equitativo. Uno de los aspectos que llama la atención en este documento es su marcado

conceptual. Véase DERRIDA, JACQUES. *De la gramatología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986 y DERRIDA, JACQUES. *La escritura y la diferencia*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1989.

antropocentrismo: el ambiente debe ser protegido en la medida en que su degradación afecta el modo de vida y la pervivencia de la especie humana. En otras palabras, la naturaleza entendida como objeto y recurso para explotar sin voz, sin medida ni control. Una discusión a la que Stone nos va a llevar partiendo de una idea sutilmente diferente de la protección del ambiente.

Y así volvemos a *Should trees have standing?*, un texto que fue concebido bajo circunstancias bastante particulares y en un contexto de gran agitación social que reclamaba un cambio de conciencia desde la justicia, pasando por la igualdad y las crecientes preocupaciones ambientales. En la parte primera del ensayo, el autor confiesa que llegó a la pregunta que titula su ensayo por pura casualidad, pues siendo profesor de derecho privado (*property law*) debía encontrar nuevos temas que entusiasmaran a sus estudiantes y se aventuró a plantear qué ocurriría si la naturaleza –un árbol, un río o una montaña– fuera considerada legitimada para interponer, por medio de representantes humanos, una acción legal ante una corte de justicia (concepto de *standing*)³².

En su labor de investigación, Stone encontró, para su sorpresa, un caso: *Sierra Club v. Morton*³³, que había sido seleccionado recientemente para ser revisado por la Corte Suprema de Estados Unidos. En breve resumen, el caso, presentado por la organización conservacionista Sierra Club, buscaba impedir que se construyera un condominio para esquiadores en medio de un valle llamado Mountain King y que hace parte integral del complejo montañoso Sierra Nevada. Aunque el caso fue fallado a favor de la empresa demandada por considerar que la naturaleza no podía considerarse sujeto de derechos (*standing*), el voto disidente de uno de los magistrados de la Corte, el juez William Douglas, hizo historia por una audaz propuesta que tuvo origen en las reflexiones de Stone³⁴.

A continuación reproduzco un fragmento del voto disidente que ilustra algunas ideas relevantes para la reflexión que se presenta en este acápite:

32 STONE, CHRISTOPHER. *Should Trees have standing?: Law, morality and the environment*, New York, Oxford University Press, 2010.

33 *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

34 Como nota anecdótica, Stone cuenta que le hizo llegar al juez Douglas una versión preliminar de su ensayo, en un intento de sembrar su idea en la Corte Suprema. Idea que, efectivamente, fue recogida, y aunque la Corte desestimó el caso, el proyecto diseñado para intervenir el valle del Mountain King nunca se realizó. Hoy el valle y la cadena montañosa llamada Sierra Nevada son reserva natural.

Inanimate objects are sometimes parties in litigation. A ship has a legal personality, a fiction found useful for maritime purposes. The corporation sole –a creature of ecclesiastical law– is an acceptable adversary and large fortunes ride on its cases. The ordinary corporation is a ‘person’ for purposes of the adjudicatory processes, whether it represents proprietary, spiritual, aesthetic, or charitable causes.

So it should be as respects valleys, alpine meadows, rivers, lakes, estuaries, beaches, ridges, groves of trees, swampland, or even air that feels the destructive pressures of modern technology and modern life. The river, for example, is the living symbol of all the life it sustains or nourishes fish, aquatic insects, water ouzels, otter, fisher, deer, elk, bear, and all other animals, including man, who are dependent on it or who enjoy it for its sight, its sound, or its life. The river as plaintiff speaks for the ecological unit of life that is part of it. Those people who have a meaningful relation to that body of water –whether it be a fisherman, a canoeist, a zoologist, or a logger– must be able to speak for the values which the river represents and which are threatened with destruction³⁵.

Ciertamente, la cuestión que plantea el juez Douglas repasa algunos de los elementos descritos con mayor detalle cuando analizamos la evolución conceptual de la personalidad jurídica: primero, el uso de ficciones jurídicas para amparar una eventual protección de la naturaleza por sí misma, y segundo, la posibilidad de que esta sea representada por terceros que velen por sus intereses ante un tribunal. Pero ese era apenas el comienzo de la reflexión, un primer acercamiento a la deconstrucción del concepto de “persona” que se concreta al preguntarse si acaso un árbol, un río o un bosque pueden ser sujetos independientes ante el derecho y, de esta manera, lograr una protección sustentada principalmente en el valor intrínseco de la naturaleza.

4.2. LA ESTRATEGIA DE LA “DECONSTRUCCIÓN” COMO ALTERNATIVA DE INVESTIGACIÓN ANFIBIA

Después de haber presentado los primeros acercamientos a la reinterpretación del concepto “persona”, me detendré a plantear una alternativa de análisis anfibia de estas nociones para trazar algunas líneas generales de trabajo en lo que se ha denominado en este artículo el proceso de deconstrucción de la

35 *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

personalidad jurídica³⁶. Este estudio estará dividido en dos partes, la primera teórico-conceptual y la segunda, práctico-experimental.

Retomando la estimulante y polémica idea de Derrida sobre la deconstrucción como *estrategia* de trabajo conceptual que permita revelar nuevas dimensiones epistemológicas, la primera parte del análisis que propongo debe comenzar por señalar que las diferentes significaciones de un texto/concepto pueden ser descubiertas *descomponiendo* la estructura del lenguaje dentro del cual está redactado³⁷.

De acuerdo con esta línea de trabajo, para *deconstruir* el concepto de “personalidad jurídica” es necesario definir: (a) que la “personalidad” es una ficción creada por el derecho –tanto para las llamadas personas naturales como para las jurídicas– con el fin de regular relaciones de diversa índole entre sujetos; (b) que no toda “persona” es hombre o debe ser entendida con atribuciones humanas (*v.gr.*, la habilidad de pensar, tomar decisiones, expresar voluntad o interés propio); (c) que “ser vivo” no equivale a toda persona natural o humana (*v.gr.*, el mundo natural, compuesto por flora y fauna, desde el nivel celular hasta el de los grandes mamíferos, es un ser vivo no humano), y (d) que la calidad de “persona” no depende de la posibilidad de contraer derechos y obligaciones (*v.gr.*, un río puede ser sujeto de protección legal autónoma sin necesidad de firmar un contrato de seguro, ser beneficiario de una fiducia o pedir un préstamo bancario).

Ahora bien, la estrategia de deconstruir conceptualmente implica no solo *repensar* el modelo de la personalidad jurídica sino también *reinterpretar* las nociones bajo las que entendemos la función y el valor de la naturaleza en relación con los seres humanos en el mundo contemporáneo. Vivimos un momento histórico en el que el modelo de Estado, las instituciones y la democracia permiten el desarrollo y consolidación de actividades económicas que atentan gravemente contra el ambiente y nos han sumido en una crisis climática sin precedentes. En particular, es de especial interés para nuestro estudio revisar las formas en que se crea, establece y aplica el derecho (sus lenguajes y etimologías), en la medida en que parece que la naturaleza como entidad autónoma, como ficción jurídica, no es relevante para el derecho doctrinal ni legislativo

36 Quisiera precisar que esta “metodología” de análisis está en desarrollo y es *preliminar*. Ha sido diseñada como una suerte de piloto conceptual para los propósitos específicos de este artículo. Su desarrollo ulterior será tema de una propuesta de investigación doctoral.

37 DERRIDA. *De la gramatología*, cit. y DERRIDA. *La escritura y la diferencia*, cit.

—salvo algunas excepciones judiciales, como veremos en la segunda parte de este artículo—, y por lo tanto, no existe en la gramática *iuris*.

Hay un elemento transversal —como complemento al análisis conceptual del lenguaje— que debe examinarse con especial atención cuando se habla de la creación de derecho: la inexistencia de una narrativa de derechos pensada desde las ciencias naturales que permita diseñar informada y transdisciplinariamente un marco integral de protección de la naturaleza, ahora como sujeto de derechos y no como simple objeto de regulación administrativa para su aprovechamiento y explotación.

Un giro conceptual que permitiría cambiar este *orden-de-cosas* en el derecho constitucional contemporáneo debe partir de comprender que *la naturaleza no existe en función de la especie humana*, no es objeto de conquista, explotación o de sometimiento, y tiene su propio devenir que cuenta ya con varios miles de millones de años. Una reflexión que no podemos dejar de lado frente a los múltiples desafíos que nos ha impuesto el cambio climático. Desafortunadamente, ha sido esta comprensión consumista —que incluso está inspirada en algunas creencias religiosas occidentales— la que no ha permitido que se estructure jurídicamente, primero, un *lenguaje*, y luego, un *sistema* efectivo de protección de la naturaleza. En el derecho, la existencia de las entidades y de las ficciones se puede constatar a través del lenguaje como vimos en los antiguos textos del derecho romano: lo que está descrito por el derecho es lo que es real.

En gracia de discusión, retomando el modelo de análisis conceptual del lenguaje (o las partes que componen la noción de “personalidad jurídica”) se podría pensar que surge al menos un resultado de dicho examen, y consiste en la posibilidad de dimensionar la figura de la *personalidad jurídica como un concepto dinámico*.

Con *dinámico* quiero decir que, al ser una construcción incompleta —lingüística y conceptualmente—, la ficción jurídica de la personalidad es una materia sujeta a permanente evolución, ajustable a las nuevas realidades sociales y a las corrientes de la historia. En efecto, algunos de los desafíos de la estrategia de la deconstrucción en este caso, se podrían centrar en decantar los elementos necesarios para: (i) des-humanizar el lenguaje y precisar un nuevo concepto de ficción jurídica basado en los atributos de la naturaleza (algo así como en el “lenguaje de la naturaleza”); (ii) diseñar un sistema constitucional de protección de la naturaleza que, desde una perspectiva biológica, la dimensione como entidad viva, ecosistémica y autónoma, digna de protección por el derecho en sí misma; y que responda al principio de conservación de

la armonía y respeto por el mundo natural; y (iii) promover un proceso de transformación cultural de la conciencia humana en el que la naturaleza deje de ser entendida simplemente como objeto y se integre a nuestra racionalidad como entidad sujeto de derechos en el marco, por ejemplo, de la implementación de metodologías de constitucionalismo dialógico.

Dejando de lado la especulación teórico-conceptual, por ahora, quisiera presentar algunas ideas sobre lo que he denominado la segunda parte de este análisis, la práctica experimental. Este planteamiento consiste en tomar los elementos del análisis conceptual previamente realizado para estudiar posibles formas de implementarlos en la realidad. Presentaré un breve ejemplo con normatividad e instituciones colombianas para ilustrar el punto que después va a ser desarrollado en el acápite final de este artículo.

Colombia tiene una Constitución Política garantista y enmarcada en las principales preocupaciones internacionales por la protección de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y, por supuesto, ambientales, en vigencia desde 1991. De hecho, consagra una serie de treinta cláusulas dedicadas exclusivamente a la protección del ambiente, que la jurisprudencia constitucional ha denominado la “Constitución Ecológica”. A más de esta importante consagración constitucional, cuenta con un sistema normativo ambiental a partir de la Ley 99 de 1993 que creó, por primera vez, la cartera de Ambiente³⁸, el Sistema Nacional Ambiental y un sistema de autoridades ambientales por jurisdicciones político-administrativas llamado corporaciones autónomas regionales (CAR).

Pese a contar con todas estas provisiones constitucionales y legales, Colombia es uno de los países del mundo con mayores conflictos socio-ambientales a nivel mundial³⁹. Algunos de los principales factores que explican este fenómeno se pueden encontrar en la imposición de un modelo de desarrollo minero-energético desde el centro a la periferia (gobierno nacional vs. entes territoriales), la ausencia de recursos legales y judiciales eficaces, diversos problemas estructurales (*v.gr.*, violencia, pobreza y corrupción) así como una tradición jurídica caracterizada por la falta de respeto por las leyes.

38 La Ley 99 de 1993 creó el Ministerio del Medio Ambiente, el cual posteriormente, en virtud de la Ley 1444 de 2011, se transformó en Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, como actualmente se conoce.

39 De acuerdo con el “Atlas Global de Justicia Ambiental” preparado por el Instituto de Ciencia y Tecnología Ambiental de la Universidad Autónoma de Barcelona (España, 2014-2020). Véase: <https://ictaweb.uab.cat/?setLanguage=es>. Reporte: <https://www.ejatlas.org/>

El problema es que, simplemente, ni las leyes ni las instituciones son eficaces. O por lo menos, solo parecen serlo, parcialmente, en el centro del país, pero no en las regiones, que constituyen el 60% del territorio nacional (Caribe, Pacífico, Orinoquía y Amazonía). Y ese es un problema histórico-estructural del Estado colombiano: la presencia estatal es precaria (problemas de soberanía territorial) y la Constitución no tiene plena vigencia.

Ante el agravamiento de la situación socioambiental, diversas voces de la sociedad civil, ONG y partidos políticos han pedido la reforma de la normatividad y de las instituciones ambientales. Parece un callejón sin salida.

La cuestión es: ¿podría una reinterpretación *deconstructivista* de las ficciones jurídicas y del entendimiento de la naturaleza ofrecer alguna alternativa de “solución” a los graves conflictos socioambientales que vive Colombia? La respuesta no es fácil, pero se puede, por lo menos, sugerir algunas alternativas.

Una de las grandes ventajas que tiene aplicar la estrategia de la deconstrucción en el entendimiento de problemas altamente complejos es que, más allá de utilizar un método en particular, permite revelar (también imaginar) nuevas dimensiones y alternativas para enfrentar el caso a partir de la pregunta y de la duda; y digo “solucionar” porque no hay soluciones correctas ni absolutas en esta teoría, pero tal vez sí ayuden a encontrar algunas respuestas. Hay aproximaciones a lo probable, pero esa discusión filosófica no es objeto, por ahora, de este trabajo⁴⁰.

Precisamente, una de esas nuevas alternativas o dimensiones es la reconsideración de la naturaleza como sujeto de derechos. Replantear las reglas de juego y los elementos que tradicionalmente han caracterizado las relaciones hombre-ambiente (haciendo preguntas desde otras perspectivas), nación-territorios desde una perspectiva anfibia y dialógica, podría abrir las puertas a la construcción de nuevas relaciones entre actores basadas en el reconocimiento y respeto del otro, un aspecto muy complejo en Colombia por la herencia de violencia política y la incapacidad de debatir pacíficamente ideas diferentes a las propias. Relaciones que son vitales en el marco de la organización territorial del país, por ejemplo, para determinar dónde se conserva y dónde se produce, bajo estándares de equilibrio e independencia territorial.

40 Por ejemplo, Richard Rorty ha sostenido que precisamente el valor del sistema de pensamiento desarrollado por Derrida se basa en su capacidad de denunciar la complejidad de los problemas y plantear preguntas para encontrar alternativas “discontinuas, inacabadas e irresolutas”. Véase RORTY, RICHARD. *Filosofía y futuro*, Barcelona, Gedisa, 2008, pp. 27-54.

Corolario: el problema no son las leyes, las instituciones o las reformas a estas, el problema radica en la incapacidad de pensarlas, dialogarlas y debatirlas privilegiando a actores y a poblaciones que nunca han tenido voz ni participación efectiva en las decisiones que los afectan, utilizando herramientas que efectivamente permitan la protección de derechos y la garantía del bienestar general.

II. LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS: NUEVO PARADIGMA DE TRANSICIÓN

The cycle of life is intricately tied up with the cycle of water [...] the water system has to remain alive if we are to remain alive on earth.

Jacques Cousteau (1971)⁴¹

EL NUEVO PARADIGMA EN CONTEXTO: LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA EN EL DERECHO COMPARADO (ANÁLISIS DE CASOS)

Una vez analizada la evolución histórica de las ficciones jurídicas y de la presentación de varias alternativas de interpretación de las que surge la idea de la *personalidad jurídica como concepto dinámico*, nos adentraremos en la revisión de algunos casos en los que, con diferentes aproximaciones argumentativas, tres sistemas legales diversos han protegido ríos en sus respectivas jurisdicciones declarándolos “sujetos de derecho”.

I. UNA INTRODUCCIÓN NECESARIA

En los últimos años se han presentado por lo menos tres casos, en lugares del mundo muy distantes, en los que los ríos Whanganui (Nueva Zelanda), Atrato (Colombia) y Ganges (India) han sido declarados sujeto de derechos;

⁴¹ Fragmento del discurso de J. Cousteau ante el Congreso de Estados Unidos, en STONE, CHRISTOPHER. *Should Trees have standing? Law, morality and the environment*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

esto quiere decir que, en principio, se les ha reconocido como “personas” ante el derecho, de forma similar a un ser humano⁴².

Al caso del río Whanganui se le ha prestado mucha atención mediática, académica y política luego de que el gobierno de Nueva Zelanda garantizara al río personalidad jurídica a través de una ley específicamente diseñada con ese objeto, en marzo de 2017^[43]. El segundo caso que ha sido ampliamente conocido es del río Atrato en Colombia, declarado sujeto de derechos por la Corte Constitucional en noviembre de 2016, en una decisión que no se publicó hasta mayo de 2017. Menos conocido es el caso de India: en él, el Tribunal Estatal de Uttarakhand decidió reconocer al río Ganges personalidad legal para protegerlo de intensos procesos de contaminación industrial.

Los tres casos han sido tanto elogiados como debatidos por académicos y ambientalistas de todo el mundo, por cuanto representan una suerte de “personificación” de los derechos inherentes de la naturaleza. Sin embargo, ¿qué significa reconocer que un río es una persona jurídica en lugares tan diferentes? En los contextos particulares en los que han tenido lugar los casos de Colombia, India y Nueva Zelanda, ¿cuál es la naturaleza y el contenido de los derechos reconocidos? ¿Cómo se ejecutarán los diferentes mandatos judiciales? Son algunas de las preguntas que espero responder a lo largo de este capítulo.

Desde que tenemos noticia los ríos han sido altamente valorados por su utilidad económica y social para las sociedades humanas. Basta recordar que los primeros asentamientos humanos se dieron muy cerca de fuentes de agua y en las riberas de los ríos, e igual en la remota antigüedad, como lo revelan los casos de Mesopotamia (ríos Tigris y Éufrates) y Egipto (río Nilo) hace más de cinco mil años. Siendo las fuentes hídricas un bien tan importante para las sociedades humanas, los marcos legales que regulan las relaciones de administración, uso y manejo del agua han sido diseñados en consecuencia para que los seres humanos puedan continuar beneficiándose de ella. Bajo esta perspectiva, conocida como “antropocéntrica”, es que se han construido

42 MACPHERSON, ELIZABETH y CLAVIJO-OSPINA, FELIPE. “Rivers as persons in Aotearoa New Zealand and Colombia”, *Journal of Water Law*, 25, pp. 283-293.

43 MACPHERSON, ELIZABETH y O'DONNELL, ERIN. “¿Necesitan derechos los ríos? Comparando estructuras legales para regulación de ríos En Nueva Zelanda, Australia y Chile [Do Rivers Need Rights? Comparing Legal Structures for River Regulation in New Zealand, Australia and Chile]”, paper presented to the Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017; O'DONNELL, ERIN. *At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India*, 2017.

los principales argumentos para lograr la implementación de los códigos de aguas (o regulaciones de derecho de aguas) tanto a nivel nacional como internacional⁴⁴.

En la búsqueda de una teoría alternativa a la antropocéntrica, se ha desarrollado la denominada *teoría ecocéntrica*. Según esta perspectiva, la naturaleza se concibe como una entidad que tiene valor por sí misma, y no solamente como un objeto de explotación humana. En consecuencia, las sociedades que históricamente han usado y abusado de los recursos naturales tienen ahora la obligación de proteger los derechos e intereses del ambiente. La perspectiva ecocéntrica ha evolucionado, desde que fue planteada por los primeros movimientos ecologistas en la década de 1960, a partir de las consideraciones exclusivamente relacionadas con la “utilización” y monetarización de la naturaleza⁴⁵.

Visto desde el derecho, el ecocentrismo ha inspirado el desarrollo de un interesante cuerpo de interpretación constitucional denominado “jurisprudencia de la Tierra” (*Earth jurisprudence*) que ha sostenido que tanto las sociedades humanas como los seres vivos no humanos pertenecen al mismo orden moral en cuanto miembros de la misma comunidad ecosistémica, por lo que sus principales teóricos han exigido cambios fundamentales a nivel de legislación que se ajusten a estas nuevas realidades⁴⁶.

Los defensores de la llamada jurisprudencia de la Tierra frecuentemente han encontrado una dicotomía entre el derecho a la propiedad estatal de los recursos naturales y los derechos inherentes e inalienables de la naturaleza⁴⁷.

44 MORGERA, ELISA y KULOVESI, KATI. *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar, 2016, p. 5; DONNELLY, B. y BISHOP, P. “Natural Law and Ecocentrism”, *Journal of Environmental Law* 19, 1, 2006, pp. 89, 90; IRONS MAGALLANES, CATHERINE J. “Maori Cultural Rights in Aotearoa New Zealand: Protecting the Cosmology That Protects the Environment”, *Widener Law Review*, 21, 2, 2015, pp. 273, 275.

45 STONE, CHRISTOPHER. *Should Trees Have Standing?: Law, morality, and the environment*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

46 MALONEY, MICHELLE y BURDON, PETER. *Wild Law - In Practice*, Taylor and Francis, 2014; Maloney, p. 132; IMRAN, SOPHIA; ALAM, KHORSHED y BEAUMONT, NARELLE. “Reinterpreting the Definition of Sustainable Development for a More Ecocentric Reorientation: Reinterpreting the Definition of Sustainable Development”, *Sustainable Development*, 22, 2, 2014, p. 134; ESCOBAR, ARTURO. *Encountering Development: The making and unmaking of the Third World*, Princeton University Press, 1995.

47 HUTCHISON, ABIGAIL. “Whanganui River as a Legal Person”, *Alternative Law Journal (Gaunt)*, 3, 2014, pp. 179, 179; MARGIL, MARI. “The Standing of Trees: Why Nature Needs Legal Rights”, *World Policy Journal*, 34, 2, 2017, p. 8.

De forma paradójica, esta corriente jurisprudencial se ha apropiado del concepto humano de derecho para asegurar la protección de la naturaleza.

El primer ejemplo a nivel mundial de esta nueva tendencia ecocéntrica lo podemos encontrar en Ecuador, donde los derechos de la *Pachamama* (Madre Tierra) fueron consagrados, reconocidos y protegidos en la Constitución de 2008^[48]. Un año más tarde, Bolivia también reconoció los derechos de la Madre Tierra en su Constitución, y además en una normatividad específica que la desarrolla, denominada Ley de Derechos de la Madre Tierra⁴⁹.

En este contexto, observamos que un número creciente de desarrollos legales y constitucionales relacionados con los derechos de la naturaleza han incluido, posteriormente, la declaración de ríos como sujetos de derechos, lo cual implicaría que los ríos –de forma similar a los seres humanos– tienen personalidad jurídica y por tanto se convierten en titulares de derechos a demandar y ser demandados (*standing*), pueden ser sujetos en asuntos contractuales y ejercer derechos de propiedad sobre cosas y bienes⁵⁰.

En la mayoría de sistemas legales occidentales, al menos aquellos que han heredado la tradición del derecho romano, la personalidad jurídica está restringida a personas naturales (seres humanos), personas jurídicas (corporaciones, sociedades, empresas) y cosas (barcos, dinero)⁵¹. Otorgarles derechos legales a los ríos es entregarles las mismas herramientas que tienen los seres humanos y las corporaciones en el derecho para proteger sus intereses frente a otros y terceros, y para acudir ante los tribunales de justicia.

2. LOS CASOS DE NUEVA ZELANDA (2014-2017) E INDIA (2017)

2.1. WHANGANUI: EL RÍO DE LAS AGUAS INFINITAS

El caso de Nueva Zelanda es emblemático. Su historia se remonta a 1840, cuando los ingleses desplegaron un agresivo proceso de colonización en el

48 Constitución de la República del Ecuador de 2008.

49 Constitución Política del Estado de 2009 (Bolivia); Ley de Derechos de la Madre Tierra, Ley 071 de 2010 (Bolivia).

50 SOLAIMAN, S. M. “Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy”, *Artificial Intelligence and Law*, 2, 2017, pp. 155, 157.

51 DAVIES, M. y NAFFINE, N. *Are Persons Property? Legal Debates about Property and Personality*, Ashgate Publishing, 2001.

Pacífico Sur y se hicieron al control de las dos islas que hoy conforman ese país llamado “Nueva Zelanda” (Aeotearoa, en Maorí), a través del *Treaty of Waitangi*.

Para aquella época la región, que por cerca de 600 años había estado habitada exclusivamente por el pueblo Maorí (a su vez descendiente de los exploradores polinesios, que eran grandes navegantes y astrónomos), comenzó a entrar en contacto con las misiones europeas.

Con el avance de los procesos de colonización, una de las primeras preocupaciones de las tribus originarias (Whanganui Iwi) estuvo centrada en la administración y la propiedad de los recursos naturales, en especial del río Whanganui, el tercero más largo del país, con 290 kilómetros (solo por detrás de los ríos Waikato y Clutha) y que corre en su totalidad por la región de Manawatu-Whanganui, en el sur de la Isla Norte. Por supuesto, esto no es gratuito: los Maorí han considerado por siglos a los ríos, a las montañas y a los bosques como “una sola entidad indivisible”, y ellos, como pueblo, se sienten *un mismo cuerpo* con la naturaleza.

Bajo estas ideas fue apenas natural que los primeros reclamos legales de los Maorí por los derechos de propiedad y conservación de su río comenzaran en 1870 y se fueran haciendo más fuertes en la época que transcurrió entre 1938 y 1962, lo que según los académicos neozelandeses constituye una de las reivindicaciones más antiguas y consolidadas de su historia legal. Las principales preocupaciones de los aborígenes estaban relacionadas con el mantenimiento de sus tradiciones (pesca, navegación, rituales) y de sus leyes ancestrales, frente a la creciente incursión de los colonos europeos en el río a través de barcos comerciales, actividades de extracción minera y, más recientemente, con los proyectos hidroeléctricos.

Por estas razones no resulta para nada extraño que el primer reconocimiento de un río como sujeto de derechos se diera en Nueva Zelanda, por vía legislativa, en marzo de 2017, dentro de un proceso iniciado en 2014^[52]. El río fue declarado persona legal como parte de un acuerdo al que llegaron el gobierno neozelandés y el pueblo Maorí. La ley *Te Awa Tupua* reconoce que el río es persona jurídica con todos los derechos, poderes, obligaciones y prerrogativas del derecho civil, y estructura un complejo sistema de colaboración para la gobernanza del río presidido por un guardián, llamado *Te Pou Tupua*, quien representa al río y ejerce sus derechos ante terceros.

52 *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017* (NZ), “Te Awa Tupua Act”.

Hay un aspecto que es conveniente resaltar en la ley *Te Awa Tupua*. Si bien el acuerdo trata de ser una forma de reparación histórica frente a procesos de desplazamiento, degradación ambiental y desarrollo inequitativo, e incluso en el mismo se hace una declaración de autonomía legal, no se otorga a los maoríes el derecho sobre la propiedad del “agua” del río, lo cual constituye una gran ambigüedad: el río tiene derechos pero el agua –así como su uso y abuso– pertenece a la Corona neozelandesa.

En este sentido, la ley *Te Awa Tupua*, más que otorgarles derechos a las comunidades Maoríes sobre la explotación del río, lo que hace es reconocer su especial relación de interdependencia con él. Adicionalmente, se reconoce al Whanganui y a sus afluentes como “una sola entidad indivisible”, respondiendo con ello a la antigua cosmovisión Maorí, que no es otra cosa que una forma de sentir, entender y comprender el mundo físico y espiritual como uno solo. Hay una frase tradicional Maorí que lo resume: “*I am the river, and the river is me*”.

Ahora bien, el texto que confiere al río personalidad legal implica que tiene todos los derechos, poderes, obligaciones y responsabilidades de una persona jurídica. Sin embargo, en cuanto río (al igual que una sociedad, un patrimonio o un fideicomiso) no puede actuar por sí mismo, acudir ante un tribunal o comprar un terreno, por lo que la legislación neozelandesa diseñó un sistema de “guardianes” para el Whanganui compuesto por dos personas: una en representación del Estado y otra de las comunidades maoríes.

Los desafíos que plantea este modelo son enormes, pues aunque constituye una creación legal muy interesante y ofrece una oportunidad de conservación al río y a las comunidades que ancestralmente han habitado en su cuenca, el verdadero alcance de este modelo se medirá cuando la garantía de sus derechos en tanto entidad natural con personería jurídica deba servir para enfrentar el complicado sistema de relaciones e intereses sobre el río compuesto por el gobierno, las autoridades locales y la empresa privada, entre otros.

2.2. EL GANGES: EL RÍO QUE NACIÓ DE LA CABEZA DE LA DIOSA SHIVA

El segundo reconocimiento de un río como sujeto de derechos se produjo en India, esta vez por vía judicial. En contraste con la tranquilidad oceánica de Nueva Zelanda y con sus procesos de negociación centenarios, en la frenética y populosa India –cuna de antiguas religiones, historias y cosmogonías– un

valeroso tribunal regional⁵³ decidió reconocer al río Ganges⁵⁴ personalidad legal para protegerlo de intensos procesos de contaminación industrial, urbanización y agricultura sin control. La noticia no es menor. Para los hindúes el Ganges tiene múltiples dimensiones: es sagrado, representa a la diosa Ganga y además es el río del cielo que fue canalizado por la diosa Shiva para purificar y salvar las almas de la humanidad.

Al margen de su creación mítica, el Ganges dista mucho de ser un río celestial. Nace en el Himalaya occidental, en el estado de Uttarakhand (norte de India) y junto con el río Brahmaputra conforma el delta más grande del mundo, el delta del Ganges, en el golfo de Bengala. Asimismo, el río es el centro de las más diversas actividades comerciales (ventas callejeras), religiosas (cremaciones, peregrinaciones), urbanísticas (construcción) e industriales (minería) que lo han convertido en uno de los más contaminados del mundo.

Ante este panorama, el Tribunal Estatal de Uttarakhand, mediante sentencia del 20 de marzo de 2017, declaró al río Ganges, su cuenca y afluentes una “entidad viviente y, por lo tanto, persona legal con todos los derechos, deberes y responsabilidades de una persona humana con el objeto de preservar y conservar el río”⁵⁵.

El Tribunal llegó a esta conclusión básicamente por dos razones: (i) los jueces identificaron que los graves riesgos asociados a la contaminación y al cambio climático amenazan la existencia y supervivencia del río Ganges de forma definitiva, y (ii) los jueces también tuvieron en cuenta el carácter sagrado y místico del río que, después de todo, es fundamental para más de la mitad de la población Indi. En consecuencia, decidieron utilizar una nueva herramienta judicial para lograr la protección integral del río: el reconocimiento de personalidad legal. Pero no se detuvieron ahí, sino que unas semanas después de la primera sentencia se atrevieron a ir mucho más allá y extendieron el ámbito de protección de la naturaleza, declarando sujeto de derechos a varios glaciares, ríos, selvas y bosques del Himalaya.

Para hacer realidad la protección de dichas entidades naturales, en especial del río Ganges, se determinó que el río –amparado bajo la figura de “menor con capacidad legal”– debía ser representado por dos tutores: el gobernador y

53 Tribunal Superior del Estado de Uttarakhand (India).

54 El nombre “Ganges” proviene de la palabra sánscrita “*gāṅgā*”, que significa “va, va” es decir, *que se mueve rápidamente*.

55 India. High Court of Uttarakhand. Mohd Salim con State of Uttarakhand & others, 20 March 2017, WPPL 126/2014.

el fiscal general del estado de Uttarakhand, con el objeto de proteger, conservar y preservar a la fuente hídrica. Sin embargo, dichos guardianes, en lugar de cumplir la orden, apelaron la decisión ante la Corte Suprema de India (máximo organismo judicial del país) y esta, al seleccionar el caso para su estudio, decidió revocar los efectos de la sentencia del Tribunal Estatal de Uttarakhand, así que la suerte de la protección del río Ganges ha quedado a la deriva.

3. EL CASO DEL RÍO ATRATO (COLOMBIA, 2016)

3.1. EL CASO EN CONTEXTO. UN RÍO DE ORO Y DE SANGRE

Paralelamente al proceso judicial en India, en Colombia, la Corte Constitucional declaró al río Atrato sujeto de derechos (noviembre de 2016–mayo de 2017)⁵⁶. El caso, sometido a consideración de la Corte Constitucional por parte del Centro de Estudios “Tierra Digna”, en representación de varias comunidades étnicas habitantes de la cuenca del río Atrato⁵⁷, contemplaba una caracterización muy amplia (más de 500 páginas) de los principales problemas estructurales que aquejan a Colombia: pobreza, corrupción, inequidad, violencia, narcotráfico, necesidades básicas insatisfechas (educación, salud, acueducto, alcantarillado), precaria infraestructura, falta de oportunidades, injusticia social, discriminación estructural, entre otros; todos ellos concentrados en el departamento de Chocó, el más pobre y aislado del país.

Sumado a lo anterior, expresaban los accionantes del caso que una “nueva” amenaza había surgido, unos veinte años atrás, para agudizar todos estos males: la explotación minera ilegal en el río Atrato y forestal en el territorio continental.

56 Debe aclararse que la sentencia T-622 de 2016 se votó y aprobó el 10 de noviembre de 2016, pero solo se publicó en mayo de 2017 por disposiciones internas de la Corte Constitucional. Por lo anterior, la providencia colombiana es anterior a la proferida en India y es el primer antecedente de este tipo a nivel mundial.

57 (i) El Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), integrado por 3.200 familias afrodescendientes congregadas en 43 comunidades con 73.000 hectáreas tituladas como territorios colectivos; (ii) el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia) compuesto por 120 comunidades afrodescendientes con 695.245 hectáreas tituladas como territorios colectivos, así como (iii) la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba) y (iv) el Foro Inter-Etnico Solidaridad Chocó (FISCH) (compuestos por 47 organizaciones).

El propósito principal de la acción de tutela era detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal ilegales, que incluyen maquinaria pesada –dragas y retroexcavadoras– y sustancias altamente tóxicas –como el mercurio– en el río Atrato (Chocó), sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes, actividades que se han venido intensificando en los últimos diez años y que están teniendo consecuencias nocivas y aun irreversibles en el ambiente, afectando con ello los derechos fundamentales de las comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que las mismas habitan⁵⁸. En este sentido, es preciso agregar que los accionantes del caso recurrieron a la acción de tutela como última instancia debido a que por años interpusieron diferentes acciones populares y de cumplimiento que no resultaron eficaces para enfrentar el problema denunciado.

De manera complementaria, denunciaban el completo abandono del Estado colombiano en materia de salud, educación e infraestructura básica en la región, que no cuenta con sistemas de acueducto, alcantarillado o disposición final de residuos. A este respecto, indicaban que la falta de un sistema adecuado y eficiente de abastecimiento de agua potable y saneamiento básico profundiza las consecuencias de las actividades de explotación antes descritas, ya que no se cuenta con rellenos sanitarios ni otros mecanismos de disposición final y tratamiento de basuras, las cuales en su mayoría se ubican a cielo abierto o son arrojadas al río Atrato y sus afluentes. Lo anterior, respaldado por la declaratoria de crisis humanitaria hecha por la Defensoría del Pueblo en septiembre de 2014.

El desafío planteado no era menor. La situación denunciada evidenciaba profundos problemas estructurales e institucionales del Estado colombiano que se han venido agudizando a lo largo de tres siglos en el departamento de Chocó, como consecuencia de una política administrativa centralista y un modelo de instituciones extractivas colonial, discriminatorio e inequitativo, muy en el sentido de lo que sostienen como característica de un clásico Estado fallido los profesores Acemoglu y Robinson en su obra *Why Nations Fail*⁵⁹.

58 En síntesis, solicitaron al juez constitucional la tutela de “los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes, y en consecuencia, se emitan una serie de órdenes y medidas que permitan articular soluciones estructurales ante la grave crisis en materia de salud, socio-ambiental, ecológica y humanitaria que se vive en la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aldeaños”.

59 ACEMOGLU, DARON y ROBINSON, JAMES. *Why Nations Fail*, New York, Crown Publishers, 2012.

Adicionalmente, una constante histórica del centralismo y el abandono de la región Pacífica la comparten el Caribe y las zonas que antes de la Constitución Política de 1991 se denominaban “territorios nacionales”, las regiones de la Orinoquía y la Amazonía. En contraste, la región Andina ha sido el centro político, administrativo y económico del país, lo que ha generado un profundo desequilibrio entre las diferentes naciones pluriétnicas y multiculturales que perviven con no pocos sacrificios al interior del Estado colombiano.

Así las cosas, la Corte enfrentaba un caso muy complejo de minería criminal y deforestación en una región del país en la que la presencia del Estado es muy precaria y la Constitución no tiene plena vigencia. Allí, en la práctica, no hay nación ni tampoco Estado, salvo por unos edificios emblemáticos que aspiran a representarlo: la sede local del Banco de la República, una estación de policía, un tribunal superior y la Fiscalía General de la Nación, lo cual recuerda las cuatro crónicas —a medio camino entre surrealistas y mágicas— que sobre el Chocó escribió Gabriel García Márquez para *El Espectador* en septiembre de 1954^[60]. Algunas de las primeras preguntas que surgieron ante este difícil panorama fueron: (i) ¿cómo ofrecer una solución constitucional integral a las múltiples problemáticas estructurales denunciadas y asimismo garantizar la eficacia de las decisiones que se vayan a adoptar?, y adicionalmente, (ii) ¿cómo no suplantar al ejecutivo, al legislativo y a las autoridades regionales y locales en la realización de sus funciones constitucionales?

En atención a lo anterior, la Corte decidió seleccionar la tutela en vista del problema ambiental que se conjuga no solo en la protección de los accionantes, sino en las precarias condiciones en que se encuentra el río Atrato y su entorno. En este orden de ideas, la Sala consideró que el problema jurídico a resolver consistía:

... en determinar si debido a la realización de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños, y a la omisión de las autoridades estatales encargadas de hacer frente a esta situación, tanto del nivel local como del nacional, se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes⁶¹.

60 La serie de crónicas recibió los títulos “Historia íntima de una manifestación de 400 horas”, “Una familia unida sin vías de comunicación”, “Aquí se aprende a leer en el Código Civil” y “La riqueza inútil del platino colombiano”.

61 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016.

En consecuencia, en el problema jurídico la Corte analizó la procedibilidad de la acción de tutela y posteriormente se encargó de estudiar tres asuntos:

(i) la fórmula de Estado social de derecho en relación con (a.) la relevancia constitucional de la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el ambiente y la biodiversidad, (b.) el derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales; (ii) la minería y sus efectos sobre el agua, el ambiente y las comunidades étnicas en relación con el principio de precaución; y finalmente (iii) el análisis del caso concreto⁶².

3.2. NUEVOS ARGUMENTOS, VIEJOS ARGUMENTOS (LOS ARGUMENTOS PRINCIPALES DE LA DECISIÓN)

Los argumentos que motivaron la providencia que resolvió el caso del río Atrato plantearon una moderna concepción de Estado social de derecho (ESD) que viene a ser algo así como el *statement* político-constitucional de la sentencia T-622 de 2016. Dicha reflexión partió de examinar el concepto, desarrollo y alcance de la fórmula del ESD concebida por la Asamblea Constituyente de 1991 y su posterior implementación por el Tribunal Constitucional a lo largo de 25 años de jurisprudencia, en particular, “respecto de la satisfacción de las necesidades más básicas de los colombianos –en términos de dignidad humana, justicia social y bienestar general–, [de] la protección de los más débiles o personas en condición de gran vulnerabilidad, del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación y de la protección del ambiente y de los recursos naturales, todos ellos, pilares fundacionales de la República”⁶³.

La sentencia se encuentra claramente inscrita en un marco filosófico liberal-progresista, caracterizado por la decisión irrevocable de avanzar en la construcción –donde resulte necesario– e implementación –donde haya avances– del modelo de ESD, comenzando por los territorios más vulnerables y apartados del país, que son los lugares que, paradójicamente, conjugan a un mismo tiempo nuestra mayor riqueza natural, étnica y cultural. Fue por esa razón que la providencia se centró en buscar, recurriendo a *pensar* por fuera

62 Ibid.

63 Ibid.

del derecho, una o varias figuras que permitieran la protección integral del *Chocó biogeográfico*.

En ese mismo orden de ideas, la estructura argumentativa de la sentencia se concentró en cinco ejes: (i) enfoque ecocéntrico; (ii) concepto de derechos bioculturales; (iii) dimensionamiento de los principios de prevención y precaución; (iv) declaratoria del río Atrato como sujeto de derechos, y (v) diseño e implementación de un mecanismo mixto de seguimiento al cumplimiento de la sentencia integrado por organismos de control, académicos, científicos, ONG y los guardianes del río (que hacen parte de las comunidades accionantes).

Respecto del primer eje, el entendimiento de la relación río-comunidades desde la perspectiva ecocéntrica fue evolucionando para pasar de ser comunidades/población humana por un lado, y río/naturaleza por el otro, como es tradicional en el derecho occidental, a convertirse (bajo una comprensión más cercana a la biología) en una misma *entidad-sujeto* de protección. Este dimensionamiento teórico del enfoque permitió llevarlo más allá de la simple paridad ambiente-hombre, hacia una comprensión de la necesidad de amparar los derechos de la naturaleza en sí mismos pero interrelacionados con los de los seres humanos, bajo una lógica muy simple: naturaleza y poblaciones humanas hacen parte de una misma entidad biológica en tanto ambas son *especies* que integran el planeta y dependen de sí mismas para su supervivencia. Es claro que si se afecta a una, este hecho impactará a la otra y viceversa.

En cuanto al *enfoque ecocéntrico* dimensionado en la sentencia del río Atrato, la Corte estableció:

... la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie, como parte de una misma entidad. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por varios miles de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta.

A pesar de la introducción de la perspectiva ecocéntrica dentro de la sentencia, se encontró que este enfoque por sí mismo no bastaba para ser implementado y que era necesario complementarlo desde una dimensión constitucional: es allí cuando entra en escena la figura de los derechos bioculturales, que es justamente el segundo eje argumentativo de la sentencia.

La adopción del concepto de *derechos bioculturales*⁶⁴ como una suerte de categoría *bio-antropo-legal* permitió llenar de contenido constitucional el enfoque ecocéntrico, integrando bajo una misma cláusula de protección las disposiciones dispersas en materia ambiental y cultural de las comunidades étnicas, que en nuestra Constitución están presentes en los artículos 7.º, 8.º, 79, 80, 330 y 55 transitorio. A partir de allí, se preparó el camino argumentativo que llevó a la declaratoria del río Atrato como sujeto de derechos.

La integración de estos dos conceptos (perspectiva ecocéntrica y derechos bioculturales) permitió a la Corte utilizar dos argumentos novedosos para solucionar el caso, dado que el concepto de derechos bioculturales parte del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas y rurales que los habitan (perspectiva ecocéntrica), los cuales son interdependientes y no pueden comprenderse aisladamente⁶⁵.

La complementariedad entre los dos conceptos antes descritos permitió considerar que, desde la perspectiva biocultural, la conservación de la biodiversidad conlleva necesariamente la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella. Fue este supuesto, que privilegia la protección integral comunidades-río, poblaciones humanas-naturaleza, el que efectivamente constituyó el eje cardinal de la sentencia. De esta manera, la Corte concluyó:

... las políticas públicas sobre la conservación de la biodiversidad deben adecuarse y centrarse en la preservación de la vida, de sus diversas manifestaciones, pero principalmente en la preservación de las condiciones para que esa biodiversidad continúe desplegando su potencial evolutivo de manera estable e indefinida, tal y como lo ha señalado la Corte en abundante jurisprudencia⁶⁶. De igual forma,

64 Los 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 y 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 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 y no pueden comprenderse de manera aislada.

65 BAVIKATTE, K. y BENNETT, T. "Community stewardship: the foundation of biocultural rights", *Journal of Human Rights and Environment*, vol. 6, n.º 1, 2015.

66 Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-411 de 1992, T-415 de 1992, T-536 de 1992,

las obligaciones del Estado sobre protección y conservación de los modos de vida de los pueblos indígenas, las comunidades negras y campesinas implican garantizar las condiciones para que estas formas de ser, percibir y aprehender el mundo puedan pervivir.

En relación con el tercer eje, es decir, la aplicación de los principios de prevención y precaución⁶⁷ como consecuencia de la realización de actividades de minería criminal, vale la pena resaltar que en la sentencia se optó por aplicar directamente los referidos principios para evitar la causación de un daño irreversible al río Atrato y a sus comunidades tributarias, protegiendo a un mismo tiempo el derecho a tener un ambiente sano y a la salud en conexidad con la vida. En concreto, se definió que la aplicación del principio de precaución en el caso concreto tenía como fines: (i) prohibir que en adelante se usen sustancias tóxicas como el mercurio en actividades de explotación minera, ya sean legales, ilegales o criminales, y (ii) declarar que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y restauración.

Una vez introducidos estos principios dentro de la decisión, el andamiaje constitucional y dogmático ya estaba construido para la declaratoria del río Atrato como sujeto de derechos, cuarto eje de nuestro ejercicio. La reflexión en este sentido se centró en la necesidad de ampliar el ámbito de protección de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de protección del ambiente, *Constitución Ecológica* y los derechos bioculturales que predicán la protección conjunta e interdependiente del ser humano con la naturaleza y sus recursos.

En consecuencia, se declaró que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su *protección, conservación, mantenimiento y restauración*. Dicha declaratoria significa que el río es sujeto de *derechos legales autónomos –no fundamentales*, que se predicán únicamente de las personas humanas– y puede ser representado y defendido –por sus representantes legales, *los guardianes*– frente a todas las acciones y omisiones que amenacen su pervivencia como entidad viva no humana. Esta figura también reconoce el estrecho vínculo

T-092 de 1993, C-519 de 1994, C-200 de 1999, C-431 de 2000, C-671 de 2001, C-339 de 2002, T-760 de 2007, C-595 de 2010, T-080 de 2015 y C-449 de 2015, entre otras.

67 Declaración de Río de Janeiro sobre Ambiente y Desarrollo de 1992: “Principio 15. Con el fin de proteger el ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente”.

de interdependencia que existe entre las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato, y por eso su protección se extendió a todo el territorio con efectos *inter communis*⁶⁸.

3.3. UNA SENTENCIA DIALÓGICA Y UN EXPERIMENTO CONSTITUCIONAL

Por otra parte, esta no es una declaratoria vacía de contenido o simplemente simbólica. De hecho, se instrumentalizó para lograr la ejecución progresiva de las órdenes de la sentencia: se dispuso la conformación de una Comisión de Guardianes (uno por el Estado, otro por las comunidades⁶⁹), un Comité de Seguimiento independiente de la Corte Constitucional, conformado por organismos de control (Procuraduría General de la Nación, quien lo preside, Defensoría del Pueblo y Contraloría General de la República), organizaciones académicas y de la sociedad civil, y un Panel de Expertos⁷⁰.

Precisamente, el último eje de la sentencia, referente a un mecanismo de seguimiento independiente de la Corte Constitucional —coordinado por organismos de control con participación de actores de diferentes sectores de la sociedad civil, universidades, centros de pensamiento, ONG, investigadores y organismos internacionales—, se inscribe en el marco del constitucionalismo dialógico y es, sin duda, todo un experimento constitucional.

Dicho *experimento* se construyó bajo la metodología de las llamadas *sentencias dialógicas*⁷¹, lo cual implica que fueron diseñados y establecidos diversos

68 Los efectos *inter communis* pueden definirse como aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

69 Las comunidades accionantes en coherencia con sus usos y costumbres ancestrales interpretaron la figura de los guardianes de forma colectiva, eligiendo a 14 personas, como se verá más adelante.

70 En el numeral noveno de la sentencia T-622 de 2016 se determinó que la Procuraduría General de la Nación coordinaría el mecanismo de seguimiento acompañada por la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, con el respaldo de un panel de expertos integrado por personas y organizaciones especializadas en los temas estudiados en la providencia.

71 Para un estudio más detallado de este tema, véanse GARGARELLA, ROBERTO. *Por una justicia*

mecanismos de seguimiento e indicadores de cumplimiento con el objeto de conjurar la situación estructural de vulneración de derechos. Esta clase de estrategia asegura un monitoreo y evaluación permanente de las medidas determinadas para asegurar el cumplimiento de una decisión judicial, una ley o una prerrogativa constitucional. Dicho mecanismo permite incluso desarrollar y ajustar tales mandatos a medida que se van implementado, por ejemplo, los planes y programas ordenados por una sentencia judicial. Adicionalmente, se concibieron *órdenes dinámicas* que permiten que las medidas o políticas específicas se desarrollen durante el seguimiento y la implementación del fallo. Se trata, si se quiere, de una *sentencia en movimiento* que ha dejado abierta la posibilidad a que se profieran nuevas decisiones en la etapa de seguimiento, según resulte necesario⁷².

Dos ejemplos ilustran el carácter dialógico de la sentencia T-622 de 2016. El primero es que las comunidades hayan escogido los guardianes del río colegiadamente, y que en lugar de uno eligieran catorce; en lugar de proteger el río Atrato de la minería ilegal y criminal, el río se convirtió en su causa de vida y son sus defensores ante cualquier clase de afectación que otras actividades puedan causarle. De manera paralela, se ha conformado una red de más de cien defensores del Atrato, integrada por niños, adolescentes y adultos mayores, llamada “Todos somos guardianes del Atrato”, gracias a la gran labor pedagógica y de difusión de la sentencia que ha desarrollado el vicario de la diócesis local, el padre Sterlin Londoño.

El segundo, es la conformación de la Comisión Interinstitucional para el Departamento de Chocó. Luego de una ardua negociación de casi un año, la Presidencia de la República expidió el decreto a través del cual, de forma histórica, constituyó un mecanismo de articulación interinstitucional para atender el cumplimiento de la sentencia T-622 de 2016. El gran desafío: lograr

dialógica, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014; y RODRÍGUEZ, CÉSAR. *Juicio a la exclusión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

72 El mecanismo mixto de seguimiento construido para el caso del río Atrato ha surgido, entre otras razones, como respuesta al alto nivel de abstracción conceptual y a la falta de eficacia de las salas de seguimiento concebidas por la Corte Constitucional para conjurar los denominados “estados de cosas inconstitucionales”, en particular, en las sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008, las cuales han terminado convertidas en sendos observatorios de política pública. Una crítica detallada a esta estrategia desborda los propósitos de este artículo y por esa razón tan solo se enuncia.

un adecuado nivel de efectividad para articular y coordinar a cerca de cincuenta instituciones estatales en el cumplimiento de una sentencia dialógica.

Finalmente, hay tres elementos centrales en la decisión que merecen ser resaltados: (i) el reconocimiento del derecho a un ambiente sano como *interés superior y pilar fundacional de la Constitución*; (ii) el reconocimiento del *derecho al agua como derecho fundamental* en sí mismo, en tanto recurso hídrico no relacionado con la producción de agua potable, y (iii) el dimensionamiento del concepto de los *derechos bioculturales* en relación con la protección del ambiente y la *declaratoria de sujeto de derechos* para llenarla de contenido a través de una serie de órdenes dirigidas a salvar el río y proteger a las comunidades que cohabitan en la región (como si se tratara de una misma entidad *río-comunidades*), así como el establecimiento de un mecanismo de seguimiento dinámico y permanente.

En adición a lo anterior, se hicieron una serie de recomendaciones en materia de política pública, a partir de las cuales se planteó la inconveniencia del actual modelo de desarrollo minero-energético colombiano, que recoge algunos de los argumentos que al respecto ha planteando el profesor Arturo Escobar en su obra *Encountering development*, esencialmente desvirtuando la necesidad de “modelos de desarrollo” impuestos por otros países o por organizaciones multilaterales, para plantear la necesidad de construir sistemas propios de progreso social basados en los usos, costumbres y tradiciones de cada nación⁷³.

3.4. UNA NOTA PEREGRINA SOBRE LOS DESAFÍOS QUE ENFRENTA UN RÍO CON DERECHOS

Escribo este texto a poco más de tres años de vigencia de la sentencia T-622 de 2016, período durante la cual he podido –gracias a diversos azares del destino– acompañar su proceso dialógico y progresivo de implementación. Hoy puedo decir que los desafíos son inmensos y que tal como se planteó en la sentencia tomará un tiempo considerable ver su ejecución completa. Por eso, he señalado la necesidad de hablar en términos de un cumplimiento progresivo. Esto es perfectamente entendible dada la magnitud de las vulneraciones que se pretende corregir en medio de la falta de presencia del Estado

73 ESCOBAR, ARTURO. *Encountering development: the making and unmaking of the Third World*, Princeton University Press, 1995.

y ante la escasa vigencia de la Constitución en la región. Lo anterior, sumado a procesos históricos de imposición de instituciones políticas y económicas extractivas, discriminación y aislamiento geográfico y administrativo (que son centenarios), hace que la construcción de ESD en Chocó sea todo un desafío y, también, un experimento.

En concreto, desde el mecanismo de seguimiento he podido constatar que la Procuraduría General de la Nación —en compañía de la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República—, en su rol de coordinador del proceso de seguimiento, ha diseñado un plan de acción y una completa batería de indicadores con el fin de poder evaluar el cumplimiento de las órdenes de la sentencia y vigilar la conducta de las entidades accionadas. Durante este tiempo, tanto el Comité de Seguimiento, como el Panel de Expertos y la Comisión de Guardianes han sido instalados y puestos en funcionamiento. A la fecha se han realizado dos audiencias públicas y presentado cinco informes generales de seguimiento a la Corte Constitucional (diciembre de 2017, junio de 2018, diciembre de 2018, junio de 2019, diciembre de 2019) con activa participación de la Comisión de Guardianes y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (juez de primera instancia del caso), que reflejan un cumplimiento lento aunque progresivo de las órdenes⁷⁴.

Esta medición responde a varios factores. El mecanismo de seguimiento ha identificado una gran debilidad institucional en los niveles locales y regionales, por lo que se ha concentrado en formar y reforzar su presencia territorial en las regiones afectadas, capacitando a sus funcionarios en los departamentos de Chocó y Antioquia. En el nivel central (Presidencia de la República, ministerios y departamentos administrativos) hay una mayor dinámica de trabajo y en su mayoría se han diseñado los diferentes planes que fueron ordenados. Sin embargo, este proceso no ha estado exento de dificultades, por cuanto —en una primera etapa— para el ejecutivo no existía mayor diferencia entre los planes ordenados y la denominada “oferta institucional” diseñada para el departamento de Chocó; tampoco existía ninguna articulación institucional, en gran parte debido al marcado carácter centralista y poco democrático del gobierno central y las entidades accionadas. Gracias a la intervención conjunta

74 El Panel de Expertos ha tenido una participación itinerante en el proceso debido a algunos problemas de articulación y compromiso de las partes que componen este espacio. Debido a ello, el Comité de Seguimiento está reestructurando la figura, en conjunto con los integrantes del mismo, y replanteando la naturaleza y el alcance de su participación para que esta sea permanente y efectiva.

del Comité de Seguimiento y la Comisión de Guardianes se logró reconducir tal escenario y, tal y como lo ordena la sentencia, los planes fueron diseñados desde el primer día con las comunidades⁷⁵.

Sin duda alguna, el cumplimiento integral de las órdenes de la sentencia va a tomar varios años más, tal vez décadas. Y en esto debo ser realista y optimista a la vez. Afortunadamente, los *mecanismos dialógicos* para enfrentar los problemas que planteó la acción de tutela fueron diseñados y previstos con esta realidad en mente. Ahora bien, la implementación de las acciones proyectadas solo va a ser posible con el apoyo permanente del Comité de Seguimiento, el Panel de Expertos y la Comisión de Guardianes. El desafío que plantea construir ESD así como vigencia de la Constitución en una región del país con tantos problemas históricos y estructurales dificulta enormemente el avance en el cumplimiento de las órdenes. A esto debe sumarse una práctica sociocultural y política que hace muy precario el funcionamiento de las autoridades locales, lo cual demanda un compromiso conjunto entre el Estado colombiano (gobierno nacional y entes territoriales), organismos de control y comunidades. Un compromiso que pasa por el desarrollo de una metodología de trabajo centrada en la región y focalizada en tres aspectos: *territoriales, étnicos y bioculturales*. Reitero, el desafío es inmenso, pero en esto, justamente, consiste el experimento de construcción de ESD y justicia material que encarna la sentencia que declaró al río Atrato sujeto de derechos.

III. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA EN LA ERA DEL CAMBIO CLIMÁTICO

There is as yet no ethic dealing with man's relation to land and to the animals and plants which grow upon it. Land, like Odysseus' slave-girls, is still property. The land relation is still strictly economic, entailing privileges but no obligations.

Aldo Leopold (1949)⁷⁶

Los tres casos antes referidos, a pesar de sus evidentes diferencias sociales, geográficas, históricas y políticas, han sido entendidos por los defensores de

75 La sentencia T-622 de 2016 estableció claramente que la participación de las comunidades étnicas accionantes debe ser transversal en la construcción de todas las órdenes.

76 LEOPOLD, ALDO. *A sand county almanac*, Nueva York, Oxford University Press, 1989.

los derechos de la naturaleza a nivel mundial como el comienzo de la aplicación directa de la teoría ecocéntrica y de la reinterpretación de las ficciones creadas por el derecho para proteger la naturaleza. En igual sentido, se ha considerado que otorgar personalidad jurídica a la naturaleza representa el reconocimiento de su valor intrínseco (y no solo su valor como recurso explotable) en la medida en que permite fortalecer la protección de los ríos y las fuentes de agua respecto de quienes pretendan afectarlos o destruirlos. En todo caso, resulta muy interesante resaltar que, por lo menos, en los casos de Nueva Zelanda y Colombia la aplicación de la teoría ecocéntrica en la protección de los ríos se ha dado en un contexto en el que las comunidades étnicas y rurales reclaman tener una relación armónica de interdependencia y respeto por la naturaleza basada en su cosmovisión, prácticas tradiciones y ancestrales, en clara oposición a los modelos occidentales de desarrollo utilitarista.

En este sentido, mientras se exploraron los modelos de protección diseñados para cada caso encontré que podrían sugerir que no existe una distinción radical entre la aplicación de la perspectiva antropocéntrica y ecocéntrica por cuanto la protección de los ríos en ambos casos se ha otorgado, en principio, en tanto existe una relación entre las comunidades étnicas y la naturaleza⁷⁷. Sin embargo, también creo que la reinterpretación de la teoría ecocéntrica en el caso del río Atrato ha sido un paso fundamental para lograr una protección de la naturaleza por su importancia en sí misma, por tratarse de un ser vivo, y no en dependencia de la relación que tenga o no con una comunidad urbana, rural o étnica, abriendo con ello nuevas posibilidades de interpretación hacia la construcción de nuevos marcos teóricos de protección ambiental⁷⁸.

I. ¿QUIÉN QUIERE SER COLECCIONISTA DE RÍOS?

El filósofo y matemático Bertrand Russell escribió en su obra *The conquest of happiness* (1936) que una de las pasiones de su vida era “coleccionar ríos”, y

77 En este sentido es importante aclarar que la protección de la naturaleza no debe depender de una suerte de “relación especial” que tenga una determinada comunidad con un río, un bosque o una montaña, pues la guarda de la naturaleza es un patrimonio de la humanidad que no admite la imposición de esencialismos antropológicos. En cualquier caso es preciso decir que las *cosmovisiones indígenas* tienen mucho por enseñar a Occidente en relación con el cuidado y el establecimiento de una relación armónica con la Madre Tierra.

78 MACPHERSON y CLAVIJO OSPINA. “Rivers as persons in Aotearoa New Zealand and Colombia”, cit., pp. 283-293.

afirmaba con gran orgullo que había recorrido desde el Volga en Rusia hasta el Yangtsé en China, y a un mismo tiempo lamentaba no haber podido llegar a conocer los ríos Amazonas ni Orinoco en Suramérica⁷⁹. Poco más de ochenta años después, el mismo Russell se sorprendería con la noticia de que esos ríos que tanto admiraba, a parte de ser elementos de exótica recreación colonial o de simple curiosidad científica, hoy, en la lejana posmodernidad, empiezan a ser entendidos –desde una perspectiva ontológica y constitucional– como entidades sujeto de derechos y, por tanto, con personalidad jurídica.

Los defensores de la naturaleza son algo así como coleccionistas de ríos. Coleccionistas de la invaluable riqueza natural del planeta que habitamos hace apenas unos miles de años pero que lamentablemente no hemos terminado de comprender. Tal vez debamos entender que todo el sentido de proteger la naturaleza consiste en coleccionar su inmenso potencial biológico en tanto es un ser vivo al que los seres humanos estamos integrados. A veces se olvida un principio básico: los seres humanos hacemos parte de la naturaleza como conjunto ecosistémico producto de la evolución de las especies. En ese sentido, nosotros también somos la naturaleza y hacemos parte de la “colección”.

En medio de este cambio de conciencia, la necesidad de diseñar un nuevo sistema de protección integral que ponga en el centro de las prioridades a la naturaleza es urgente. Estamos viviendo una profunda crisis en la que el Estado liberal individualista, la democracia, las instituciones y los sistemas económicos, todas ficciones creadas por el derecho hace no más de tres siglos, amenazan con derrumbarse frente al cambio climático (hoy, denominado emergencia climática) y sus efectos asociados: pandemias, catástrofes, inundaciones.

Es el momento de actuar antes de que sea demasiado tarde, aunque para algunos teóricos destacados, como Cormac Cullinan, parece que ya es demasiado tarde, cuando, parafraseando al científico James Lovelock, advierte: “*Earth’s climate system has already passed the point of no return and [...] Earth is now spinning inexorably towards a new equilibrium which will be inhospitable to human life*”⁸⁰.

A pesar de todo, es el momento de tomar acciones concretas, de ampliar el horizonte de las ideas e intentar todas las medidas que estén a nuestro alcance para preservar el equilibrio planetario. Nuestra generación tiene la posibilidad, única, de repensar y transformar las instituciones en crisis que representan

79 RUSSELL, BERTRAND. *The Conquest of Happiness*, Londres, Routledge, 1975.

80 CULLINAN, CORMAC. *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, Devon, Green Books, 2011.

un mundo del pasado que ya no existirá más, de derrumbar las viejas barreras formales de interpretación en el derecho.

Por eso, desde la deconstrucción de las ficciones creadas por el derecho (entre ellas, la personalidad jurídica), como he sostenido antes en la primera parte de este artículo, se abre un camino de esperanza para lograr nuevos desarrollos que permitan una protección integral de la naturaleza, a través de un nuevo lenguaje constitucional.

Uno de estos nuevos desarrollos podría partir de la reinterpretación de la “personalidad jurídica” como un concepto dinámico que permita (i) des-humanizar el lenguaje y precisar un nuevo concepto de ficción jurídica basado en los atributos de la naturaleza; (ii) diseñar un sistema constitucional de protección de la naturaleza que, desde una perspectiva biológica, la dimensione como *entidad viva, ecosistémica y autónoma*, digna de protección por el derecho en sí misma, y que responda al principio de conservación de la armonía y respeto por el mundo natural; y (iii) promover un proceso de transformación cultural de la conciencia humana en el que la naturaleza deje de ser entendida simplemente como objeto y se integre a nuestra racionalidad como entidad sujeto de derechos.

La implementación de esta clase de medidas exigirá importantes sacrificios que van a transformar la comodidad y la individualidad en que vivimos como sostiene el profesor Christopher Stone⁸¹. ¿Estaremos dispuestos a hacerlos?

2. EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO REVOLUCIÓN DE DERECHOS (Y ÚLTIMA OPORTUNIDAD)

El reconocimiento de personalidad legal a entidades naturales como ríos, montañas y bosques ha suscitado un álgido debate académico internacional que apenas comienza con la formulación de las preguntas: ¿puede ser la naturaleza una persona?, ¿tendría los mismos derechos de una persona?, ¿quién podría hablar por la naturaleza? Preliminarmente, he dicho que la primera medida que hay que tomar es “deshumanizar” las ficciones en el derecho y reinterpretarlas en torno a una ética y un lenguaje más cercanos a la conservación de la naturaleza.

81 STONE, CHRISTOPHER. *Should Trees have standing?: Law, morality and the environment*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

En un sentido similar, el respetado conservacionista norteamericano Aldo Leopold reflexionó hace más de setenta años sobre la necesidad de pensar en una ética de la tierra y planteó la cuestión de la siguiente manera:

This sounds simple: do we not already sing our love for and obligation to the land of the free and the home of the brave? Yes, but just what and whom do we love?. Certainly not the soil, which we are sending helter-skelter downriver. Certainly not the waters, which we assume have no function except to turn turbines, float barges, and carry off sewage. Certainly not the plants, of which we exterminate whole communities without batting an eye. Certainly not the animals, of which we have already extirpated many of the largest and most beautiful species. A land ethic of course cannot prevent the alteration, management, and use of these [so called] 'resources,' but it does affirm their right to continued existence, and, at least in spots, their continued existence in a natural state⁸².

Este debate que han creído del presente, para nuestra sorpresa, ya es el futuro.

Si a alguien le queda alguna duda sobre qué es una revolución de derechos o qué se siente al vivir en medio de una revolución de derechos, debo decirle que la revolución ya ha comenzado con la declaratoria de ríos como sujetos de derecho y que continúa desarrollándose dramáticamente con el advenimiento de la emergencia climática.

2.1. HAY QUE LLENAR LA REVOLUCIÓN DE CONTENIDO

En este artículo he presentado algunas de las principales preguntas que suscita el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y he analizado los tres casos más importantes a nivel mundial, los cuales se presentaron en Nueva Zelanda, Colombia e India. Antes de abordar el tema final de este acápite me permitiré hacer un breve comentario sobre dos ideas que deberían ser tenidas en cuenta al momento de diseñar nuevos modelos de protección de la naturaleza.

En efecto, uno de los desafíos más complejos que comparten los tres casos está relacionado con que la declaratoria (de sujeto de derechos) no se convierta en un discurso vacío o simbólico sino que, por el contrario, disponga de herramientas para llenar de contenido la declaratoria: a mi juicio, la única

82 LEOPOLD, ALDO. *A sand county almanac*, Nueva York, Oxford University Press, 1989.

posibilidad que tienen para transformar la realidad. En la actualidad hay varios mecanismos que permitirían llenar de contenido una declaratoria de sujeto de derechos. Para los propósitos de este estudio, destacaría dos en particular, porque son los que la experiencia colombiana ha sugerido –hasta el momento– tienen mayor probabilidad de ser implementados con éxito.

En primer lugar, cuando vía sentencia judicial (como en el caso del río Atrato en Colombia) o vía ley del parlamento (como en el caso del río Whanganui en Nueva Zelanda) se declare que una entidad natural, ya sea río o bosque o montaña, es sujeto de derechos, es indispensable que tal declaratoria esté provista de herramientas legales que permitan su efectiva implementación en el tiempo.

Los *sistemas de seguimiento*⁸³ –a través de relatorías, paneles o comisiones– han demostrado ser altamente eficaces en el monitoreo y evaluación permanente y con indicadores de las medidas determinadas para asegurar el cumplimiento de una decisión judicial, una ley o una prerrogativa constitucional. Dicho mecanismo también permite desarrollar y ajustar tales mandatos a medida que se van implementado, por ejemplo, los planes y programas ordenados por una sentencia judicial o estipulados por una ley. También resulta una figura muy útil para trabajar en casos de graves problemáticas estructurales. Sin embargo, tiene un “talón de Aquiles”: requiere de un tiempo considerable para poder desplegar resultados e impactar la realidad, como todo proceso de construcción colectiva⁸⁴.

En segundo lugar, los *instrumentos integrales de protección territorial*⁸⁵ son otra alternativa que ha demostrado ser viable para generar espacios de diálogo democráticos e interculturales en casos de graves conflictos territoriales y socioambientales que involucren a comunidades étnicas en la defensa

83 En general, conformados por actores de diferentes sectores de la sociedad civil, universidades, centros de pensamiento, ONG, investigadores, organismos internacionales, entidades estatales y organismos de control.

84 Como se reseñó en la segunda parte de este artículo, el mecanismo de seguimiento dispuesto para el caso del río Atrato en Colombia ha seguido esta lógica y está compuesto por tres instrumentos: (i) el Comité de Seguimiento, (ii) la Comisión de Guardianes y (iii) el Panel de Expertos.

85 Como parte de mi trabajo de investigación sobre mecanismos no convencionales para la protección de la naturaleza y su relación con las comunidades étnicas, estoy construyendo un piloto de instrumento integral de protección con los pueblos étnicos de la Sierra Nevada (Colombia) que busca que la Sierra sea declarada sujeto de derechos a través de procesos dialógicos con las autoridades y demás actores de la región.

de la naturaleza. Este mecanismo consiste en sentar a los diferentes actores en conflicto en un territorio, ya sean étnicos, rurales o urbanos, a compartir sus experiencias sobre la tierra, el territorio, la naturaleza, el desarrollo y los recursos, de manera que se puedan explicar los significados que tienen estos diferentes espacios (culturales, espirituales o sagrados) y se tracen estrategias de gobernanza, organización y protección del territorio con el mayor grado de consenso.

También son espacios de intercambio de concepciones y saberes, en donde se confrontan las visiones del mundo, los significados y la validez de las formas legales y de ordenamiento territorial. En suma, esta estrategia anfibia permite que la planeación y organización del territorio se realice a través de un proceso de diálogo intercultural que dimensione las visiones de las comunidades y pueda ser integrado al proceso de construcción de normas de ordenamiento.

2.2. LA DECONSTRUCCIÓN DEL PASADO. UN EPÍLOGO

Sin duda alguna, la emergencia climática es uno de los detonantes de esta revolución de derechos que hemos llamado *derechos de la naturaleza*. Una revolución que es global y que nos afecta a todos. Una revolución que no se detiene. Pocas veces en la historia una revolución afectó tan poderosa e intensamente a todas las naciones en tan poco tiempo.

Sin embargo, como en las grandes revoluciones del siglo XVIII en Estados Unidos y Francia, hoy tenemos la posibilidad de transformar nuestra comprensión de la naturaleza de forma transdisciplinar, e incluso, a través del derecho pero no exclusivamente por sus viejos caminos. También tenemos la oportunidad de reescribir las reglas de los sistemas políticos, económicos y de la democracia. Incluso del Estado. Como señala el profesor Sam Adelman, es necesario que replanteemos nuestro lugar en el mundo y nos preguntemos: “¿qué implica ser un ciudadano del siglo XXI? ¿Qué significa?”⁸⁶.

Realmente no lo sé con exactitud, aunque lo haya discutido varias veces con Sam. Sin embargo, sé que en el estudio del devenir de la historia de la humanidad pueden encontrarse algunas respuestas, y también reflexiones sobre nuevos y viejos problemas. *Lecciones* sobre las formas en que funciona la extraña maquinaria del mundo, la humanidad y la historia que recorre

86 ADELMAN, SAM. *Justice, development and sustainability in the Anthropocene*, Londres, Edward Elgar Publishing, 2019.

miles de años e incontables generaciones. También surgen nuevas preguntas acompañadas de viejas ideas.

Con ese horizonte epistemológico en mente, en este artículo he querido visitar las ideas de antiguos pensadores griegos, en busca de una respuesta a la pregunta sobre el origen del concepto de *naturaleza*, en particular, ¿qué se entiende por ella?, y, además, si es que existe algo así como el descubrimiento o “la invención de la naturaleza”, también sus significados. He recorrido los viejos tratados de derecho romano de Cayo, Ulpiano y Justiniano (muchas veces caricaturizados por Cicerón y Aulio Gelio, también satirizados por Gibbon) tratando de entender la forma en que concibieron un singular orden legal para la vida cotidiana, pero más allá de ello, el proceso de invención de oscuras ficciones jurídicas que dieron lugar a los conceptos de persona, cosa y acción. Hoy, prácticamente olvidados⁸⁷.

Ciertamente la invención y el significado de la noción de persona y, en particular, de *persona jurídica* ofrece importantes luces a nuestro estudio. La invención de ficciones por la gramática del derecho denota la posibilidad de *reinterpretar* la figura con el propósito de plantear una teoría que ofrezca algunas respuestas pero también alternativas a la necesidad urgente de proteger la naturaleza ante la inminencia de la emergencia climática; de redimensionar su lugar en el derecho constitucional.

Sin embargo, creo que para darle una nueva forma a las ficciones en el derecho es necesario *deconstruirlas*, es decir, someterlas a un proceso conceptual de análisis lingüístico y semántico a través del cual se descomponen por partes (lo que realmente opera como una destrucción), luego se reconstruyen (por ejemplo, se des-humanizan) y finalmente, aplicando los principios de la pregunta y la duda, se deconstruyen. El resultado, una ficción jurídica con la capacidad de representar nuevos sujetos (multidimensionales, quizá multi-espaciales) y adaptarse a las cambiantes condiciones de la realidad y a las corrientes de la historia que hoy reclaman que la naturaleza sea considerada *sujeto de derechos en serio*⁸⁸.

87 Un elemento que nunca deja de sorprender por parte de quienes consideran el movimiento de los derechos de la naturaleza una quimera es su escasa comprensión y estudio de las ficciones creadas históricamente por el derecho, especialmente, la persona jurídica. Debe ser por eso que la mayoría de las respuestas que se dan desde el establecimiento ambiental tradicional a esta nueva interpretación (la naturaleza como sujeto de derechos) carecen de fundamento argumental y no pasan de la caricatura o la defensa del ordenamiento jurídico vigente.

88 En cuanto a este método en construcción soy tributario de Heidegger y Derrida (pero también

REFERENCIAS

- ACEMOGLU, DARON y ROBINSON, JAMES. *Why Nations Fail*, Nueva York, Crown Publishers, 2012.
- ADELMAN, SAM. *Justice, development and sustainability in the Anthropocene*, Londres, Edward Elgar, 2019.
- Anónimos islandeses del siglo XIII. *Saga de los groenlandeses y Saga de Eirik el Rojo*, Biblioteca Medieval XXXII, Madrid, Siruela, 2010.
- AULO GELIO. *Attic Nights*, Londres, J. Johnson Printer, 1795.
- BAVIKATTE, K. y BENNETT, T. “Community stewardship: the foundation of biocultural rights”, *Journal of Human Rights and Environment*, vol. 6, n.º 1, 2015.
- CULLINAN, CORMAC. *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, Devon, Green Books, 2011.
- DAVIES, M. y NAFFINE, N. *Are Persons Property? Legal Debates about Property and Personality*, Ashgate Publishing, 2001.
- DERRIDA, JACQUES. *De la gramatología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- DERRIDA, JACQUES. *La escritura y la diferencia*, Barcelona, Anthropos, 1989.
- DONNELLY, B. y BISHOP, P. “Natural Law and Ecocentrism”, *Journal of Environmental Law*, 2006, 19, 1, 89.
- ESCOBAR, ARTURO. *Encountering Development: The making and unmaking of the Third World*, Princeton University Press, 1995.
- GALGANO, FRANCESCO. “El concepto de persona jurídica”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 16, 1.
- GARGARELLA, ROBERTO. *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- GAYO. *Instituta*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.

de las reflexiones críticas de Rorty y Habermas), conocidos maestros de la pregunta como principio de todo conocimiento.

- GIBBON, EDWARD. *The history of the decline and fall of the Roman Empire*, vol. III, Londres, Turner, 1984.
- GUTHRIE, W. K. C. *A history of Greek philosophy*, vol. I, *The earlier presocratics and the Pythagoreans*, Cambridge University Press, 1962.
- HEIDEGGER, MARTIN. *Sein und Zeit*, Tübingen, Max Niemeyer Verlacht Tübingen, 1967.
- HUTCHISON, ABIGAIL. “Whanganui River as a Legal Person”, *Alternative Law Journal (Gaunt)*, 2014, 3, 179.
- IMRAN, SOPHIA; ALAM, KHORSHED y BEAUMONT, NARELLE. “Reinterpreting the Definition of Sustainable Development for a More Ecocentric Reorientation: Reinterpreting the Definition of Sustainable Development”, *Sustainable Development*, 2014, 22, 2, 134.
- IRONS MAGALLANES, CATHERINE J. “Maori Cultural Rights in Aotearoa New Zealand: Protecting the Cosmology that Protects the Environment”, *Widener Law Review*, 2015, 21, 2, 273.
- LEOPOLD, ALDO. *A Sand County Almanac*, Nueva York, Oxford University Press, 1989.
- KELSEN, HANS. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1988.
- MACPHERSON, ELIZABETH y CLAVIJO OSPINA, FELIPE. “Rivers as persons in Aotearoa New Zealand and Colombia”, *Journal of Water Law*, Londres, vol. 25, n.º 6, 2018.
- MACPHERSON, ELIZABETH; VENTURA, JULIA y CLAVIJO OSPINA, FELIPE. *Constitutional Law, Ecosystems, and Indigenous Peoples in Colombia: Biocultural Rights and Legal Subjects. Transnational Environmental Law*, Cambridge University Press, en prensa.
- MACPHERSON, ELIZABETH y O'DONNELL, ERIN. “¿Necesitan derechos los ríos? Comparando estructuras legales para regulación de ríos en Nueva Zelanda, Australia y Chile [Do Rivers Need Rights? Comparing Legal Structures for River Regulation in New Zealand, Australia and Chile]”, paper presented to the Jornadas de Derecho de Aguas, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017.
- MALONEY, MICHELLE y BURDON, PETER. *Wild Law - In practice*, Taylor and Francis, 2014.
- MARGIL, MARI. “The standing of trees: why nature needs legal rights”, *World Policy Journal*, 2017 34, 2, 8.

- MORGERA, ELISA y KULOVESI, KATI. *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar Publishing, 2016.
- O'DONNELL, ERIN. *At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India*, 2017.
- PETIT, EUGÈNE. *Tratado elemental de derecho romano*, México, Porrúa, 2007.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR. *Juicio a la exclusión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.
- RORTY, RICHARD. *Filosofía y futuro*, Barcelona, Gedisa, 2008.
- RUSSELL, BERTRAND. *The Conquest of Happiness*, Londres, Routledge, 1975.
- SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*, t. III, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1955.
- STONE, CHRISTOPHER. *Should Trees have standing?: Law, morality and the environment*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- SOLAIMAN, S. M. "Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy", *Artificial Intelligence and Law*, 2017, 2, 155.
- SERICK, ROLF. *Rechtsform und Realität juristischen Personen*, Berlín y Tübingen, 1955.
- VON GIRKE, OTTO. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlín, 1887.
- WULF, ANDREA. *The invention of Nature*, Nueva York, Penguin Random House, 2015.

ÁLVARO GÓMEZ ROSAS*

EVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE**

CAPÍTULO 3

*El caso del río Atrato en el contexto del sistema ambiental
policéntrico colombiano*

*The Atrato River's Case in the Context of Colombia's
Environmental Polycentric Regime*

RESUMEN

El presente capítulo analiza los efectos de la sentencia T-622 de 2016 sobre el sistema de regulación ambiental policéntrico del país. En él se realiza una descripción de la composición del sistema ambiental policéntrico, enunciando los retos que la literatura ha encontrado para este tipo de arreglo institucional. Con base en un *focus group* realizado con funcionarios de la Alcaldía de Quibdó se discute cómo se está implementando la sentencia T-622 en el nivel subnacional y cuáles son los mayores retos para el proceso de implementación de este fallo. Se concluye que el éxito de la implementación de la sentencia T-622 depende de la incorporación de actores clave como los mineros ilegales y de funcionarios de municipios como Quibdó.

Palabras clave: litigio ambiental, política pública ambiental, política subnacional, recursos naturales.

ABSTRACT

This chapter analyzes the effects of a 2016 Colombian Constitutional Court's opinion, T-622, or the Atrato river ruling, on Colombia's polycentric environmental regulatory regime. We will outline a brief description of Colombia's polycentric environmental regime, underlying the main challenges and shortcomings of this type of institutional arrangement. Based on a focus group conducted with public servants at Quibdó's mayor's office, we discuss how ruling T-622 is being currently implemented at the subnational level and the main challenges of that implementation process. We conclude that the success of the implementation of opinion T-622 lies in the incorporation of key local actors and stakeholders like illegal miners and public servants working at municipalities like Quibdó.

* Investigador de la Asociación Colombiana de Ciudades Capitales (ASOCAPITALES). Abogado y politólogo de la Universidad de los Andes. Contacto: alvarogomez@asocapitales.co
ORCID: 0000-0002-0390-5169.

** Profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado. Investigador de la Asociación Colombiana de Ciudades Capitales (ASOCAPITALES). Contacto: elamprea@asocapitales.co
ORCID: 0000-0002-4904-5758.

Keywords: environmental litigation, environmental policy, subnational politics, natural resources.

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la sentencia T-622 de 2016^[1] marcó uno de los hitos más significativos en la historia del derecho ambiental colombiano. En dicho fallo la Corte Constitucional ordenó reconocer al río Atrato como un sujeto de derechos. Este reconocimiento configura un caso innovador de asignación de personalidad jurídica a un ente natural por parte de un tribunal, lo cual transforma la manera en que se entiende la protección jurídica de la naturaleza en el país. Además, esta sentencia contiene varias órdenes de tipo estructural con las cuales la Corte busca crear un plan de acción para enfrentar la contaminación del río, articulando a los actores del nivel nacional, subnacional y comunitario. Aún así, es poco lo que sabemos sobre la manera en que esta sentencia ha sido acogida en los territorios en que debe ser aplicada, y de qué manera este reconocimiento cambió la manera en que se relacionan los diferentes actores clave en la región. El estudio de esta sentencia y de cómo ha sido acogida en el territorio es especialmente pertinente en este momento, pues la protección efectiva de los ecosistemas es una de las medidas más urgentes para poder afrontar el reto que representa la emergencia climática global. La posibilidad de aplicar decisiones de protección de un ecosistema como el del río Atrato y el Chocó biogeográfico nos permite entender cómo se podrían adoptar medidas similares destinadas a combatir la crisis climática global por sistemas policéntricos de regulación ambiental.

A pesar de su carácter innovador, la sentencia no se dio en un vacío normativo o institucional dentro del régimen ambiental colombiano. Por el contrario, dicho fallo es parte de lo que la Corte Constitucional ha considerado la “Constitución Ecológica” (sentencia C-596 de 1998)². La Constitución Ecológica está diseminada a lo largo del texto constitucional, en artículos como el 79,

1 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, exp. T-5.016.242. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

2 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-596 de 1998, exp. D-2021. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-596-98.htm>

en el que se consagra el derecho a un ambiente sano, y que la Corte tempranamente consideró que contenía el derecho fundamental al medio ambiente (sentencia T-415 de 1992)³.

Así mismo, la Ley 99 de 1993^[4] concibió el Sistema Nacional Ambiental como un arreglo institucional de regulación medioambiental de naturaleza descentralizada y policéntrica, en el que los municipios y las CAR juegan un papel fundamental. Así, la Corte Constitucional construyó su fallo del río Atrato con referencia a un sistema regulatorio complejo, el cual se describe en la primera sección de este capítulo como un régimen regulatorio policéntrico. Mostraremos que la decisión de la Corte interactúa de manera compleja con el régimen ambiental colombiano, creando tensiones y abriendo posibilidades. Esta interacción será problematizada aquí, prestando especial atención a la manera en que las órdenes que se emiten en la sentencia han sido adoptadas a nivel local y subnacional. El modo en que la sentencia multiplica o reduce los retos del sistema de regulación ambiental policéntrico en Colombia será ejemplificada a través de las experiencias de los funcionarios del municipio de Quibdó responsables de ejecutar la sentencia en su jurisdicción. Para este fin, en febrero de 2020 se realizó un *focus group* con varios de estos funcionarios, los cuales relataron la manera en que se está cumpliendo la sentencia en el municipio y comentaron cuáles son los retos y problemas que ellos perciben en este proceso. De acuerdo con David Morgan (1996)⁵, por *focus group* se entiende una técnica de investigación en la que se recolectan datos mediante las interacciones de un grupo alrededor de un tema definido por el investigador. El objetivo de usar esta metodología para la recolección de datos con los funcionarios encargados de ejecutar la sentencia en el municipio de Quibdó fue el de poder encontrar datos sobre la manera en que las diferentes entidades que deben ejecutar esta política pública interactúan en el cumplimiento de esta meta. Debido a la naturaleza de la decisión tomada por la Corte Constitucional

3 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-415 de 1992, exp. T-101. M.P.: Ciro Angarita Barón [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-415-92.htm>

4 Colombia. Congreso de la República. Ley 99 del 22 de diciembre de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 41.146, 1993 [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html#1

5 MORGAN, DAVID. “Focus groups”, *Annual Review of Sociology*, 1996, vol. 22, pp. 129-152.

en la sentencia T-622 de 2016, su cumplimiento debe ser abordado por varias instituciones públicas, algunas de las cuales no hacen parte del sistema ambiental colombiano. Mediante el *focus group* se recolectaron datos sobre los desafíos que tienen las instituciones en el territorio para lograr la aplicación de esta decisión, y sobre la manera como se perciben y entienden los retos que tiene al respecto el régimen ambiental policéntrico colombiano.

Después de analizar los contenidos de la sentencia T-622 de 2016, y cómo estos interactúan con el actual régimen ambiental de nuestro ordenamiento, llegamos a la conclusión de que la sentencia reproduce los problemas que se han identificado en la literatura para este tipo de regímenes policéntricos. Por ejemplo, es de resaltar que la sentencia da lugar a confusión frente a las responsabilidades de los múltiples actores del nivel territorial encargados de gobernar los recursos naturales, aumentando de esta manera los retos funcionales del sistema. También se concluye que el fallo pone en evidencia tensiones democráticas y participativas, pues a un mismo tiempo crea espacios para la interacción de grupos comunitarios con el sistema regulatorio y deja a los mineros independientes y a los funcionarios de alcaldías como la de Quibdó sin voz en la discusión regulatoria.

I. EL SISTEMA AMBIENTAL POLICÉNTRICO

Como señala Black⁶, un sistema regulatorio policéntrico es aquel en el que las capacidades regulatorias del Estado están diseminadas en diferentes actores estatales y no estatales, tanto del nivel nacional como subnacional. Este tipo de sistema de regulación se constituye cuando el Estado busca regular procesos con un nivel de complejidad alto y que por lo tanto no pueden ser abordados de manera eficiente por un único actor jerárquico a través de órdenes de comando y control. Los sistemas de regulación policéntricos están marcados por la complejidad, interdependencia y fragmentación de las relaciones entre los actores que participan en el proceso regulatorio⁷. Así, los diferentes actores cuentan con un alto grado de autonomía para tomar decisiones, y por lo tanto la gobernanza del sistema está fragmentada en las diversas instituciones

6 BLACK, JULIA. "Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes", *Regulation and Governance*, 2008, vol. 2, p. 139, DOI: 10.1111/j.1748 5991.2008.00034.x.

7 *Ibid.*, p. 137.

capaces de ejercer la función de regulación. En Colombia, el sistema actual de gobernanza medioambiental es un arreglo regulatorio policéntrico, en la medida en que el Estado entiende la protección medioambiental como un proceso altamente complejo que requiere la actuación autónoma, pero coordinada, de una diversidad de instituciones para su regulación efectiva. En este sentido, la gobernanza ambiental es entendida en este capítulo como “un grupo de procesos, mecanismos y organizaciones regulatorias a través de las cuales actores políticos influyen acciones y resultados medioambientales”⁸.

La Constitución de 1991 y la Ley 99 de 1993 concibieron un régimen ambiental policéntrico al repartir las funciones de regulación ambiental en varios actores tanto a nivel nacional como subnacional. La Ley 99 de 1993 fue especialmente importante en este sentido, ya que con ella se crearon el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y el Ministerio de Ambiente como agente regulador principal. Adicionalmente, esta ley estableció las funciones de los entes territoriales en materia ambiental y reguló las funciones y la organización de las corporaciones ambientales regionales (CAR). De esta manera, el SINA “fue concebido como un sistema descentralizado de gestión ambiental en el que un ente central rector dictaba lineamientos y tomaba decisiones sobre proyectos de gran magnitud, pero el grueso de la gestión ocurría en el ámbito regional y local, por lo que recaía sobre las CAR y los grandes centros urbanos”⁹. Este entramado institucional fue complementado en 2011 con la creación de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (Decreto 3573), concebida como una institución de carácter técnico y centralizado que pudiera estudiar y conceder licencias ambientales en todo el territorio nacional.

Sin embargo, tras la creación de este arreglo institucional varias transformaciones durante la década de 2000 debilitaron la capacidad del SINA para gobernar el sector ambiental en el país. Tal como señala Rodríguez¹⁰, la fusión de los Ministerio de Ambiente y de Vivienda en el año 2003 debilitó de manera

8 LEMOS, MARÍA CARMEN y AGRAWAL, ARUN. “Environmental Governance”, *Annual Review of Environment and Resources*, 2006, vol. 31, pp. 297-325, DOI: 10.1146/annurev.energy.31.042605.135621.

9 RUBIANO, SEBASTIÁN y ESTEBAN, VIVIANA. “Las corporaciones autónomas regionales (CAR) y la regulación ambiental del territorio a propósito de la disputa por el borde norte de Bogotá”, en ALVIAR, HELENA y LAMPREA, EVERALDO (coords.), *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, p. 272.

10 RODRÍGUEZ, MANUEL. “¿Hacer más verde al Estado colombiano?”, *Revista de Estudios Sociales*, n.º 32, 2009, p. 24.

sustancial la capacidad del Estado para gobernar de manera efectiva el sector ambiental, al trasladarse en el nuevo Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial las políticas de vivienda con las de medio ambiente. Para el año 2013, dentro de la reforma al Estado que realizó la administración Santos, el Ministerio de Ambiente fue separado una vez más del Ministerio de Vivienda, lo cual significó una nueva transformación sustancial de la institucionalidad ambiental en Colombia. La debilidad institucional producida por las reestructuraciones abruptas del sector ambiente en 2003, y posteriormente en 2013, llevaron a que las CAR y las entidades territoriales actuaran de manera desarticulada respecto al SINA¹¹.

En consonancia con el espíritu descentralizador de la Carta de 1991, el SINA fue concebido como el sistema encargado de adoptar las directivas en el nivel nacional, mientras que el manejo de los recursos naturales en los territorios se estableció en cabeza de las CAR. De acuerdo con Rodríguez¹², a pesar de que las CAR ya existían desde antes de la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 99 de 1993, esta última establece que estas instituciones serán las encargadas de administrar los recursos naturales en las regiones de su jurisdicción. Así, las CAR pasaron de ser instituciones que combinaban funciones de agencia de desarrollo con las de regulación de recursos ambientales, a ser las entidades definidas como autoridades ambientales, encargadas de la regulación de los recursos naturales con un claro enfoque en la gobernanza ambiental¹³.

En un caso similar a este, el papel de los municipios se reconfiguró a partir de la expedición de la Ley 388 de 1997^[14], por medio de la cual se reglamentaron los planes de ordenamiento territorial (POT) en los municipios y distritos del país. Tal como señalan Rubiano y Esteban¹⁵, los POT no contienen únicamente normas sobre uso del suelo, sino que la ley los obliga a tener una sección de manejo ambiental, con la que el resto del plan tiene que estar alineado. Así,

11 LAMPREA, EVERALDO. *El derecho de la naturaleza: una aproximación interdisciplinaria a los estudios ambientales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2019.

12 RODRÍGUEZ. “¿Hacer más verde al Estado colombiano?”, cit., pp. 21-23.

13 RUBIANO y ESTEBAN. “Las corporaciones autónomas regionales (CAR) y la regulación ambiental del territorio a propósito de la disputa por el borde norte de Bogotá”, cit., p. 271.

14 Colombia. Congreso de la República. Ley 388 del 18 de julio de 1997, “Por la cual se modifica la Ley 9.ª de 1989 y la Ley 3.ª de 1991 y se dictan otras disposiciones” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 43.091, 1997 [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997.html

15 RUBIANO y ESTEBAN. “Las corporaciones autónomas regionales (CAR) y la regulación ambiental del territorio a propósito de la disputa por el borde norte de Bogotá”, cit., p. 274.

el manejo territorial en Colombia ha implicado que los municipios tengan un rol esencial en el manejo medioambiental del territorio, toda vez que fijan en sus POT la manera en que se podrán realizar las actividades productivas en su jurisdicción. Esta delimitación se hace teniendo como base criterios ambientales, entre otros factores.

Además de las instituciones pertenecientes a la rama ejecutiva del Estado, tanto en su nivel nacional como subnacional, hay otras entidades que participan de la construcción de normatividad ambiental, tales como las altas cortes, especialmente la Corte Constitucional. Las cortes, a través de sus decisiones, han determinado, por ejemplo, hasta qué punto puede la Administración manejar el territorio para promover proyectos extractivos mineros, como lo hizo en la sentencia C-035 de 2016^[16], en la cual se estableció que los páramos no pueden ser parte de proyectos extractivos, o bien en la T-606 de 2015^[17], en la que se establece que los parques naturales nacionales tendrán la misma protección. Así mismo, las cortes han tenido un papel fundamental en la creación de regímenes novedosos de protección medioambiental, como en los fallos del Tribunal Superior de Cundinamarca sobre el río Bogotá¹⁸, o en la sentencia 4360 de 2018^[19] de la Corte Suprema de Justicia que, construyendo sobre el precedente de la sentencia T-622 de 2016, declaró a la Amazonía colombiana como un sujeto de derechos.

Al ser la sentencia del río Atrato parte de este entramado regulatorio es necesario estudiar de qué manera esta corrige o reproduce los problemas que la literatura ha descrito para regímenes ambientales policéntricos como el colombiano. Con el fin de realizar este análisis, en la siguiente sección se hará un recuento de los tres tipos de retos que enfrenta el régimen ambiental colombiano, y de la manera en que las órdenes de la Corte Constitucional

16 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016, exp. D-10864. M.P.: Gloria Stella Ortiz [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

17 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2016, exp. T-4.943.313. M.P.: Jorge Iván Palacio [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-606-15.htm>

18 Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”. Acción popular n.º 01-479 del 25 de agosto de 2004. M.P.: Nelly Yolanda Villamizar.

19 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC 4360, exp. 11001-22-03-000-2018-00319-01, 5 de abril de 2018. M.P.: Luis Armando Tolosa [en línea] [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>

expedidas mediante la sentencia T-622 de 2016 sirven para multiplicar o disminuir los retos a los que se enfrenta el sistema. Al entender de qué manera se han materializado los retos que presenta el régimen ambiental policéntrico colombiano se podrá entender cómo se podrán aplicar otras políticas destinadas a afrontar la emergencia climática global en el territorio.

2. LA SENTENCIA T-622 DE 2016 EN EL MARCO DEL RÉGIMEN AMBIENTAL POLICÉNTRICO COLOMBIANO

La sentencia T-622 de 2016 pone de presente varios de los retos enunciados por Black sobre los sistemas de regulación policéntricos. Para el caso local, el sistema policéntrico colombiano enfrenta retos funcionales, sistémicos y democráticos. En esta sección se hará, en primer lugar, una exposición de cuáles son estos retos, para después analizar cómo las órdenes de la sentencia pueden tener un efecto positivo o negativo frente a estos. Parte de la discusión se basará en la evidencia recolectada mediante el ya mencionado *focus group* realizado en la Alcaldía de Quibdó en febrero de 2020^[20] alrededor de la manera como esta administración local está intentando materializar las órdenes que se incluyen en la sentencia.

El primer problema que detecta Black²¹ para los regímenes policéntricos es el funcional, el cual gira en torno a un problema de coordinación entre las entidades que hacen parte del sistema. Este problema se da cuando no hay un órgano líder lo suficientemente fuerte como para coordinar las funciones que cada institución debe cumplir. Así, los actores no tienen una institución que sirva de articuladora de la política pública, y que fije metas y objetivos para el sistema regulatorio. En el caso concreto, el régimen ambiental colombiano no ha podido solucionar de manera satisfactoria esta situación, siendo uno de los problemas más claros la recurrencia de cambios normativos y organizacionales que han debilitado al Ministerio de Ambiente, así como la incapacidad de esta institución de coordinar a las 33 CAR que hay actualmente en el país. Sobre este punto, un documento elaborado por la OCDE y la CEPAL sobre la gestión

20 El *focus group* fue realizado en el mes de enero de 2020 en el municipio de Quibdó, y en él participaron Fidel Lemus, secretario de Hacienda de Quibdó; Gloria Palacios, miembro de la Secretaría Jurídica del municipio, y Lina Mosquera, de la Oficina de Comunicaciones del municipio.

21 BLACK. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”, cit., p. 140.

ambiental en Colombia llegó a la conclusión de que las CAR no tienen suficientes controles ni cuentan con un sistema efectivo de rendición de cuentas. Al respecto, este estudio planteó la siguiente recomendación:

Reforzar el papel del MADS (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) como el principal órgano encargado de dirigir y supervisar el sistema nacional de gestión ambiental; otorgarle los medios para supervisar y dirigir más eficazmente la labor de las CAR; garantizar que la asignación de responsabilidades, las estructura de rendición de cuentas, el financiamiento y las capacidades de las autoridades ambientales en todos los niveles de gobierno permiten el logro eficaz y efectivo de los objetivos de política ambiental; establecer mecanismos de coordinación para fortalecer el diálogo regional y la integración de políticas entre las CAR y entre los departamentos²².

El último punto que resaltan los autores del estudio de la OCDE y la CEPAL, que consiste en la coordinación efectiva de las CAR con los entes territoriales, es otro de los grandes retos que tiene el sistema de regulación policéntrico ambiental en nuestro país. Como mostraron Esteban y Rubiano²³ en el caso de la coordinación de la CAR y los municipios de la cuenca del río Bogotá, hay una grave desarticulación entre las corporaciones autónomas y los municipios en el proceso de creación de los POT, lo cual crea grandes retos para la efectiva conservación de los recursos naturales en los territorios.

La sentencia T-622 de 2016 busca resolver este problema al dar órdenes a diferentes actores del sistema regulatorio ambiental y al crear planes conjuntos que permitan hacerle frente a la contaminación y deforestación en el río Atrato. En este sentido, el primer paso dado por la Corte fue el de reconocer al río Atrato como un sujeto de derechos, el cual será representado legalmente por dos “guardianes del río”. Uno de estos guardianes es elegido por el Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Ambiente, mientras el segundo es escogido por las comunidades demandantes, las cuales decidieron, a su vez, crear un órgano colegiado de catorce representantes que harán las veces de guardianes del río²⁴. La sentencia ordena además la creación de tres planes:

22 OCDE y CEPAL. Evaluación del desempeño ambiental: Colombia 2014, OCDE, 2014, p. 45.

23 RUBIANO y ESTEBAN. “Las corporaciones autónomas regionales (CAR) y la regulación ambiental del territorio a propósito de la disputa por el borde norte de Bogotá”, cit., p. 293.

24 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Minambiente instala la Comisión de guardianes del río Atrato*, 2018 [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible

el primero para la descontaminación del río Atrato y sus afluentes; el segundo para la eliminación de la minería ilegal, y el tercero para la recuperación de formas tradicionales de subsistencia y seguridad alimentaria en la zona.

Cada una de estas decisiones debe ser examinada en el marco de los retos funcionales del régimen ambiental policéntrico colombiano. En primer lugar, hay que destacar la creación de una nueva entidad de derecho en el río Atrato, y la posibilidad que esta tendrá de actuar legalmente en la defensa de sus intereses. Como ya se describió, esta representación será ejercida por los representantes del gobierno nacional y de las comunidades. Ahora bien, es importante señalar que los términos con los que la Corte Constitucional asume esta decisión no dan claridad sobre cuáles son las facultades o funciones que tendrá esta nueva entidad de derecho. La consecuencia de este vacío de la sentencia es que se abre una gran incógnita frente a la manera en que las funciones de esta nueva entidad de derecho se relacionarán con las funciones de las demás instituciones que tienen jurisdicción en la cuenca del río Atrato. A manera de ilustración, es relevante transcribir *in extenso* el texto en que la Corte toma esta decisión:

Se reconocerá al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32.

En consecuencia, la Corte ordenará al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca –en adelante– estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Con este propósito, el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, deberá realizar la designación de su representante dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia. En ese mismo período de tiempo las comunidades accionantes deberán escoger su representante.

Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, los representantes legales del mismo deberán diseñar y conformar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia una comisión de guardianes del río Atrato, integrada por los dos guardianes designados y un equipo asesor al que deberá invitarse al Instituto Humboldt y WWF Colombia, quienes han desarrollado el proyecto de protección del río Bita 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), comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de protección del río Atrato y su cuenca.

Sin perjuicio de lo anterior, el panel de expertos que se encargará de verificar el cumplimiento de las órdenes de la presente providencia (numeral 8) también podrá supervisar, acompañar y asesorar las labores de los guardianes del río Atrato²⁵ (resaltado fuera de texto).

Como se puede apreciar, la Corte no establece de manera clara cuáles serán las funciones que deberán asumir los guardianes del río, ni tampoco en qué consistirá el rol del equipo asesor. Esto puede conllevar consecuencias negativas en el futuro, pues el territorio donde se encuentra la cuenca del río Atrato ya cuenta con una diversidad de actores estatales encargados de tomar decisiones frente al manejo medioambiental del territorio. Ya antes de la decisión de la Corte existía un problema frente a la determinación de las funciones de dichas instituciones.

Frente a este punto es necesario señalar que en la cuenca del río Atrato tienen jurisdicción doce municipios del Chocó y tres de Antioquia, dos corporaciones autónomas regionales, las gobernaciones de Chocó y Antioquia y varios consejos comunitarios que, como lo señalan Cuesta e Hinestroza, “además de ser un órgano administrador del territorio, deben cumplir el papel de Autoridad Ambiental, de Autoridad tradicional, Administradora de justicia y finalmente son un órgano depositario de la cultura afrocolombiana”²⁶. Esta complejidad en la composición de los actores es más clara si se tiene en

25 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016.

26 CUESTA, JHADIANA e HINESTROZA, LISNEIDER. “Análisis jurídico de las funciones de los

cuenta que varios de estos consejos comunitarios son los demandantes en la sentencia en estudio. Como se puede ver, el sistema de regulación ambiental en el territorio del río Atrato es sumamente complejo en lo que se refiere a los actores que históricamente han actuado de manera desarticulada.

El trabajo de campo nos llevó a ratificar que hay una gran desarticulación entre las entidades en la cuenca del río Atrato. Los funcionarios del municipio de Quibdó manifestaron que hay un problema de coordinación entre las entidades encargadas de realizar la recuperación en las diferentes áreas geográficas del río. Por ejemplo, en la región del Atrato alto, la entidad encargada de llevar a cabo las órdenes de la Corte es la gobernación de Antioquia, junto con Corpourabá y los municipios de este departamento que se encuentran en el cauce del río. Por su parte, la gobernación de Chocó, Codechocó y los municipios de la cuenca del departamento del Chocó están encargados de la recuperación de las regiones del Atrato medio y bajo, donde se dan los mayores niveles de contaminación. Las acciones que deben ser tomadas en la cuenca del río Atrato no han sido coordinadas de manera efectiva entre las instituciones de ambos departamentos. El municipio de Quibdó está en la región del Atrato medio, y por lo tanto debe llevar a cabo medidas de mitigación y de limpieza del río en esta parte del cauce. De acuerdo con los funcionarios entrevistados, Codechocó, que debería ser la entidad encargada de coordinar los esfuerzos de recuperación del río a nivel territorial, no ha sido efectiva en su función de mitigación ambiental, haciendo extremadamente difícil la coordinación para evitar la contaminación del río.

En este orden de ideas, la creación de una nueva entidad de derecho como lo es el río Atrato puede oscurecer aún más la ya confusa red de responsabilidades que tienen los actores institucionales en el territorio. Actualmente no hay claridad sobre las funciones que deben desarrollar, por ejemplo, los municipios con relación a los consejos comunitarios²⁷. Este tipo de incertidumbre frente a la responsabilidad de cada entidad podría profundizarse todavía más con el reconocimiento del río Atrato como sujeto de derechos. Adicionalmente, la inclusión de los consejos comunitarios en la elección de los guardianes del río y la exclusión de los alcaldes o de los representantes

consejos comunitarios en territorios colectivos de comunidades negras”, *Justicia*, n.º 32, 2017, p. 166.

27 *Ibid.*, p. 169.

de las CAR pueden crear conflictos funcionales y hacer todavía más difícil el cumplimiento de la sentencia.

Así mismo, las órdenes de crear los planes de descontaminación, de eliminación de la minería ilegal y de recuperación de formas tradicionales de subsistencia, buscan crear un espacio en el que las diferentes entidades estatales, tanto del nivel nacional como territorial, puedan coordinar las acciones que se van a tomar. En principio esta medida es positiva, pues permite a las diferentes instituciones conocer y concertar las funciones que deben desarrollar para lograr el cumplimiento de la sentencia. Aun así, en la práctica estas órdenes crean una fragmentación considerable de las funciones que se deben cumplir, generando confusión frente a las responsabilidades de los actores. Como señalaron los funcionarios entrevistados, el seguimiento y la implementación de las órdenes están encabezados por ministerios diferentes, siendo el Ministerio de Agricultura el encargado del plan para la recuperación de las formas tradicionales de subsistencia, el Ministerio de Ambiente el coordinador del plan de descontaminación del río y el Ministerio de Defensa el encargado del plan de eliminación de la minería ilegal. La gran variedad de actores y la coordinación por parte de sectores diferentes del Estado en los procesos de estructuración de los planes pueden tener como consecuencia que las políticas públicas contenidas en los documentos de implementación de las órdenes de la Corte no sean coherentes entre sí.

A este problema se le suma la inacción por parte de los entes nacionales frente al cumplimiento de la sentencia. Para junio de 2019, tres años después de la decisión de la Corte Constitucional, la Contraloría General de República²⁸ encontró que no se había empezado a ejecutar el plan de acción para la descontaminación del río. Este mismo problema fue descrito por los funcionarios del municipio de Quibdó, quienes consideran que el cumplimiento de la quinta orden de la sentencia está detenido y que en este momento no hay planes concretos para lograr la descontaminación del Atrato.

Frente a la posibilidad que tienen los municipios de la cuenca del río de ejecutar las órdenes contenidas en la sentencia, existen varios problemas que no fueron abordados por la Corte. El principal es el problema fiscal, tal como lo expresaron los representantes de la Alcaldía de Quibdó. Esto por cuanto

28 Colombia. Contraloría General de la República. Informe auditoría de cumplimiento. Cumplimiento de las sentencias T-622 de 2016 y T-445 de 2016 en relación con los aspectos ambientales de la actividad minera en el río Atrato, 30 de junio de 2019.

no hay claridad frente a los costos ni a la asignación de recursos para la recuperación del río. Por ejemplo, la Alcaldía de Quibdó se encuentra en este momento cobijada por la Ley 550 de 1999^[29] (para la reestructuración de entes territoriales cuya situación financiera los hace inviables), y al ser un municipio de categoría 3, no tiene la capacidad fiscal para incurrir en grandes gastos sin la ayuda del gobierno nacional. A pesar de esta situación, los recursos que está destinando el gobierno nacional para el cumplimiento de la sentencia se transfieren a Codechocó, y no al municipio. En esa medida, los recursos no se están utilizando para la elaboración de acciones y planes que disminuyan la contaminación causada por el municipio de Quibdó. Algunas de las medidas que a la fecha no se han implementado son la construcción de una planta de tratamiento de aguas residuales o la ampliación de la red de alcantarillado para cubrir al 83% de la población que no tiene acceso a este servicio público. Adicionalmente, los funcionarios reconocen que no hay estudios que midan la cantidad de residuos sólidos que el municipio de Quibdó vierte al río, ni cómo se podrá llegar a mitigar este problema.

Uno de los puntos más preocupantes que señalan los funcionarios de la Alcaldía de Quibdó es que no hay claridad frente al costo que pueda tener la recuperación del río Atrato, y por lo tanto tampoco sobre la fuente de la que provendrían los recursos para lograr la restauración de este ecosistema. En consecuencia, no se conoce el monto que deberá aportar la nación para la recuperación del río, ni en qué planes se invertirán estos recursos. Por la misma razón, los municipios no pueden estimar qué porcentaje de la recuperación será financiada con sus fondos. En este momento, en el Ministerio de Ambiente no hay un rubro destinado a la descontaminación del río, y, como ya se señaló, el municipio no está en la capacidad financiera de afrontar este problema. Hay que señalar que si Quibdó no tiene los recursos para atender este problema de forma autónoma, el resto de los municipios del Chocó tampoco podrán hacerlo, al ser municipios de categoría 5 o 6, con una marcada falta de capacidad administrativa e institucional.

29 Colombia. Congreso de la República. Ley 550 del 30 de diciembre de 1999, “Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 43.940, 2000 [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0550_1999.html

El segundo problema que Black³⁰ identifica para los arreglos regulatorios policéntricos es el sistémico, el cual consiste en la incapacidad que tienen los actores que participan en el sistema de crear de manera efectiva normas para regular la actividad regulatoria. Teubner y Luhmann³¹ acuñaron el término *autopoiesis* para referirse a los subsistemas sociales que pueden operar de manera autónoma frente a otros subsistemas sociales. En cambio, un sistema social será *alopoiético* si no es capaz de funcionar de manera independiente de otros subsistemas sociales. Lo que diferencia a un sistema *autopoiético* de uno *alopoiético* es que en el primero “las premisas de su código le sean propias y le sirven de fundamento para su producción normativa”³². En cambio, en un subsistema *alopoiético* las normas y códigos son impuestos por actores externos al sistema, haciendo difícil el reconocimiento de lo que debe ser considerado derecho y lo que no. En el caso de un régimen regulatorio ambiental, esto quiere decir que la creación normativa no se da al interior del régimen ambiental, sino que se produce por parte de otro de los subsistemas sociales, los cuales lo llenan de contenido de acuerdo con su propia lógica y códigos normativos. En otras palabras, el criterio para la creación normativa no responde a la conservación medioambiental, sino a diferentes códigos, como el político, el económico o el jurídico.

Ahora bien, es preciso preguntarse si la sentencia T-622 de 2016 implica un ejercicio de creación normativa del sistema de regulación ambiental o si, por el contrario, se trata de un ejercicio *alopoiético*, impuesto por otro de los subsistemas sociales. La respuesta es que en este caso es un cambio realizado por un actor en principio ajeno al sistema de regulación ambiental (la Corte Constitucional), en la medida en que fue este tribunal el que ordenó crear programas e instituciones para el sistema, pero sin la participación de sus actores en la creación normativa. En este caso, el reconocimiento del río Atrato como un sujeto de derechos y el nombramiento de los guardianes del río como sus representantes legales por parte de la Corte creó un nuevo actor en el régimen ambiental que responde a una preocupación que nace desde el código de defensa de los derechos subjetivos y no desde el código del derecho ambiental.

30 BLACK. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”, cit., p. 140.

31 TEUBNER, GÜNTHER. *After legal instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law*, Florencia, European University Institute, 1984, pp. 22-24.

32 LAMPREA. *El derecho de la naturaleza*, cit., p. 230.

En efecto, el reconocimiento de derechos subjetivos es el núcleo duro de la sentencia T-622 de 2016, ya que con ella la Corte busca ante todo la protección de las comunidades que habitan la ribera del río Atrato. Tal como lo muestran Mcpherson y Ospina³³, la base de la que parte la Corte Constitucional para declarar la personalidad jurídica del río Atrato es el derecho que tienen las comunidades afrodescendientes de gobernar su territorio de acuerdo con sus costumbres. En esta medida, la protección del medio ambiente se enmarca en un contexto de protección a los derechos humanos de las comunidades, y no de una reclamación por los derechos del medio ambiente. Las decisiones que tomó la Corte buscaban preservar el ecosistema del río Atrato, pero siempre bajo el entendido de que a través de este objetivo era posible proteger a la comunidad. Esto también explica los temas que abarcan las órdenes sobre la elaboración de planes integrales frente a la minería ilegal y a la recuperación de formas tradicionales de subsistencia y alimentación de las comunidades. De esta manera, el régimen ambiental policéntrico colombiano ve definido su contenido por las normas del sistema judicial y, más específicamente, por el código de derechos subjetivos creado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esto puede representar un problema en la medida en que el sistema ambiental continúa siendo incapaz de crear un sistema normativo coherente de manera autónoma, ya que depende del contenido que otros actores, como la Corte Constitucional, le crean.

El tercer reto que encuentra Black³⁴ para los regímenes ambientales policéntricos es el democrático. Este reto, también conocido como el problema de la “multiplicidad de voces”, surge en la medida en que muchos de los sistemas regulatorios policéntricos no logran integrar los diferentes actores necesarios para crear legitimidad en el sistema regulatorio. Black considera que los retos democráticos surgen de problemas de representación, y específicamente alrededor de las preguntas sobre quiénes deben participar en el sistema de regulación y a quién se debe rendir cuentas dentro del sistema. Este dilema se ve reflejado en el contexto colombiano en la incapacidad del SINA de ser un sistema realmente democrático, pues si bien formalmente cuenta con la

33 MCPHERSON, ELIZABETH y OSPINA, JUAN FELIPE. “The pluralism of river rights in Aotearoa, New Zeland and Colombia”, *Journal of Water Law*, 2015, vol. 25, pp. 283-293.

34 BLACK. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”, cit., p. 140.

participación de actores de la sociedad civil, la toma de decisiones recae eminentemente sobre instituciones estatales³⁵.

En este caso concreto, la sentencia T-622 de 2016 sirve para crear un espacio de comunicación constante entre varios actores de la sociedad civil y el gobierno nacional, proveyendo de este modo una alternativa para el déficit de participación democrática que tiene el SINA. Los representantes de las comunidades, al ser los guardianes del río, pueden comunicarse de manera mucho más directa con el Ministerio de Ambiente y con los demás actores estatales relevantes para el cumplimiento de la sentencia. Adicionalmente, el hecho de que la declaratoria de sujeto de derechos del río Atrato haya sido pensada desde los derechos de las comunidades que habitan en la ribera llevó a la apertura de espacios permanentes de coordinación y comunicación entre los entes del gobierno nacional y las comunidades afectadas por la contaminación en esta zona del país.

Este logro participativo, no obstante, se ve afectado por el hecho de que las instituciones encargadas de realizar las acciones en el territorio, específicamente las CAR y los municipios, no tienen una participación real en este espacio de concertación. De esta manera, la Corte logró darle una voz a las comunidades ribereñas, pero dejó relegados a los actores que más responsabilidad tienen en el marco de las órdenes del fallo, como por ejemplo los funcionarios de la Alcaldía de Quibdó.

Un segundo problema de la sentencia T-622 de 2016 frente al reto democrático del régimen ambiental colombiano es la manera en que la Corte enmarca el conflicto social entre la comunidad y los mineros. La naturaleza de la decisión le exigía a la Corte representar el conflicto como uno entre mineros que invaden y destruyen el territorio, y comunidades que padecen como víctimas pasivas los resultados de la explotación de minerales y maderas. Como mostró recientemente la antropóloga Ángela Castillo, junto con su colega Sebastián Rubiano³⁶, la relación entre los mineros ilegales –o independientes, como ella prefiere llamarlos– y las comunidades afrocolombianas en el Chocó es mucho más compleja que la simple presencia de mineros auspiciados por los actores armados en medio del conflicto. Para estos autores, la historia de la

35 RUBIANO y ESTEBAN. “Las corporaciones autónomas regionales (CAR) y la regulación ambiental del territorio a propósito de la disputa por el borde norte de Bogotá”, cit., p. 273.

36 CASTILLO, ÁNGELA y RUBIANO, SEBASTIÁN. *La minería de oro en la selva: territorios, autonomías locales y conflictos en Amazonia y Pacífico (1975-2015)*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2019.

minería mecanizada en el departamento del Chocó, y específicamente en el municipio de Condoto, se remonta a finales de los años setenta y comienza a tener una expansión muy grande desde comienzos de los años noventa, antes de la llegada de los actores del conflicto armado al territorio.

Los autores muestran de manera detallada cómo los mineros, en su mayoría provenientes del Bajo Cauca Antioqueño, negociaron su ingreso al territorio con las comunidades afrocolombianas en el Chocó, reconociendo incluso el sistema de tenencia colectiva de la tierra en el departamento. A pesar de que la minería es ilegal, al no contar con los requisitos que el Estado considera necesarios para realizar este tipo de actividades en el territorio, al menos en un principio contó con la legitimidad de la comunidad. Un ejemplo que proponen Castillo y Rubiano³⁷ para ilustrar la construcción de legitimidad en estos primeros años de explotación minera es la firma de contratos de arrendamiento de tierras y explotación de recursos entre los mineros y los representantes de las familias que tienen derechos colectivos sobre partes del territorio. Estos contratos eran elevados a escritura pública y depositados en la Alcaldía de Condoto, lo que les daba legitimidad ante la comunidad. Para el Estado, estos contratos nunca han sido legales, en la medida en que carecen de los requisitos de ley para serlo, toda vez que en Colombia el Estado es el único dueño del subsuelo y en el país solo se puede ejercer legalmente la minería si se tiene acceso a un título minero. A pesar de no ser legales en términos institucionalistas estrictos, estos contratos sí garantizaban la legitimidad de los actores en el territorio. Esto no quiere decir que no hayan existido conflictos frente a la manera en que se debía llevar a cabo la extracción de minerales o sobre los efectos ambientales de este tipo de minería, sino que la tipificación de la minería como un agente externo a la comunidad en realidad oscurece algunas voces que pueden ser importantes para el debate y para la misma implementación del fallo de la Corte Constitucional.

Las entrevistas realizadas a los funcionarios de la Alcaldía de Quibdó en enero de 2020 también dan cuenta de este déficit de participación democrática. Los funcionarios consideran que los programas de formalización para los mineros en el Chocó no han funcionado. Esta opinión está respaldada por los datos que presentan Castillo y Rubiano, al señalar:

37 *Ibid.*, pp. 109-111.

Por otro lado, no se crearon programas apropiados para alentar la formalización y el pago de regalías. Los programas de formalización implementados desde 1992 hasta 2010 fueron excluyentes e ineficaces, dado que exigían casi las mismas condiciones que a una gran o mediana empresa, por lo cual menos del 1% de los mineros informales se logró formalizar en ese periodo³⁸.

La falta de eficacia en esta política pública ha dejado un problema de legitimidad democrática frente a los mineros informales. Como señalaron nuestros entrevistados, esta falta de legitimidad se vio reflejada en el paro minero de 2012.

La exclusión de los mineros ilegales del marco del cumplimiento del fallo es todavía más sorprendente si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional reconoció la realidad social de los mineros ilegales en su jurisprudencia. Por ejemplo, la sentencia T-204 de 2014 mostró en los siguientes términos la manera en la que el Estado ha permitido la minería ilegal:

Sobre el asunto de la minería ilegal, cabe agregar que esta es una actividad real y notoria, que por costumbre e inacción del Estado, es actualmente una realidad económica y social de la cual dependen ciudadanos que se ven obligados a ocuparse en este oficio informal a lo largo del territorio nacional. A pesar de haber sido tipificada la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, en el artículo 338 del Código Penal colombiano, como una conducta que afecta los recursos naturales y el ambiente, ha resultado complejo para el aparato estatal controlar su desmedido e indiscriminado crecimiento. Por el contrario, ha sido una actividad tolerada tácitamente por el Estado al permitir su funcionamiento y operación durante extensos períodos de tiempo. Circunstancia esta que convierte a la minería ilegal en una situación de hecho que debe ser vigilada y controlada de inmediato, sin desconocer la confianza legítima derivada del ejercicio [del] derecho al trabajo de los trabajadores informales que logran cubrir su mínimo vital con la labor de explotación minera informal³⁹.

De la misma manera, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho que tienen los mineros independientes a elegir, de manera autónoma, su profesión u oficio (sentencia T-438 de 2015)⁴⁰. Pero a pesar de esto, en la sentencia T-622

38 *Ibíd.*, p. 22.

39 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 2014, exp. T-4.124.007. M.P.: Alberto Rojas Ríos [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2014/T-204-14.htm>

40 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-438 de 2015, exp. T-4561330. M.P.: José Ignacio

de 2016 ninguna de las órdenes tiene como objetivo incluir a esta población en proyectos de formalización o legalización, sino que por el contrario prevé una estrategia de represión estatal a esta actividad. Esto resulta evidente si se examina la sexta orden de la sentencia

SEXTO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional - Unidad contra la Minería Ilegal, al Ejército Nacional de Colombia, a la Fiscalía General de la Nación, a las gobernaciones de Chocó y Antioquia y a los municipios demandados, en conjunto con las comunidades étnicas accionantes y con el acompañamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores, que diseñen e implementen dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta providencia, un plan de acción *conjunto para neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal* que se realicen no solo en el río Atrato y sus afluentes, sino también en el departamento de Chocó. En este sentido, la Corte reitera que es *obligación del Estado colombiano judicializar y erradicar definitivamente toda actividad minera ilegal que se realice en el país.*

Las acciones antes referidas *deberán incluir la incautación y neutralización de las dragas –y en general de la maquinaria utilizada en estas labores–, la restricción y prohibición del tránsito de insumos como combustible y sustancias químicas asociadas (mercurio, cianuro) y la judicialización de las personas y organizaciones responsables.* Asimismo, este proceso estará acompañado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en lo que tenga que ver con la situación de extranjeros que realicen actividades de minería ilegal⁴¹ (resaltado fuera del texto).

Esta orden en concreto puede tener consecuencias adversas e imprevistas en los territorios, lo cual puede dificultar aún más el cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional. Como señalaron los funcionarios de la Alcaldía de Quibdó en nuestro trabajo de campo, como parte de las acciones de cumplimiento de la sentencia se llevó a cabo la quema y destrucción de la maquinaria con la que se llevaba a cabo la extracción ilegal de oro en la zona. La consecuencia de esta acción fue que los mineros se adentraran en la selva en busca de yacimientos de oro no vigilados por el Estado. Como lo argumentan

Pretelt [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-438-15.htm>

41 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 622 de 2016.

los funcionarios locales, esto hace más difícil la eliminación de esta práctica y hace casi imposible la eliminación de contaminantes en su fuente.

Volviendo a la definición que da Black⁴² de los retos democráticos que tienen los sistemas regulatorios policéntricos, es evidente que la manera en que el Estado regula la minería en el país ha creado conflictos sociales y ha excluido a actores sumamente relevantes para la regulación de la explotación de recursos ambientales en el territorio. Como señalan Castillo y Rubiano⁴³, el 88% del oro producido en Colombia corresponde a minería ilegal o informal. En esta medida, la regulación que se ha hecho del acceso a recursos mineros ha llevado a una falta de legitimidad del Estado en estas zonas de explotación aurífera, evitando que el sistema de regulación ambiental pueda actuar de manera eficiente en este contexto debido a que excluye o invisibiliza a uno de los actores más determinantes: los mineros “ilegales”.

Ahora bien, la Corte identifica de manera acertada los gravísimos daños ambientales que causa la contaminación por mercurio que produce la minería mecanizada en el Chocó. La cuestión es preguntarse si es posible la eliminación de la minería ilegal en los términos que requiere la Corte Constitucional, o si, por el contrario, podrían llevarse a cabo programas de formalización y disminución de la contaminación en las explotaciones mineras que llevan cerca de treinta años de explotación en la zona. La falta de control por parte del Estado en esta zona del país, sumada a la actual protección de muchos mineros por parte de actores armados⁴⁴ y a la ya comentada falta de claridad frente a la responsabilidad frente a la protección ambiental, hacen difícil la ejecución de órdenes maximalistas como las dadas por la Corte.

Una política paralela, que busque la reducción de las consecuencias más graves que causa la minería en el territorio, podría ser una agenda viable para eliminar la minería ilegal. Si únicamente se considera como opción de política pública la eliminación de esta actividad mediante el uso de los aparatos

42 BLACK. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”, cit., p. 140.

43 CASTILLO y RUBIANO. *La minería de oro en la selva*, cit., p. 24.

44 RETTBERG, ANGELIKA; CÁRDENAS, JUAN CAMILO y ORTIZ-RIOMALO, JUAN FELIPE. “Mismo recurso, diferentes conflictos: un análisis de la relación entre oro, conflicto y criminalidad en seis departamentos colombianos”, en RETTBERG, ANGELIKA; LEITERITZ, RALF J.; NASI, CARLO y PRIETO, JUAN DIEGO (eds.), *¿Diferentes recursos, conflictos distintos? La economía política regional del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2018, pp. 341-400.

coercitivos del Estado se llegará a un resultado previsible, ya descrito por Castillo y Rubiano:

Bajo el argumento de que no puede invertir recursos en una actividad ilegal, restringe las políticas de asistencia técnica o transferencia tecnológica al sector de mineros formalizados, con lo cual deja por fuera del ámbito de sus políticas a más del 80% de las unidades de producción minera sin título que con urgencia requieren de esta asistencia⁴⁵.

A diferencia de otros fallos estructurales en temas medioambientales en Colombia, como el caso del río Bogotá, o el del río Riachuelo en Argentina, la sentencia T-622 de 2016 tiene la particularidad de que la mayoría de los actores que están contaminando el río actúan fuera del régimen jurídico, lo cual lleva a que el proceso de seguimiento de la sentencia sea extremadamente complejo. Como se señaló previamente, al considerarse a los mineros informales como actores que solo pueden ser perseguidos y criminalizados, es prácticamente imposible realizar acciones de mitigación o acordar con los actores contaminantes plazos para la recuperación del ecosistema, lo cual va en detrimento de la efectividad de la acción. Adicionalmente, la capacidad administrativa de las entidades territoriales que pueden ejecutar la política pública es muy reducida en la cuenca del río Atrato, dejando espacios para que esta actividad siga realizándose y para que, al estar concebida como una actividad ilegal, sea cooptada por actores armados que ya se encuentran en el territorio.

CONCLUSIONES

En este texto buscamos rastrear la manera como las órdenes dispuestas por la Corte Constitucional mediante la sentencia T-622 de 2016 fueron asumidas por los actores a nivel local, y cómo la ejecución de dichas órdenes da luces sobre los retos que tiene el sistema de regulación ambiental para poder ejecutar un control efectivo sobre la conservación de recursos ambientales en este territorio. De esta manera, en la primera sección, hicimos un recorrido por los componentes del sistema de regulación ambiental policéntrico colombiano y mencionamos algunas de las dificultades que ha tenido en su consolidación a través del tiempo.

45 CASTILLO y RUBIANO. *La minería de oro en la selva*, cit., p. 287.

En la segunda parte del texto identificamos los retos a los que se enfrentan los sistemas de regulación policéntricos y cómo estos se veían reflejados en la manera en que actúan los diferentes actores del sistema de regulación ambiental colombiano. En este contexto, hicimos un análisis de las órdenes que dio la Corte Constitucional en su sentencia T-622 de 2016 y discutimos cómo estas podrían acrecentar o disminuir los retos que ya han sido identificados en el sistema ambiental colombiano.

En ese análisis encontramos que la sentencia estudiada tiene un impacto negativo en el reto funcional del sistema policéntrico colombiano, en la medida en que crea nuevas instituciones con muy poca claridad en sus funciones. Esto genera un vacío que impide a los actores reconocer con claridad cuáles son las funciones y objetivos que tienen en este sistema regulatorio. A pesar de esto, la creación de espacios en los que las diferentes instituciones pueden coordinar sus actuaciones sirve para mitigar algunos de los problemas actuales del sistema. Así mismo, reconocimos que la creación de normas ambientales en un escenario ajeno al sistema de regulación ambiental, como lo son las contenidas en la sentencia T-622 de 2016, aumenta el problema sistémico del régimen ambiental, pues su creación normativa sigue estando definida por una lógica *alopoiética*.

En último lugar, resaltamos una ambivalencia frente al efecto que tienen las órdenes de la sentencia T-622 de 2016 sobre el reto democrático del sistema de regulación ambiental colombiano. En un primer momento, el fallo crea un espacio en el que las comunidades del río Atrato pueden tener un control efectivo de su territorio al ser representantes legales del río, e instituye un espacio permanente en el que las comunidades ribereñas pueden tener un diálogo con los entes regulatorio del nivel nacional. Pero, al mismo tiempo, en la construcción de este sistema se deja por fuera a los representantes de las instituciones públicas locales, específicamente las CAR y los municipios. Adicionalmente, el enfoque punitivista que tiene la sexta orden de la sentencia frente a la minería ilegal deja sin una voz en el sistema a los mineros independientes, lo cual constituye uno de los mayores déficits participativos de este fallo.

La importancia de la sentencia T-622 de 2016 en el régimen ambiental colombiano es inmensa, pero su legado se definirá de acuerdo con la capacidad que tengan los actores tanto nacionales como locales para cumplir las órdenes de descontaminación del río y la restauración de los derechos de las comunidades que habitan su cauce. En esta medida, consideramos que es necesario continuar analizando la manera en que los actores locales ejecutan esta sentencia, para establecer las virtudes y fallas que este tipo de decisiones

pueden tener para el mejoramiento de la política pública ambiental. Así mismo, los retos descritos en este capítulo frente a la posibilidad que tienen los actores locales de cumplir con las políticas públicas en el territorio permiten entender cómo se podrá ejecutar cualquier medida encaminada a preservar recursos medioambientales en el marco de la emergencia climática global. En ese sentido, al plantear medidas para enfrentar la crisis climática, se deberá considerar de qué manera estas serán adoptadas por los órganos a nivel local, los recursos que necesitarán y los retos de coordinación a los que se enfrentarán.

REFERENCIAS

DOCTRINA

BALÉE, W. “Contingent diversity on anthropic landscapes”, *Diversity*, 2, 2010, pp. 163-181.

BLACK, J. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes”, *Regulation and Governance*, 2008, pp. 137-164.

CASTILLO, Á. y RUBIANO, S. *La minería de oro en la selva: territorios, autonomías locales y conflictos en Amazonía y Pacífico (1975-2015)*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2019.

CAYÓN, L. *Pienso, luego creo. La teoría makuna del mundo*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH, 2017.

Colombia. Contraloría General de la República. Informe auditoría de cumplimiento. Cumplimiento de las sentencias T-622 de 2016 y T-445 de 2016 en relación con los aspectos ambientales de la actividad minera en el río Atrato, Bogotá, 30 de junio de 2019.

Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Minambiente instala la Comisión de guardianes del río Atrato*, 26 de julio de 2018, disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias-minambiente/4053-minambiente-instala-la-comision-de-guardianes-del-rio-atrato>

CUESTA, J. e HINESTROZA, L. “Análisis jurídico de las funciones de los consejos comunitarios en territorios colectivos de comunidades negras”, en *Justicia*, 32, 2017, pp. 160-181.

DESCOLA, P. *Más allá de naturaleza y cultura*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2012.

- GONZÁLEZ VARELA, S. A. “Antropología y el estudio de las ontologías a principios del siglo XXI: sus problemáticas y desafíos para el análisis de la cultura”, *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, XXI, 42, 2015, pp. 39-64.
- GONZÁLEZ, M. “Orígenes de la institución del resguardo”, *Revista de la Universidad Nacional (1944-1992)*, 6, 1970, pp. 171-187.
- Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático - IPCC. *Calentamiento global de 1,5 °C: Resumen para responsables de políticas*, 2019.
- LAMPREA, E. *El derecho de la naturaleza. Una aproximación interdisciplinaria a los estudios ambientales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2019.
- MACPHERSON, E. y CLAVIJO, F. “The pluralism of river rights in Aotearoa, New Zealand and Colombia”, *The Journal of Water Law*, 25, 2015, pp. 283-293.
- MAYORGA GARCÍA, F. *Datos para la historia de la propiedad territorial indígena en el Suroccidente Colombiano*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2017.
- OCDE y CEPAL. *Evaluación del desempeño ambiental: Colombia 2014*, OCDE, 2014.
- Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Género, Igualdad y Diversidad. *Los pueblos indígenas y el cambio climático. De víctimas a agentes del cambio por medio del trabajo decente*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2018.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura - FAO. “6 formas en que los pueblos indígenas ayudan al mundo a lograr el #HambreCero”, 9 de agosto de 2017 [en línea], [consultado el 30 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.fao.org/zhc/detail-events/es/c/1028079/>
- PÁLSSON, G. y DESCOLA, P. *Naturaleza y sociedad: perspectivas antropológicas*, México, Siglo XXI Editores, 2001.
- RETTBERG, A.; CÁRDENAS, J. C. y ORTIZ-RIOMALO, J. F. “Mismo recurso, diferentes conflictos: un análisis de la relación entre oro, conflicto y criminalidad en seis departamentos colombianos”, en RETTBERG, A.; LEITERITZ, R. J.; NASI, C. y PRIETO, J. D., *¿Diferentes recursos, conflictos distintos? La economía política regional del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2018, pp. 341-400.
- RODRÍGUEZ, M. “¿Hacer más verde al Estado colombiano?”, *Revista de Estudios Sociales*, 32, 2009, pp. 18-33.

RUBIANO, S. y ESTEBAN, V. “Las corporaciones autónomas regionales (CAR) y la regulación ambiental del territorio a propósito de la disputa por el borde norte de Bogotá”, en ALVIAR, H. y LAMPREA, E., *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2016, pp. 261-308.

TEUBNER, G. *After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law*, Florencia, European University Institute, 1984.

VIVEIROS DE CASTRO, E. “Cosmological Deixis and Amerindian Perspectivism”, *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 4, 1998, pp. 469-488.

VIVEIROS DE CASTRO, E. “Image of nature and society in Amazonian ethnology”, *Annual Review of Anthropologist*, 25, 1996, pp. 179-200.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Colombia. Congreso de la República. Ley 99 del 22 de diciembre de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 41.146, 1993 [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html#1

Colombia. Congreso de la República. Ley 388 del 18 de julio de 1997, “Por la cual se modifica la Ley 9.^a de 1989 y la Ley 3.^a de 1991 y se dictan otras disposiciones” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 43.091, 1997 [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0388_1997.html

Colombia. Congreso de la República. Ley 550 del 30 de diciembre de 1999, “Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley” [en línea], *Diario Oficial*, n.º 43.940, 2000 [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0550_1999.html

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-415 de 1992, exp. T-101. M.P.: Ciro Angarita Barón [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-415-92.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-596 de 1998, exp. D-2021. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-596-98.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011, exp. T-2.291.201.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 2014, exp. T-4.124.007. M.P.: Alberto Rojas Ríos [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-204-14.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-384a de 2014, exp. T-2.650.067.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-438 de 2015, exp. T-4561330. M.P.: José Ignacio Pretelt [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-438-15.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016, exp. D-10864. M.P.: Gloria Stella Ortiz [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2016, exp. T-4.943.313. M.P.: Jorge Iván Palacio [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-606-15.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, exp. T-5.016.242. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC 4360, exp. 11001-22-03-000-2018-00319-01, 5 de abril de 2018. M.P.: Luis Armando Tolosa [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>

Colombia. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”. Acción popular n.º 01-479 del 25 de agosto de 2004, M.P.: Nelly Yolanda Villamizar.

DANIEL ALEJANDRO PAZ ZAMBRANO*

CAPÍTULO 4

*Fuentes hídricas como entes sujetos de derechos colectivos
en el municipio de Mocoa (Colombia)***

*Water Sources as Entities Subject to Collective Rights
in the Municipality of Mocoa (Colombia)*

RESUMEN

Las condiciones ecosistémicas del municipio de Mocoa, localizado en la región amazónica, suroccidente de Colombia y capital del departamento del Putumayo, aunadas a las altas precipitaciones en época de invierno, ocasionaron, el 31 de marzo y el 1.º de abril de 2017, una avenida torrencial que acabó con la vida de más de trescientas personas y generó desplazamiento forzado ambiental, además de daños en infraestructuras como viviendas y equipamientos urbanos y de servicios. Este artículo busca ahondar en las visiones del nuevo constitucionalismo latinoamericano que abogan por el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, con base en la construcción, análisis e interpretación del derecho desde una postura ecocéntrica y abandonando las teorías clásicas que ponen al hombre como el centro y titular único de derechos. Todo ello con el fin de determinar si la declaratoria de las fuentes hídricas del municipio de Mocoa como entes sujetos de derechos es pertinente como medida para prevenir los conflictos socioambientales derivados de la ocurrencia de riesgos de desastres por variabilidad climática (fenómeno de La Niña) en el municipio, principalmente en lo que concierne a los desplazados forzados ambientales.

Palabras clave: derechos de la naturaleza, conflictos socioambientales, cambio climático, desastres naturales, racismo ambiental, ordenamiento ambiental del territorio.

ABSTRACT

The ecosystem conditions of the municipality of Mocoa, located in the Amazon region, southwestern Colombia and capital of the Putumayo department, coupled with high rainfall in winter, they caused a torrential avenue on March 31 and April 1, 2017, a torrential avenue that ended the lives of more than three hundred people, generated forced environmental displacement in addition

* Abogado de la Universidad del Cauca; becario FLACSO - Ecuador, en especialización de Liderazgo, Cambio Climático y Ciudades 2019-2020; maestrando en Derecho Público en la Universidad Surcolombiana. Contacto: da.alpazz@hotmail.es y danielpaz1016@gmail.com
ORCID: 0000-0002-2853-0631.

** Este trabajo forma parte del proyecto de tesina para obtener el grado de especialista en Liderazgo, Cambio Climático y Ciudades de FLACSO - Ecuador.

to damage to infrastructure such as housing, urban equipment and services. The objective of this article seeks to delve into the visions of the new Latin American constitutionalism, which strive for the recognition of nature as a subject of rights, based on the construction, analysis and interpretation of law from an ecocentric position and abandoning the classic theories that put man as the center and sole holder of rights. All this in order to determine if the declaration of the water sources of the municipality of Mocoa as entities subject to rights, is pertinent as a measure to prevent socio-environmental conflicts derived from the occurrence of disaster risks due to climatic variability (La Niña phenomenon) in the municipality, mainly in what concerns to environmentally displaced persons.

Keywords: rights of nature, socio-environmental conflicts, climate change, natural disasters, environmental racism, environmental planning of the territory.

INTRODUCCIÓN

En el municipio de Mocoa, la avenida fluvio-torrencial ocurrida entre el 31 de marzo y el 1.º de abril de 2017 generó la pérdida de vidas humanas (más de 300 personas fallecidas) y bienes patrimoniales, un notable trastorno en el paisaje, deterioro en las coberturas vegetales, contaminación de las fuentes hídricas y, por supuesto, desplazados forzados ambientales. Según los expertos, la importante pluviosidad (129 mm el 31 de marzo), sumada a otros factores, como las altas pendientes y los movimientos en masa, fueron los detonantes de la trágica avenida fluvio-torrencial en la capital del departamento del Putumayo, localizado al sur occidente de Colombia. En este territorio existe una ocupación de las riberas de las fuentes hídricas por la construcción de infraestructuras como viviendas e inmuebles que se destinan como locales comerciales, o de instalaciones vitales como acueductos, estaciones para la generación de energía eléctrica y escuelas, entre otros. Lo anterior va en contra de la prevención del riesgo de desastres y del interés superior del ambiente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Surge la necesidad de analizar en el presente artículo si el reconocimiento como entes sujetos de derechos a la protección, conservación y restauración a cargo del Estado y de la comunidad de las principales fuentes hídricas del municipio, relacionadas de manera directa con el evento de 2017 (las quebradas Taruca, Taruquita, San Antonio, Conejo, Almorzadero, ríos Sangoyaco y

Mulato) es una estrategia pertinente para prevenir conflictos socioambientales ligados a la variabilidad climática y lograr la recuperación de sus cauces, faja de protección y área aferente, evitando con ello que se materialice el riesgo ante una futura avenida torrencial que pudiese afectar nuevamente a la población actual de Mocoa y a las generaciones futuras.

La emergencia climática en la actualidad tiene repercusiones en todo el planeta, y en el municipio de Mocoa, en particular, se harán más frecuentes e intensos los fenómenos climáticos como el de La Niña, lo que afectará los derechos humanos a la vida digna, a la salud, al ambiente sano, al agua y a la alimentación de sus habitantes, y generará desplazamiento forzado ambiental. Los esfuerzos de la Política Nacional de Cambio Climático y de la Ley 1931 de 2018, “Por medio de la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático”, se enfocan en establecer estrategias para la mitigación y adaptación al cambio climático con la reducción de gases de efecto invernadero y la transición a energías renovables sostenibles, pero dejan de lado las implicaciones del cambio climático en los derechos humanos y en los derechos que desde el ecocentrismo y la Constitución Ecológica de 1991 se pueden reconocer a la naturaleza.

El presente trabajo centra la discusión de los derechos de la naturaleza (fuentes hídricas), no en la manera de lograr su descontaminación o, mejor, el tratamiento de los vertimientos, como se ha ordenado en sentencias de la Corte Constitucional e incluso de jueces de tutela en todo el país, sino en la prevención del riesgo de desastres, en este caso por avenidas torrenciales, por medio del respeto y la no intervención de los cauces permanentes y su ronda hídrica con obras que expongan la vida e integridad de las personas. Además se busca poner en conocimiento uno de los principales conflictos socioambientales de los últimos años a nivel planetario: el relativo al desplazamiento forzado ambiental, en el caso de Mocoa, producto de la avenida torrencial de 2017. Se trata de un fenómeno poco discutido en el país por los operadores jurídicos y que reviste importancia por la posibilidad de reiterarse en el futuro.

El marco metodológico y las bases teóricas de este artículo se construyen a partir del neoconstitucionalismo latinoamericano, desde la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional. A partir de la teoría se busca concretizar, en el caso de Mocoa, una visión diferente de relacionamiento entre sus habitantes y el componente natural del municipio, que permita el respeto por los derechos de las fuentes hídricas, principalmente en lo que se refiere a mantener su cauce natural y sus fajas de protección libres de la ocupación humana. Con ello se refuerza la prevención de riesgos de desastres, evitando

la pérdida de vidas y bienes materiales así como conflictos socioambientales, como el desplazamiento forzado ambiental, además de constituirse en un mecanismo para mitigar la producción de gases de efecto invernadero que acelera el calentamiento global y los fenómenos extremos de variabilidad climática.

El desarrollo del presente trabajo se aproxima al método cualitativo-descriptivo, en donde el análisis de la declaratoria como entes sujetos de derechos de las fuentes hídricas del municipio de Mocoa que tuvieron relación con la avenida fluvio-torrencial de 2017 permitirá establecer una nueva estrategia para prevenir conflictos socioambientales derivados del fenómeno de La Niña en el municipio, a partir de la aplicación del ecocentrismo jurídico desarrollado por las altas cortes de justicia del país.

Se parte de la revisión jurisprudencial, doctrinal y el análisis de casos (revisión de fuentes secundarias de información), en que se haya resuelto declarar fuentes hídricas o ecosistemas como entes sujetos de derechos, con el fin de rescatar la argumentación jurídica propuesta por los jueces o la doctrina al plantear y desarrollar la aplicación del ecocentrismo o de los derechos bioculturales, en casos donde se haya protegido a la naturaleza de los daños causados por la acción humana (vertimientos directos, contaminación, explotación, deforestación).

El anterior análisis permite adecuar la declaratoria de derechos y plantear el reconocimiento de las fuentes hídricas de Mocoa como entes sujetos de derechos para prevenir conflictos socioambientales ligados a fenómenos climáticos como el de La Niña, que afecta a la capital departamental y cuyo antecedente trágico afectó a la población en sus derechos a la vida digna, a la seguridad persona, a la salud, al agua, a la alimentación, al ambiente sano y al saneamiento ambiental, entre otros.

I. LA NATURALEZA COMO ENTE SUJETO DE DERECHOS

Las nuevas teorías relativas a los derechos de la naturaleza han sido posibles a la luz del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Las construcciones teóricas plasmadas en los textos constitucionales de países como Ecuador y Bolivia develan una concepción ecocéntrica representada en los valores del Vivir Bien (Bolivia) y el Buen Vivir (Ecuador). Esta forma de concebir el mundo de lo natural, incluido lo humano, nace en respuesta al colonialismo europeo de las instituciones jurídicas y políticas de nuestros nacientes Estados.

La Constitución de Ecuador de 2008 consolida este nuevo constitucionalismo, es decir, un ordenamiento jurídico cuyas prácticas se desarrollan

en América Latina y propician la reflexión y “reconstrucción de una visión de mundo comprometida con la vida, asumiéndola como expresión genuina de una relación armónica de la comunidad humana con la naturaleza”⁴⁶. El antropocentrismo jurídico occidental presente en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos tradicionales solo permite concebir a la naturaleza como un objeto cuya utilidad, protección y conservación gira en torno al bienestar humano. De acuerdo con esta postura,

... la Naturaleza no tiene derechos propios, sino que éstos residen únicamente en las personas. Únicamente los seres humanos, en tanto cognoscentes y sintientes, son los agentes morales que pueden otorgar esos valores, y discutir en los escenarios políticos sobre la administración del entorno⁴⁷.

Sin embargo, en el caso de los derechos de la naturaleza que acogen Ecuador y Bolivia existe un reconocimiento expreso en textos constitucionales, en donde la naturaleza es vista como una deidad indígena, sujeta de derechos. “[T]eniendo la misma pleno derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”⁴⁸. Los tratadistas que han sumado esfuerzos académicos en su lucha en contra de las corrientes modernas del derecho tratan de explicar la teoría del reconocimiento de los derechos de la naturaleza desde el constitucionalismo andino. Al respecto consideran han afirmado:

E] antídoto para los males de la modernidad hegemónica —el racionalismo que oculta otras formas de conocimiento y relación con la naturaleza; la colonialidad que separa y jerarquiza a la cultura sobre la naturaleza; el capitalismo que trata como objeto de apropiación y explotación a la naturaleza— se llama “derechos de la naturaleza”⁴⁹.

46 WOLKMER, CARLOS ANTONIO; WOLKMER, MARÍA DE FÁTIMA Y DEBORA, FERRAZO. *Derechos de la naturaleza: para un paradigma político y constitucional. La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2019, pp. 71-108.

47 GUDYNAS, EDUARDO. “La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica”, en *Tabula Rasa*, n.º 13, 2010, pp. 45-71.

48 Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial*, n.º 449, 20 de octubre de 2008.

49 ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO. “Los derechos humanos y los derechos de la naturaleza”, en *La*

Por el contrario, las posturas tradicionalistas y radicales, que solo conciben a la naturaleza como objeto de apropiación por parte de los seres humanos, niegan la posibilidad de otorgar a entes no humanos la categoría de sujetos de derechos. Parten del supuesto de la supremacía del hombre frente a otros seres considerados inferiores, dentro de la misma especie o de especies diferentes, por ejemplo, en el caso de los derechos de los animales. Las corrientes del spencerianismo⁵⁰ estiman que “sólo serían verdaderos sujetos de derechos los humanos superiores (legitimación del neocolonialismo), destinados a tutelar piadosamente a los inferiores o colonizados y a eliminar a los inferiores molestos”⁵¹.

Esta corriente de pensamiento colonialista se alimenta con los principios de la era geológica del capitaloceno (edad del capital), como lo expone el economista Renán Vega Cantor:

El término capitaloceno hace referencia a un periodo de tiempo reciente, una nueva era geológica, y a una categoría analítica y explicativa. [...] [L]o fundamental es el sentido político del término y el desafío cognitivo de orden colectivo que debería generar, que conduzca no solamente a cambiar nuestra comprensión de la realidad, sino[,] lo que es más importante y decisivo, nuestro accionar como sociedades⁵².

Los sistemas jurídicos modernos anclados al servicio del capital, y no el antropoceno propiamente dicho, han generado, por ejemplo, la crisis climática, con graves consecuencias ambientales y sociales. El antropoceno responsabiliza del desastre ambiental de la actualidad a todos los hombres en general, este “tiene varios objetivos, entre ellos eludir responsabilidades y generar una

naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático, Bogotá, Universidad Libre, 2019, p. 130.

50 Spencer sostenía que la evolución era un proceso sin solución de continuidad, el cual continuaba dentro de la propia especie humana y, por tanto, el positivismo dedujo consecuencias ambivalentes: los inferiores de otras razas deben ser tutelados por los superiores (neocolonialismo) y los de la propia raza deben ser eliminados de algún modo, para que sobrevivan solo los más fuertes y sanos. Véase ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia”, en *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.

51 *Ibíd.*, p. 6.

52 VEGA CANTOR, RENÁN. *El capitaloceno. Crisis civilizatoria, imperialismo ecológico y límites naturales*, Bogotá, Teoría & Praxis, 2019, pp 354-355.

culpabilización colectiva, para camuflar al capitalismo”⁵³. El sistema capitalista, como gran generador del caos planetario, obstaculiza la construcción de una nueva teoría de la naturaleza como sujeto de derechos. Por lo tanto, es necesario apartarse de la posición liberal dominante con la cual se funda el derecho que sirve al desarrollo del capitaloceno, para retomar lo construido en la Constitución ecuatoriana de 2008 y aplicar el postulado de su artículo 71 que establece:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema⁵⁴.

Ahora bien, cabe preguntarse si las fundamentaciones modernas de los derechos humanos permiten fundamentar así mismo los derechos de los no humanos. Ramiro Ávila considera que es posible hacerlo desde los propios postulados clásicos del antropocentrismo jurídico en la modernidad, para lo cual desarrolla los conceptos de dignidad, derecho subjetivo, capacidad e igualdad. En principio, desde nuestra concepción del derecho occidental, estos conceptos “nos llevan a la conclusión de que la naturaleza no puede ser sujeto de derechos”⁵⁵. Sin embargo, a partir de las mismas teorías modernas de los derechos humanos, Ávila concluye que la naturaleza –aun sin grandes transformaciones de los sistemas jurídicos actuales– puede ser catalogada como sujeta de derechos. Según este autor, “[l]a clave de lectura para encontrar los fundamentos, en las mismas teorías, la encontramos en la excepción o salvedad de la regla, que es parte consustancial de la norma, o, como suele decirse, la

53 *Ibíd.*, p. 348.

54 Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

55 ÁVILA SANTAMARÍA. *El derecho de la naturaleza*, cit., p. 36.

excepción confirma la regla”⁵⁶. En cuanto al primer concepto, el de dignidad, entendemos que somos dignos siempre que la sociedad y el Estado nos traten como fines y no como medios para lograr determinado fin. No obstante, Ávila expone que dicho planteamiento, al ser una regla, tiene necesariamente alguna excepción, y es que el ser humano puede ser medio, siempre que a su vez sea o cumpla un fin legítimo.

Para aplicar el concepto de dignidad de la naturaleza se debe partir del hecho de que históricamente se la ha considerado como medio para satisfacer las necesidades humanas en esta era del capitaloceno. Pero, con la apertura al ecocentrismo, la tierra pasa a tener una connotación irradiada de valores intrínsecos. Así, “al reconocer que los seres vivos y su soporte ambiental tienen valores propios más allá de la posible utilidad para los seres humanos, la Naturaleza se vuelve sujeto”⁵⁷. Siendo sujeto la naturaleza, con valores propios, entonces efectivamente se llegará a pensar en cómo hacerlos efectivos. Para ello el sistema judicial debe aplicar la justicia ecológica, de la cual hablaremos más adelante. Low y Gleeson afirman:

... la justicia ecológica debería abordar las relaciones entre los humanos y el resto del mundo natural. Estos autores defienden dos puntos de partida básicos: (1) Todos los seres vivos tienen derecho a disfrutar de su desarrollo como tales, a completar sus propias vidas; (2) Todas las formas de vida son mutuamente interdependientes, y a su vez, estas dependen del soporte físico⁵⁸.

La naturaleza “como todo ser vivo tiende a la supervivencia y a la reproducción para garantizar su existencia, que serían sus fines, desde nuestra limitada racionalidad para comprender a otros seres vivos con los que no tenemos iguales códigos de comunicación”. En conclusión, la naturaleza siendo medio para suplir las necesidades humanas (visión antropocéntrica) y por ser un ente viviente con finalidades propias y particulares (visión biocéntrica), es entonces titular de dignidad.

Con relación al derecho subjetivo, esta prerrogativa surge para la naturaleza a partir de la consagración de sus derechos en una norma jurídica (positivización). Para el caso ecuatoriano, expresamente en los artículos 71 y

56 *Ibid.*, p. 44.

57 GUDYNAS. “La senda biocéntrica”, cit., p. 51.

58 LOW, N. y GLEESON, B. *Justice, Society and Nature. An Exploration of Political Ecology*, Londres, Routledge, 1998, citado en GUDYNAS. “La senda biocéntrica”, cit., p. 60.

72^[59] de la Constitución de 2008 se reconocen derechos de la naturaleza a la existencia, al mantenimiento y a la regeneración de sus ciclos vitales, funciones y procesos, además del derecho a la restauración. Aquellos ostentan el rango de derechos constitucionales. Así, “[d]esde la historia del concepto, e incluso desde la teoría positivista, se cumplen los presupuestos para que se considere a la naturaleza como sujeto de derechos⁶⁰”.

La capacidad de todo ser humano para exigir directamente sus derechos es relativa, y existen numerosos ejemplos de cómo terceros deben acudir en representación de personas que, por inmadurez biológica o mental, no pueden actuar por sí mismas⁶¹.

Como bien lo pone de manifiesto Ramiro Ávila, en un estado natural donde no se presenten acciones antrópicas en contra de la naturaleza, esta cumpliría sus ciclos vitales sin ninguna alteración. No obstante, en esta era del capitaloceno, el “sistema capitalista como responsable de las catástrofes climáticas y ambientales que destruyen diversas formas de vida, asesinan diariamente a millones de seres humanos (pobres y expoliados) y ponen en peligro la misma supervivencia de nuestra especie”⁶², la naturaleza requiere

59 Constitución de la República del Ecuador 2008, art. 71: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. / Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. / El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”.

Art. 72: “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. / En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”.

60 ÁVILA. *El derecho de la naturaleza*, cit., p. 49.

61 Pero lo importante de la figura de la incapacidad es el respeto al estatus de sujeto de derechos por intermedio de la institución que se denomina “representante legal” o de la “tutela”. La persona, por incapaz que se considere, no deja de ser titular de derechos; pero en tal caso, ciertos derechos se dejan de ejercer por sí mismo y se ejercen por intermedio de un tercero al que se denomina representante. *Ibíd.*, p. 51.

62 VEGA. *El capitaloceno*, cit., p. 356.

de los humanos para que ejerzan su representación, como efectivamente se planteó en la Constitución de la República de Ecuador de 2008 (art. 71, inc. 2).

Por último, el concepto de igualdad como toda creación de lo humano, plasmada en los textos constitucionales por obra del contrato social, es susceptible de evolucionar y de adaptarse a los nuevos contextos jurídicos. Así, “el principio de igualdad es una categoría que admite interpretación y que no necesariamente se infiere que deba ser aplicada entre seres humanos”⁶³. Así como en otras épocas de la historia se negaba la igualdad de ciertos grupos de personas como los indígenas americanos o los africanos frente a los conquistadores europeos (cuestión impensable en la actualidad), así deberá asumirse el concepto de igualdad, para la Tierra, vista desde el ecocentrismo que “no niega que las valoraciones parten del ser humano, sino que insiste en que hay una pluralidad de valores que incluye los valores intrínsecos, valores que se deben preservar para convivir en armonía entre los humanos y [los] no humanos”⁶⁴.

La declaratoria de la naturaleza como ente sujeto de derechos no solo repercute en las condiciones de la relación entre lo humano y lo no humano, también es un punto de partida para resolver conflictos socioambientales ligados al cambio climático. “El cambio climático es una importante amenaza ambiental. Las ciudades son las principales aportantes al problema. Dado el crecimiento urbano de LAC, los efectos del cambio climático se manifiestan de forma concreta y con más intensidad en los ámbitos urbanos”⁶⁵.

El principal conflicto climático a analizar en este artículo será el fenómeno de desplazamiento forzado ambiental, a partir de la avenida torrencial de Mocoa del 31 de marzo y el 1.º de abril de 2017.

Esta nueva categoría de desplazados surge por causas naturales, es decir por efecto de terremotos, huracanes, tifones, entre otros[,] y por causas antrópicas[,] es decir, por la intervención directa de los seres humanos en los ecosistemas, lo que hace que las personas tengan que abandonar sus territorios y culturas⁶⁶.

63 ÁVILA. *El derecho de la naturaleza*, cit., p. 53.

64 GUDYNAS. “La senda biocéntrica”, cit., p. 50.

65 NOVILLO RAMEIX, NATHALIA. “Cambio climático y conflictos socioambientales en ciudades intermedias de América Latina y el Caribe”, *Letras Verdes. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, n.º 24, 2018, p. 3.

66 VALENCIA HERNÁNDEZ, JAVIER. *El derecho de acceso a la justicia ambiental y sus mecanismos de aplicación en Colombia*, Alicante, Universidad de Alicante, 2011, p. 261.

De manera sintética, se ha tratado de señalar los fundamentos conceptuales que permiten considerar a la naturaleza como ente sujeto de derechos; desde una perspectiva ecocéntrica anclada al antropocentrismo jurídico, político, económico y ambiental que domina por ahora nuestras realidades, o por lo menos la del Estado colombiano. Abordaremos, en los acápite siguientes, los derechos de la naturaleza en Colombia, a partir del análisis de la doctrina internacional y nacional, principalmente las sentencias del río Atrato (Corte Constitucional, sentencia T-622 de 2016) y de la Amazonía (Corte Suprema de Justicia, STC 4360 de 2018); respecto de esta última se abordarán de manera general algunas consideraciones sobre su aplicación y seguimiento.

2. DERECHOS DE LA NATURALEZA EN COLOMBIA

Para el Estado colombiano, la reflexión en torno al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos proviene de los avances jurisprudenciales de sus altas cortes, en particular, de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, existen jueces locales que, invocando el precedente judicial, han resuelto casos otorgando derechos a fuentes hídricas por los efectos negativos de la contaminación y la degradación⁶⁷ o por su de-

67 Así sucedió en el caso de la sentencia del río Magdalena. Dos particulares solicitaron el amparo por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la salud, al agua, al medio ambiente sano y a la vida digna de las comunidades ubicadas en la zona de influencia del río Magdalena, por la construcción de la hidroeléctrica El Quimbo, con influencia en seis municipios del departamento del Huila. La tutela fue dirigida contra entidades públicas de todos los órdenes y contra la empresa EMGESA, dueña del proyecto. Señalaron aquellos que tras la habilitación del gobierno nacional para su construcción se habían ocasionado daños al río, tales como el desmejoramiento de la calidad de sus aguas, entre otras cosas por el vertimiento de miles de toneladas de residuos, por no contar los principales municipios que aportan al llenado de la hidroeléctrica con plantas de tratamiento de aguas residuales (PTAR) óptimas, con implicaciones ambientales y sociales para los habitantes de los municipios ribereños. Solicitaron declarar al río Magdalena como sujeto de derechos con fundamento en la sentencia T-622 de 2016. El juez municipal expuso la posición de la naturaleza dentro del ordenamiento jurídico colombiano, indicando que en la Constitución de 1991 se adopta una postura ecocéntrica, donde se concibe a la naturaleza como sujeto de derechos colectivos, que deben ser reconocidos por las autoridades y los particulares. En este sentido, la compensación ecosistémica comportaría un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza. Finalmente, se pretendía tutelar en favor de las presentes y futuras generaciones los derechos fundamentales al agua, a la salud, a la vida digna y al medio ambiente sano, y que se reconociera al río Magdalena, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado. Véase Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de

fectuoso tratamiento⁶⁸. Con el cambio de paradigma del antropocentrismo al biocentrismo-ecocentrismo que ha irradiado este tipo de jurisprudencia en el país, ya no es dable enfocarse únicamente en el estudio de los derechos de las personas naturales (seres humanos), porque el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha permeado las decisiones judiciales y con ello transformado la manera de entendernos con lo natural. Según la Corte Constitucional:

El enfoque ecocéntrico parte de una premisa básica según la cual la tierra no pertenece al hombre y, por el contrario, asume que el hombre es quien pertenece a la tierra, como cualquier otra especie. De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales[,] como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella⁶⁹.

conocimiento de Neiva. Enel Emgesa y la comunidad. Sentencia de tutela de primera instancia n.º 071 del 24 de octubre de 2019, rad. 41001-3109-001-2019-00066-00.

68 En el caso de la sentencia del río Quindío, el Tribunal asumió conocimiento en primera instancia de la acción popular presentada por el Procurador 34 Judicial 1 Ambiental y Agrario de Armenia, la Defensoría del Pueblo Regional del Quindío y la Personería Municipal de Armenia, en contra de entidades del orden nacional, departamental y local y empresa de servicios públicos de acueducto y alcantarillado, por vulnerar derechos e intereses colectivos de los habitantes del municipio de Salento por el mal funcionamiento de los sistemas de tratamiento de aguas que se vierten sobre la cuenca del río Quindío, generando contaminación y riesgos para la vida y la salud de los habitantes de la vereda Boquía. El Tribunal Administrativo del Quindío retomó lo enunciado por la Corte Constitucional en la sentencia T-622 de 2016 y concluyó que “resulta procedente conceder el amparo a los derechos colectivos invocados, ordenando la construcción y puesta efectiva en funcionamiento de una Planta de Tratamiento de Aguas Residuales en la vereda Boquía del Municipio de Salento, ante la contaminación por vertimientos que se realiza desde allí y hasta la bocatoma de las plantas de tratamiento de las Empresas Públicas de Armenia EPA”; por lo anterior, resolvió “declarar que el Río Quindío, desde su nacimiento, su cuenca, afluentes y hasta su desembocadura, ostenta el trato de sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado, a través de las entidades accionadas”. Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Cuarta. 5 de diciembre de 2019, M.P.: Rigoberto Reyes Gómez.

69 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, p. 45.

Esta concepción del derecho ha permitido que en Colombia, mediante acciones jurídicas, se haya reconocido a algunos ríos o al ecosistema amazónico como entes sujetos de derechos colectivos a la protección, conservación y restauración a cargo del Estado y de la comunidad. Este cambio de paradigma, como lo expresa Morales, “hace temblar los cimientos epistemológicos del derecho constitucional y del derecho civil clásico, los cuales parten de una óptica antropocéntrica para afirmar que únicamente se pueden otorgar derechos y obligaciones a favor del ser humano por su calidad de ser racional”⁷⁰.

Bajo la anterior lógica, el reconocimiento de derechos a la naturaleza, efectuado en Colombia por las sentencias de los jueces, ha permitido una construcción teórica más profunda desde el campo de la doctrina del precedente. Dicha novedad jurídica ha sido de difícil concepción para los operadores jurídicos (abogados litigantes, servidores públicos, jueces ordinarios), que tratan de resolver conflictos socioambientales ligados a la contaminación de las fuentes hídricas con fundamento en las complejas disposiciones de los textos judiciales emanados no solo de las altas cortes –concentradas en la capital del país–, sino de jueces constitucionales de tutela en todo el territorio nacional.

En el caso de la contaminación del río Atrato y sus afluentes, en Colombia, la Corte Constitucional, en la sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, revocó los fallos proferidos por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B. Las dos instancias negaron el amparo de los derechos de las comunidades étnicas a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio. En cambio, la Corte Constitucional concedió su tutela por considerar que estaban siendo gravemente vulnerados por la conducta omisiva de las instituciones (administrativas, territoriales, ambientales, sector extractivo, defensa, salud, etc.) de todos los órdenes que tienen injerencia en el territorio de los municipios de Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Riosucio, Quibdó, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Carmen de Atrato y Yuto (Chocó), y Murindó, Vigía del Fuerte y Turbo (Antioquia). Los derechos bioculturales de las comunidades afectados

70 MORALES NARANJO, VIVIANA. “Postulados jurídicos y culturales para el reconocimiento de los ríos como sujeto de derechos”, en IX Encuentro Internacional do CONPEDI Quito – Ecuador, 17-19 de octubre de 2018, Quito, p. 6.

por las actividades de minería ilegal con mercurio⁷¹ y la explotación exacerbada del río Atrato y sus afluentes se ven afectados por

Conflictos socio-ambientales que se materializan en una lucha indiscriminada por el control de los territorios y de los recursos naturales, y tiene como consecuencia el desplazamiento forzado, la degradación de los ecosistemas, la disminución de los bosques, extinción de especies endémicas y contaminación de los ríos, entre otros factores que ponen en alto riesgo el patrimonio natural y cultural del país⁷².

Antes de entrar a referirnos a la declaratoria del Atrato y sus afluentes como entes sujetos de derechos es necesario precisar que la base teórica de esta sentencia son los derechos bioculturales y el ecocentrismo. Al respecto, se ha señalado:

La decisión es innovadora, pues reconoció el río Atrato y sus comunidades ribereñas como una única entidad jurídica. Ella rompió con la supuesta separación entre Naturaleza y cultura y reconoció la existencia del “sujeto de derecho biocultural”, asimismo, la unión inseparable entre la diversidad biológica y la diversidad cultural. La afirmación judicial de que solo existe conservación ambiental si existen usos, costumbres y tradiciones que conserven el medio ambiente significa decir que si existe una cultura de sostenibilidad, se cuida la Naturaleza. El reconocimiento de que el respeto a las cosmovisiones ancestrales es condición para garantizar la existencia de los pueblos y comunidades ancestrales y de la diversidad biológica que posibilitó el desarrollo de esos pueblos y comunidades. En suma, la Corte reconoció que lo ambiental es cultural por medio de la bioculturalidad⁷³.

71 Las consecuencias por el uso del mercurio son tan graves que varios informes internacionales en la materia, compilados por el mismo artículo en comentario, advierten que las consecuencias a largo plazo son muy graves para el medio ambiente y la población que vive en el entorno de las minas y los yacimientos, aguas abajo o en la dirección del viento. El empleo abusivo del mercurio así como su combinación con el cianuro provocan una extensa degradación ambiental por contaminación de los ecosistemas. Véase Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, 100.

72 *Ibíd.*, 145.

73 DERANI, CRISTIANE *et al.* “Derechos de la naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas”, en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, p. 511.

En la sentencia T-622 de 2016 la Corte señala que existen “tres aproximaciones teóricas” para entender la condición de la naturaleza y su relación con lo humano en el ordenamiento jurídico colombiano: el antropocentrismo, el biocentrismo y el ecocentrismo. El primero, como ya hemos dicho con anterioridad, está identificado con la satisfacción de necesidades humanas referidas a un ambiente sano, en donde lo humano es el centro y medida de todo lo dispuesto en normas y de interés para la economía, la política, el desarrollo y el ambiente. El biocentrismo, por el contrario, “reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan –en igual medida– por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras”⁷⁴. El ecocentrismo, a partir de nuestra Constitución Ecológica, da cabida a manifestaciones que ligan lo cultural, la biodiversidad y las distintas formas de vida. En el campo del derecho, esta unión de visiones que aportan una manera diferente de comprender las complejas relaciones de lo humano con su entorno, con base en el respeto por la vida, no lleva implícitas cargas de dominación humano/naturaleza y constituye lo que se define como derechos bioculturales; aquellos derechos que surgen de las relaciones y prácticas de las comunidades étnicas, basadas en el respeto por la naturaleza, donde todo ser tiene una relación estrecha con aquella. Cabe agregar lo expresado por la Corte en sentencia C-411 de 2015:

... es admisible sostener por la Corte que los enfoques heterogéneos de protección al medio ambiente encuentran respaldo en las disposiciones de la Carta de 1991. El paradigma a que nos aboca la denominada ‘Constitución Ecológica’, por corresponder a un instrumento dinámico y abierto, soportado en un sistema de evidencias y de representaciones colectivas, implica para la sociedad contemporánea tomar en serio los ecosistemas y las comunidades naturales, avanzando hacia un enfoque jurídico que se muestre más comprometido con ellos, como bienes que resultan por sí mismos objeto de garantía y protección⁷⁵.

La parte resolutoria de la sentencia reconoce al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas. La representación la ejercen el gobierno nacional y las comunidades étnicas.

⁷⁴ Colombia. Sentencia T-622 de 2016, 44-45.

⁷⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 2015, cit., 22.

De otro lado, en el contexto de la región amazónica, la Corte Suprema de Justicia dictó la primera sentencia (STC 4360 del 5 de abril de 2018) que relaciona el cambio climático producto de la alteración de la cobertura forestal en la Amazonía colombiana. Entre los hechos que motivaron la providencia se encuentran: i) el reclamo de un grupo de 25 niños por la tutela de los derechos constitucionales fundamentales a gozar de un ambiente sano de las generaciones presentes y futuras, así como a la vida, a la salud y al agua, presuntamente vulnerados por las entidades acusadas; ii) las altas tasas de deforestación en la Amazonía (municipios de San Vicente del Caguán, Cartagena del Chairá, San José del Guaviare, Calamar, La Macarena, Puerto Leguísimo, Solano, Uribe, El Retorno, Puerto Guzmán, Puerto Rico, Miraflores, Florencia y Vistahermosa) causadas por el “acaparamiento de tierras (60-65%), los cultivos de uso ilícito (20-22%), la extracción ilícita de yacimientos minerales (7-8%), la infraestructura, los cultivos agroindustriales y la extracción ilegal de madera”⁷⁶; y iii) el que los accionados no “adoptan medidas pertinentes para hacer frente” a lo denunciado. Subsidiariamente, manifiestan que la acción de tutela interpuesta es indispensable como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable generado por el aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero, principal causa del cambio climático.

La Corte Suprema no solo salvaguarda los derechos iusfundamentales de los tutelantes, sino que declara a la Amazonía colombiana como ente sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades, acudiendo al deber ético de solidaridad de la especie humana (derechos de las futuras generaciones) y al valor intrínseco de la naturaleza (ecocentrismo).

2.1. LA SENTENCIA STC-4360 DE 2018 Y SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA

La complejidad de la experiencia⁷⁷ que siguió a la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en medio del proceso de recuperación por la avenida torrencial de Mocoa del 31 de marzo y el 1.º de abril de 2017, merece ser resaltada. Quienes laboramos en esta región del país, en principio, dudábamos del verdadero

76 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 4360 del 5 de abril de 2018, p. 34.

77 Lo expuesto obedece al ejercicio laboral desempeñado como contratista de CORPOAMAZONIA. Lo manifestado no compromete a la autoridad ambiental del sur de la Amazonía.

efecto práctico que tendrían aquellas órdenes plasmadas en la sentencia y nos preguntábamos, por ejemplo, cómo se iba a resolver en adelante la colisión entre el derecho a la iniciativa privada de explotación de recursos naturales renovables y no renovables, y los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración de este nuevo sujeto de derechos. De igual forma, en relación con la orden 3 de la sentencia, que insta a todos los municipios de la Amazonía colombiana a:

... realizar en un plazo de cinco (5) meses siguientes a la notificación del presente proveído, actualizar e implementar los Planes de Ordenamiento Territorial, en lo pertinente, deberán contener un plan de acción de reducción cero de la deforestación en su territorio, el cual abarcará estrategias medibles de tipo preventivo, obligatorio, correctivo y pedagógico, dirigidas a la adaptación del cambio climático⁷⁸.

La inversión de recursos económicos, soportada en la cooperación internacional, no es ni será suficiente para afrontar la crisis climática, en la medida en que las decisiones restrictivas relacionadas con la mitigación de los efectos del cambio climático se concentren únicamente en el Amazonas colombiano y no incluyan el control de los residuos presentes en la atmósfera por cuenta de la actividad de las ciudades colombianas y sus habitantes. Es innegable la importancia del ecosistema amazónico para el mundo, como se resalta en las consideraciones y órdenes de la Corte Suprema de Justicia formuladas en la sentencia STC-4360 de 2018. No obstante, desde la región amazónica nos cuestionamos sobre las responsabilidades de los habitantes de las grandes urbes con relación al cambio climático. En efecto, consideramos que es tan necesario hablar de motores que aceleran el cambio climático en la región amazónica como lo es discutirlo desde las ciudades del país con polución o emisión de gases de efecto invernadero muy significativas. En la praxis, ¿podría plantearse una acción jurídica constitucional desde la Amazonía colombiana, solicitando la tutela de los derechos al ambiente sano de las presentes y futuras generaciones, amenazado por el desarrollo de actividades antrópicas que consumen energía y liberan gases que aceleran el calentamiento global generado desde los grandes centros urbanos nacionales? En ese sentido, ¿lograríamos un fallo tan contundente como la STC-4360 de 2018?

78 *Ibid.*, p. 49.

Los intereses de las comunidades que disponen de menos poder para influenciar los procesos decisorios acaban teniendo un peso menor en el juego y balance de intereses, lo que hace a tales decisiones excluyentes, ya que justamente las comunidades que tuvieron menos condiciones de participar en la conformación de la decisión final, [...] la mayoría de las veces, son las que soportan la mayor parte de los costos ambientales que resulten⁷⁹.

En el ambiente queda, entonces, la idea de que las poblaciones que residen en el gran ecosistema amazónico –regulador del clima y captador de gases de efecto invernadero– tienen cargas desproporcionadas de protección frente a los nulos compromisos y acciones que realizan los habitantes del resto del país. En particular, en las ciudades con mayor cantidad de personas, industrias, vehículos y, con ello, mayor gasto de energía, producción de gases de efecto invernadero y contaminación atmosférica. A nivel mundial, esta variable de correlación desigual es expuesta por Martínez Alier de la siguiente manera:

Comprobamos que hay un desplazamiento de los costos ambientales del Norte al Sur. Estados Unidos importa más de la mitad del petróleo que gasta. Japón y Europa dependen físicamente aún más de las importaciones. Eso lleva a la idea de que existe un comercio ecológicamente desigual. La misma desigualdad observamos en las emisiones de dióxido de carbono, causa principal del cambio climático. Un ciudadano de Estados Unidos emite 15 veces más en promedio que uno de India. Nos preguntamos: ¿quién tiene títulos sobre los sumideros de carbono que son los océanos, la nueva vegetación y los suelos? ¿Quién es dueño de la atmósfera para depositar el dióxido de carbono que sobra? El Protocolo de Kyoto es mejor que la política de Bush pero no soluciona ese enorme conflicto ecológico-distributivo. De ahí los reclamos de la Deuda Ecológica que el Norte tiene con el Sur, por el comercio ecológicamente desigual, por el cambio climático, también por la biopiratería y por la exportación de residuos tóxicos. La Deuda Ecológica puede expresarse en dinero pero tiene también aspectos morales no recogidos en una valoración monetaria⁸⁰.

La efectividad del fallo de la Corte Suprema, para controlar de manera eficiente y coordinada la deforestación en la Amazonía colombiana, y que siga actuando

79 VALENCIA. *El derecho de acceso a la justicia ambiental en Colombia*, cit., p. 110.

80 MARTÍNEZ ALIER, JOAN. “Conflictos ecológicos por extracción de recursos y por producción de residuos”, *Letras Verdes. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, 2009, pp. 7-8.

como sumidero de carbono y no como su generador (por los cambios en el uso del suelo y la deforestación), se reforzaría si se lograra la aplicación de la justicia ambiental. Ante la pugna por bienes ambientales escasos, el acaparamiento de estos por las sociedades de consumo pone en desventaja la satisfacción de las necesidades más básicas de los sujetos que carecen de los medios económicos para su adquisición en la región amazónica. Las demandas de consumo de madera obtenida ilegalmente, la ganadería extensiva, la apertura de vías y demás motores de deforestación que relaciona la sentencia son en gran parte motivados por las demandas de recursos de las grandes ciudades colombianas. Ello implica que las comunidades directamente afectadas, habitantes de la Amazonía, no tengan la posibilidad de tomar decisiones en torno a la realización o no de actividades extractivas en sus territorios, atendiendo a los principios de soberanía y responsabilidad intergeneracional, sino que deban suplir las necesidades del mercado en otras regiones del país.

En Colombia, la pugna no ha sido exclusivamente por la redistribución objetiva de los efectos contaminantes en el ambiente y de los servicios ambientales; en la región amazónica, ante los índices de desigualdad, las discusiones sobre justicia ambiental abarcan además la prestación en condiciones de dignidad de los servicios públicos esenciales, la utilización de los recursos naturales en la lógica del buen vivir, la seguridad y soberanía alimentaria de los pueblos originarios, la gobernanza del agua y los bosques desde los territorios. Las regiones con menor desarrollo del país, como aquellas que comparten la cuenca del río Amazonas, son las más afectadas por los efectos del cambio climático, pese a no tener una injerencia determinante en su generación, motivada esta, en realidad, por la necesidad de consumo de otras regiones.

La mala planificación ambiental del territorio, la debilidad institucional en materia de control ambiental y de gestión del riesgo, la deficiente preparación para afrontar los efectos del cambio climático, y sobre todo la desigualdad en la imposición de deberes y obligaciones de mitigación de los gases de efecto invernadero –generadores del cambio climático– entre las urbes como Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla –que albergan más de 14 millones de personas y las principales industrias del país–, por una parte, y las poblaciones amazónicas que apenas alcanzan a tener un millón de habitantes, por otra, impulsan inequidades en materia ambiental frente a los generadores principales de la perturbación climática.

La deforestación en nuestra región es una realidad que no hemos logrado solventar; los cambios de uso de suelo en la Amazonía, producto de la tala ilegal, el acaparamiento ilegal de tierras, la minería ilegal, los cultivos ilícitos,

la ganadería extensiva y otros proyectos de desarrollo, tal y como lo referencia la Corte Suprema, alteran las formas de vida y producen efectos en el clima.

Las condiciones climáticas en el sur de la Amazonia colombiana se ven alteradas por eventos climáticos extremos que se explican desde los análisis nacionales e internacionales, pero aún falta realizar estudios puntuales con información directa y local, con la cual se logre entender más a profundidad las dinámicas del clima y los posibles impactos a futuro sobre las comunidades y ecosistemas de la región. A la fecha, se cuenta con información de los escenarios de cambio climático generados por el IDEAM (2011-2100), en los cuales se plantean tres escenarios de cambios en temperatura de hasta 2,0 °C y variabilidad en precipitaciones en todo el territorio, acentuándose el aumento en las áreas de piedemonte⁸¹.

TABLA I. ESCENARIOS DE CAMBIO CLIMÁTICO 2011-2100 PARA EL DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO

Tabla convención Temperatura		Tabla por periodos / escenarios de cambio climático 2011-2100						Tabla convención Precipitación	
Cambio	Rango de valores Temperatura	2011-2040		2041-2070		2071-2100		Cambio	%
		Cambio de Temperatura media °c	Cambio de Precipitación (%)	Cambio de Temperatura media °c	Cambio de Precipitación (%)	Cambio de Temperatura media °c	Cambio de Precipitación (%)		
Bajo	0-0,5							Deficit Severo	<40%
Bajo Medio	0,50-1							Deficit	-39% y 11%
Medio	1,1-1,5	0,8	4,45	1,5	6,73	2,2	6,74	Normal	-10% y 10%
Medio Alto	1,5-2							Exceso	11% y 39%
Alto	2,1-3,9							Exeso Severo	<40%

Fuente: IDEAM, PNUD, MADS, DNP y Cancillería⁸².

La Política Nacional de Cambio Climático (PNCC), en su primera estrategia, “Desarrollo rural bajo en carbono y resiliente al clima”, se encamina a armonizar la producción agrícola del país en el espacio rural, a expandirla

81 IDEAM, citado por Romo y Paz, como puede verse en Tabla I. Escenarios de cambio climático 2011-2100 para el departamento de Putumayo, en ROMO, SAIRA PATRICIA y PAZ ZAMBRANO, Daniel. “Desplazamiento forzado ambiental en la Amazonia colombiana: un debate entre los derechos humanos y la eficacia de los deberes globales de protección de la Amazonia”, en I Congreso Internacional de Gestión Integral frente al Cambio Climático (Riohacha, 8-10 de mayo de 2019), Universidad de La Guajira, p. 4.

82 IDEAM, PNUD, MADS, DNP y Cancillería. Nuevos Escenarios de Cambio Climático para Colombia 2011-2100. Herramientas Científicas Para La Toma De Decisiones – Enfoque Nacional – Departamental: Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático, 2015, Bogotá, p. 45.

para generar eficiencia y menos desperdicios, menor consumo de recursos naturales como el agua y el desgaste de los suelos. El cambio de uso de suelo, que en el departamento del Putumayo está representado por el fomento de la ganadería extensiva principalmente, causa aumento en la emisión de gases de efecto invernadero.

En el campo colombiano se concentran el 55% de las emisiones nacionales de gases de efecto invernadero ya que allí se generan las emisiones asociadas con la ganadería, con el cambio de usos del suelo (*incluyendo la deforestación*) y con la gestión de suelos agrícolas y pastizales⁸³ (resaltado original).

Se reconoce la ganadería extensiva como poco eficiente y como generadora de sequías e inundaciones por su alto impacto en la remoción de coberturas vegetales para su establecimiento. Para el caso de Mocoa, las tasas de deforestación son bajas respecto a los demás municipios del departamento, como se muestra en la tabla 2.

TABLA 2. DEFORESTACIÓN POR MUNICIPIO – DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO

Municipio	Hectáreas deforestadas 2013-2014	Hectáreas deforestadas 2014-2015	Hectáreas deforestadas 2015-2016	Hectáreas deforestadas 2016-2017	Hectáreas deforestadas 2017-2018
Colón	0	1	2	1	0
Puerto Leguizamó	4.289	3.196	4.463	4.950	3.343
Mocoa	36	58	175	85	71
Orito	152	366	220	335	391
Puerto Asís	416	700	780	754	1.456
Puerto Caicedo	266	446	457	774	1004
Puerto Guzmán	5.651	3.758	4.486	5.557	7.053
San Francisco	1	1	26	26	2
San Miguel	61	83	68	44	77
Santiago	0	8	9	154	2

83 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Política Nacional de Cambio Climático, 2017, Bogotá, p. 93.

Municipio	Hectáreas deforestadas 2013-2014	Hectáreas deforestadas 2014-2015	Hectáreas deforestadas 2015-2016	Hectáreas deforestadas 2016-2017	Hectáreas deforestadas 2017-2018
Sibundoy	0	0	6	0	0
Valle del Guamuez	72	271	156	134	195
Villagarzón	104	300	230	326	275

Fuente: CORPOAMAZONIA, 2019^[84].

Los municipios de Putumayo donde se han activado más alertas tempranas de deforestación son Puerto Guzmán, Puerto Leguízamo⁸⁵ y Puerto Asís⁸⁶. En el caso de Mocoa, de acuerdo al IDEAM, se señala:

84 CORPOAMAZONIA. Deforestación por municipio – Departamento de Putumayo, Mocoa, 2019, p. 1.

85 Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales - IDEAM, 21.º Boletín de Detección Temprana de Deforestación. Cuarto trimestre (octubre-diciembre 2019), 2020, Núcleo 5 de deforestación, Río Caquetá (Putumayo). “Este núcleo se encuentra a lo largo del río Caquetá, entre el centro poblado de Curillo (Caquetá) y la inspección de Mecaya (Putumayo). Los municipios más afectados son Puerto Guzmán (veredas Floresta, Cerrito, Alto Mayoyoque, La Cruz, Yarilla, Los Ángeles y Zafiro-Gallinazo) y Puerto Leguízamo (veredas Olvido, Vista Hermosa y Villavicencio). También se identifican detecciones tempranas al norte del Parque Nacional Natural La Paya, así como en los resguardos indígenas de Consará-Mecaya, Coropoya y El Porvenir. Causas: se expande la conversión masiva de bosques en pastos, con prácticas de ganadería no sostenibles o para el acaparamiento de tierras. Persisten y proliferan los cultivos de uso ilícito como una amenaza permanente para las áreas de bosque natural, dinámica de intervención es promovida principalmente por grupos armados ilegales e inversionistas ajenos a la región”.

86 *Ibid.*, Núcleo 6 de deforestación, Puerto Asís (Putumayo). “En este núcleo, localizado en límites con el Ecuador, se presenta un considerable número de detecciones en los municipios putumayenses de San Miguel (veredas El Naranjal, La Ceiba y Brisas de San Miguel), Puerto Asís (veredas Vegas del Piñuña Blanco, Nueva Granada, Los Álamos, El Azul, Progreso, Jerusalén y El Águila) y La Hormiga (veredas Santo Tomás de Aquino, El Diamante, Maravales y Valle del Guamuez). Parte de los hechos de deforestación se identifican dentro de los resguardos indígenas Jerusalén, Agua Blanca, Bocana Luzón, La Argelia, La Italia y Yarinal. Los eventos de deforestación se presentan sobre todo en cercanías de los ríos Putumayo, Picudo y Piñuña Blanco. Las difíciles condiciones de accesibilidad, la falta de alternativas productivas y la cercanía al límite fronterizo facilitan la expansión de los cultivos de uso ilícito en la zona, especialmente sobre el curso de los ríos cercanos. El arraigo de prácticas ganaderas no sostenibles continúa generando procesos de deforestación masivos, los cuales se expanden hacia el sur y el noroccidente del departamento”.

Núcleo 9. Orito–Mocoa (Putumayo). Predominan cultivos de uso ilícito que se expanden a costa de los bosques naturales. Su ubicación estratégica (cerca del límite fronterizo) facilita el accionar de economías ilegales y dificulta las acciones de control. La expansión de la frontera pecuaria y el acaparamiento de tierras se suman a la dinámica de deforestación⁸⁷.

Las tasas de deforestación y la información del IDEAM sobre amenaza, vulnerabilidad y riesgo climático “reflejan una clara alteración en diferentes aspectos como oferta hídrica, biodiversidad, seguridad alimentaria, salud, hábitat humano e infraestructura”⁸⁸. La responsabilidad frente al cambio climático motivada por la deforestación en la Amazonía colombiana no recae únicamente en las instituciones del Estado, o en los particulares que residen en las zonas donde se presentan las altas de deforestación. La complejidad del acceso a los puntos (alertas tempranas por deforestación) identificados satelitalmente por cambios de cobertura, el comercio de especies forestales de manera ilegal –que se liga con la criminalidad, la violencia y el narcotráfico–, la desigualdad de oportunidades presentes en esta región y su enorme extensión, requieren para su control la suma de esfuerzos de todos los niveles y sectores. El fallo STC-4360 de 2018 es histórico, pero también demuestra que las declaraciones de derechos de la naturaleza no deben ser meras declaraciones péticas, sino eficaces.

3. DESPLAZAMIENTO FORZADO AMBIENTAL COMO CONFLICTO SOCIOAMBIENTAL

El desastre de Mocoa de 2017 es un claro ejemplo de un conflicto socioambiental derivado de la variabilidad climática y de la falta de prevención y conocimiento para la reducción de riesgos de desastres. Los eventos recurrentes de altas precipitaciones a lo largo de los años han generado inundaciones, avenidas torrenciales y movimientos en masa en el municipio, con importantes repercusiones en términos de pérdidas humanas y materiales (las pérdidas ambientales pocas veces se cuantifican), pese a la diferencia en tamaño demográfico y ocupación de zonas de riesgo en el pasado y en la actualidad. La gestión del riesgo de desastres por parte de las autoridades y de la comunidad,

87 *Ibíd.*, p. 1.

88 ROMO y PAZ. “Desplazamiento forzado ambiental en la Amazonia colombiana”, cit., p. 3.

no solo en esta región sino en el resto del país, donde existe mayor intensidad e impacto en los territorios de los fenómenos de La Niña o del Niño, no ha logrado centrarse en prevenir adecuadamente la generación de desplazados forzados ambientales.

Los conflictos socioambientales de mayor interés para la sociedad, el Estado y la comunidad internacional son aquellos generados por la presión del sistema extractivista sobre los ecosistemas, el cual los altera a tal punto que hace inviable la vida de cualquier ser. En el epicentro de estos conflictos están en juego principalmente los derechos de las comunidades étnicas al goce del territorio ancestral, así como a la identidad étnica, a la participación, a la consulta previa, a la salud, al ambiente sano, al agua y a la alimentación. Así como los derechos de los campesinos y de todo aquel que se pueda ver afectado directa o indirectamente por la intromisión humana en el ambiente. En particular, frente a intereses económicos y políticos de apropiación por parte de corporaciones y empresas extractivistas. Numerosos conflictos socioambientales de importancia nacional e incluso internacional han sido resueltos por la Corte Constitucional, como lo señala Javier Valencia, gracias a la aplicación de nuestra Constitución Ecológica. Al respecto ha señalado la Corte:

El ordenamiento jurídico colombiano, determinado por la misma Constitución de 1991, la cual, a través de su amplio catálogo de normas, que configuran la llamada constitución ecológica o verde, persigue el objetivo de proteger el ambiente con el fin de que la humanidad pueda vivir dentro de un entorno apto y adecuado que le permita desarrollar su existencia en condiciones dignas y con mayor calidad de vida. La defensa del ambiente constituye un objetivo primordial dentro del Estado Social de Derecho, ya que constituye el contexto vital del ser humano, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras. Por tanto, el derecho al ambiente sano no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas, razón por la que esta Corte, al valorar la incidencia del ambiente en la vida de los hombres, ha afirmado que el derecho al ambiente es un derecho fundamental de la humanidad que es susceptible de ser protegido vía acción de tutela cuando compromete directamente los derechos y la dignidad de las personas⁸⁹.

Los conflictos socioambientales por proyectos de desarrollo han ocasionado enormes movilizaciones y luchas en el país. Para citar dos ejemplos de

89 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-325 de 2017, p. 21.

relevancia nacional, se presentan el caso del conflicto de las comunidades indígenas Embera-Katío con el proyecto hidroeléctrico Urrá I y el caso de la hidroeléctrica Hidroituango. El primero fue resuelto judicialmente con criterios de justicia ambiental y garantía del interés general, por sobre el derecho a la iniciativa privada y libertad de empresa; el segundo, en cambio, todavía se encuentra en disputa. En el primer escenario encontramos que:

Kimy Pernía y un grupo de jóvenes líderes Embera-Katío, entre quienes se destaca Lucindo Domicó, asesinado en abril de 1999, asumieron la tarea de frenar la agresiva imposición del Proyecto Hidroeléctrico Urrá I y de sus desastrosos impactos ambientales provenientes de la desviación del curso del río Sinú, la inundación de la represa, la deforestación, putrefacción de la biomasa inundada, la desaparición de especies de peces, la afectación a la pesca y a la agricultura tradicional de sostenimiento⁹⁰.

Entre protestas y reclamos de las comunidades por los incumplimientos de los dueños del proyecto de las compensaciones producto de la obra, “presentaron dos acciones de tutela ante tribunales del país que fueron resueltas desfavorablemente”⁹¹; sin embargo, en uso del mecanismo de revisión eventual, la Corte Constitucional avocó el conocimiento de este asunto y en sentencia T-652 de 1998 revocó las decisiones contrarias a los intereses de las comunidades Embera-Katío del Alto Sinú adoptadas por los tribunales, y falló tutelando los “derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación, a la consulta previa, cuando se trate de explotación de los recursos naturales”⁹².

De igual forma, en los últimos años se evidenció uno de los conflictos socioambientales más complejos y problemáticos a nivel nacional, por los impactos negativos en el ambiente y las comunidades de la construcción de la hidroeléctrica Hidroituango⁹³. Desde su concepción y ejecución a partir de

90 VALENCIA HERNÁNDEZ. *El derecho de acceso a la justicia ambiental en Colombia*, cit., p. 249.

91 *Ibid.*, p. 251.

92 *Ibid.*, p. 251.

93 Cuando sea concluida, en 2022 según se prevé, Hidroituango será la central de generación eléctrica más grande de Colombia. Según estimaciones, aportará 2.400 megawatts de energía, aproximadamente el 17% de la demanda de energía eléctrica del país. Véase “Proyecto Hidroeléctrico Ituango”, Hidroeléctrica Ituango, disponible en: <http://www.hidroituango.com.co/proyectos/proyecto-hidroelectrico-ituango/38>, citado en *Inversiones del BNDES en Belo Monte e Hidroituango. Aprendizajes hacia un financiamiento responsable*, 2018.

la vigencia de su instrumento de control (licencia ambiental otorgada por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial—hoy tales licencias son de competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales— el 30 de enero de 2009), los efectos negativos de este proyecto para los derechos humanos y de la naturaleza han sido más que evidentes. Según la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), que cita el estudio de impacto ambiental del proyecto, “la obra implicará la pérdida de casi 4.000 hectáreas de bosque tropical seco y húmedo”⁹⁴. Respecto de las fuentes hídricas, con la construcción de Hidroituango:

Se contaminarán corrientes de aguas superficiales y subterráneas, y [se] dañará la calidad del agua de las fuentes ya impactadas por aguas residuales domésticas e industriales [...]. Adicionalmente, la afectación al recurso hídrico tendrá un impacto en las poblaciones de peces, lo que implica un grave daño para las comunidades locales que viven de la pesca. Si bien se han identificado estos impactos, el proyecto no cuenta aún con medidas de prevención o manejo suficientemente adecuadas para evitarlos⁹⁵.

Frente a los derechos de las comunidades, Hidroituango ha vulnerado las formas de subsistencia tradicionales, el derecho al ambiente sano, la soberanía y seguridad alimentaria, el derecho al acceso a información clara y transparente sobre los alcances del proyecto; además, la construcción ha precedido la generación del fenómeno de desplazamiento forzado ambiental, concepto que en el sistema del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) fue acuñado por El-Hinnawi, quien lo define como:

Aquellos individuos forzados a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales provocados por la actividad humana, como accidentes industriales, por grandes proyectos económicos de desarrollo, o por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos, que ponen en peligro su existencia y/o afectan seriamente a su calidad de vida⁹⁶.

94 ORTÚZAR GREENE, FLORENCIA *et al.* “Detrás de las represas”, en *Inversiones del BNDES en Belo Monte e Hidroituango, aprendizajes hacia un financiamiento responsable*, cit., p. 54.

95 *Ibíd.*, p. 55.

96 EL-HINNAWI, E. *Environmental Refugees*, United Nations Environment Programme, 1985 y JACOBSON, J. *Environmental Refugees: a Yardstick of Habitability*, World Watch Paper, n.º 86,

Los desplazados o refugiados ambientales, como también los denomina la doctrina, para el caso de los municipios con influencia del proyecto sobre el río Cauca, en el departamento de Antioquia, representan una cantidad considerable. En efecto, “más de 20 mil personas tuvieron que ser evacuadas de los municipios de Puerto Valdivia, Tarazá y Cáceres y se declaró la alerta máxima en éstos y otros municipios”⁹⁷. Este es un claro ejemplo de los desplazamientos forzados ambientales por proyectos de desarrollo, aquellos que anteceden a un instrumento de control ambiental (licencia ambiental), como es el caso de la explotación de “los campos petroleros y de explotación gasífera. Entre los causantes de este tipo de desplazamiento también están las grandes represas eléctricas, que necesitan el reasentamiento de personas”⁹⁸.

Las condiciones en cuanto a cantidades y dimensiones de las obras o actividades a ejecutar, implican la transformación del paisaje y de los modos tradicionales de subsistencia o la contaminación de las fuentes hídricas o de la atmósfera y ponen en riesgo la salud, la vida y el derecho a un ambiente sano, haciendo incompatible la coexistencia de personas en áreas de influencia del proyecto, obra o actividad, como sería el caso de la construcción de embalses, hidroeléctricas, vías, rellenos sanitarios etc., y la explotación minero-energética que requiere de la transformación de áreas extensas para su extracción⁹⁹.

En Colombia se reconocen como conflictos de esta índole los generados por la explotación de recursos naturales no renovables como el petróleo o los minerales, la contaminación de fuentes hídricas y del aire producto de las grandes emisiones o vertimientos. Este tipo de conflictos son conceptualizados como conflictos ecológicos-distributivos:

World Watch, Institute, Washington, D.C., citado por SOLÀ PARDELL, ORIOL. *Desplazados medioambientales: una nueva realidad*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012, p. 48.

97 EPM. Comunicado Avance informativo n.º 30, *EPM informa la evolución de la situación el proyecto hidroeléctrico Ituango*, disponible en: <https://www.epm.com.co/site/Portals/o/Noticias%20y%20Novedades/2018/comunicado-ituango-30.pdf> citado por ORTÚZAR GREENE, FLORENCIA, et al. Op cit., p. 57

98 ALTAMIRANO RÚA, TEÓFILO. *Refugiados ambientales: cambio climático y migración forzada*, Lima, Universidad Católica del Perú, 2014, p. 67, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37751.pdf>

99 PAZ ZAMBRANO, DANIEL. “Desplazados forzados ambientales: una mirada desde la tragedia ocurrida en Mocoa (Putumayo) el 31 de marzo y 01 de abril de 2017”, *CONPEDI Law Review*, n.º 2, 2018, p. 242, disponible en: https://doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i2.4644

Un concepto nacido de la economía ecológica que vincula estos procesos con el crecimiento del metabolismo de las sociedades del Norte que consumen cada vez más materiales, energía y agua impulsando un desplazamiento geográfico de fuentes de recursos y sumideros de residuos hacia la periferia¹⁰⁰.

No obstante, aquellos conflictos socioambientales derivados del cambio climático o de fenómenos como el de La Niña tienen un menor grado de documentación y reflexión conceptual, especialmente cuando atañen a áreas urbanas. Por ello, el análisis de la incidencia de los derechos de las fuentes hídricas puede constituir una herramienta para prevenir este tipo de conflictos socioambientales ligados al cambio climático.

El estudio del cambio climático se ha centrado en analizar el fenómeno desde un criterio técnico-científico: las causas y consecuencias de las variaciones climáticas sobre los ecosistemas, la acumulación de gases de efecto invernadero, el deshielo de los polos, las sequías e inundaciones, etc. No obstante, esos fenómenos representan una amenaza para las sociedades y el desarrollo, no solo en el ámbito económico sino también desde la óptica de los derechos humanos y de los derechos de los entes no humanos, reconocidos en los ordenamientos jurídicos de Colombia, Bolivia y Ecuador principalmente. Cada vez hay mayor consenso sobre las afectaciones a los derechos humanos como consecuencia del cambio climático. En efecto, “hoy sabemos que los impactos de las variaciones climáticas sobre el planeta inciden directa e indirectamente en el bienestar de las personas: en su salud, medio ambiente, alimentación, vivienda y demás aspectos que conforman una vida digna”¹⁰¹.

Los efectos perjudiciales del cambio climático impactan sobre los derechos humanos, en todas sus dimensiones. Los derechos fundamentales, colectivos y del ambiente pueden ser vulnerados por políticas inadecuadas e ineficientes de mitigación y adaptación al cambio climático. Desde las Naciones Unidas se ha señalado:

100 MARTÍNEZ ALIER, JOAN. “Los conflictos ecológico-distributivos y los indicadores de sustentabilidad”, citado en WALTER, MARIANA. “Conflictos ambientales, socioambientales, ecológico distributivos, de contenido ambiental... Reflexionando sobre enfoques y definiciones”, en *Centro de Investigación para la Paz*, n.º 6, 2009, p. 4, disponible en: https://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Boletin%20ECOS/Boletin%206/Conflictos%20ambientales_M.WALTER_mar09_final.pdf

101 VIVEROS UEHARA, THALÍA y GODÍNEZ ROSALES, RODOLFO. *Cambio climático y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, p. 19.

El calentamiento global no solo incide en el derecho a la salud, a la alimentación, al agua, a la cultura, al desarrollo o a una vivienda adecuada, sino que amenaza la supervivencia misma de las personas y su derecho a la vida y a la integridad física. La elevación del nivel del mar y el incremento de la temperatura del agua, el deshielo de los polos y glaciares, el aumento de la frecuencia de las olas de calor y los fenómenos de calor extremo, las fuertes precipitaciones y las crecientes sequías o el aumento de los desastres generados por el calentamiento global merman de manera significativa la protección, promoción y el pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁰².

Entre los instrumentos jurídicos internacionales (vinculantes o declarativos) que regulan la protección de las personas en condición de desplazamiento por cuestiones ambientales o desastres naturales, uno de los más relevantes es la Agenda para la Protección de los Desplazados Fronterizos en el Contexto de los Desastres y el Cambio Climático, aprobada en el contexto de la Iniciativa Nansen (2011). Este documento, que surge a partir del Acuerdo de Cancún de 2010, en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, establece principios rectores para garantizar derechos humanos universales de las personas que se desplazan a través de las fronteras de países huyendo de desastres naturales. Dichas reglas permiten la atención humanitaria en los países de acogida y brindan herramientas para una mejor gestión del riesgo de desplazamiento por desastres naturales desde los países de origen. El mismo objetivo es buscado por la Plataforma para el Desplazamiento por Desastres¹⁰³, aunque esta se enfoca principalmente en la protección de las personas en el contexto de desastres naturales, reconociendo que el cambio climático es una causa importante pero no es el único factor (porque los eventos de la naturaleza que pueden generar movilidad de las personas pueden ser un hecho natural como un tsunami o una erupción volcánica, por ejemplo).

Como se señaló, el objetivo de la presente reflexión es analizar el fenómeno de la avenida torrencial de Mocoa del 31 de marzo y el 1.º de abril de 2017, que

102 Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (CEPAL/ACNUDH). Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe, LC/TS.2019/04/Corr.1, Santiago, 2019, disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44970-cambio-climatico-derechos-humanos-contribuciones-america-latina-caribe>

103 Véase: https://www.acnur.org/publications/pub_clima/5e5877bf4/plataforma-sobre-desplazamiento-por-desastres-una-iniciativa-liderada-por.html

se deriva de altas precipitaciones y otros factores, detonantes de movilidad humana en el municipio.

De acuerdo a reportes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) de 2016, las cifras de migrantes climáticos a nivel mundial se contarán por millones, y a nivel interno los países no están preparados para recibir a las personas, con el agravante de que en los lugares de llegada puede existir discriminación y haber inconvenientes para el acceso a bienes y derechos básicos como alimentos, techo, educación y trabajo.

Inundaciones, terremotos, tormentas tropicales y erupciones volcánicas obligaron a 203 millones de personas a dejar sus hogares entre 2008 y 2015, con una media de 26 millones de personas por año y el equivalente a una persona por segundo. Con el cambio climático se espera que estos números crezcan y conlleven más desplazamientos forzados. Esto magnifica otros potenciales elementos de desplazamiento, como la comida, la inseguridad con respecto al agua y la competencia por los recursos¹⁰⁴.

Por su parte, las migraciones por cuestiones climáticas son de la mayor relevancia y en la actualidad tienen en vilo a la comunidad internacional. De acuerdo con Oriol Solà, estas se presentan en prácticamente todos los continentes y abarcan toda clase de conflictos socioambientales. Los principales motores para la movilidad humana por cuestiones ambientales y climáticas serán la explotación irracional de recursos, los vertimientos de sustancias en la biósfera, las sequías y la presión por el abastecimiento de agua para poblaciones en crecimiento.

La deforestación en Haití, el conflicto interétnico en Sudán, el aumento del nivel del mar en Tuvalu y en Kiribati, el avance del desierto en Malí, la degradación del suelo en el Asia Central, los residuos tóxicos en Ghana, la escasez del agua en el África Subsahariana son algunos de los ejemplos de un fenómeno que España conoce desde la llegada de cayucos en las Islas Canarias¹⁰⁵.

104 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *ACNUR se compromete a fortalecer la protección y asistencia a las personas desplazadas por los desastres*, 2016 [en línea], [consultado el 4 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/5/5b7e71532c/acnur-se-compromete-a-fortalecer-la-proteccion-y-asistencia-a-las-personas-desplazadas-por-los-desastres.html>.

105 SOLÀ PARDELL, ORIOL. *Desplazados medioambientales: una nueva realidad*, Bilbao, Uni-

Sin embargo, en el caso de Colombia este fenómeno es poco visibilizado desde las institucionalidad. Así, por ejemplo, en el análisis de la Política Nacional de Cambio Climático (PNCC) o de la Ley 1931 de 2018, “Por medio de la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático”, el gobierno nacional no ha dispuesto el reconocimiento de los efectos del cambio climático en la movilidad forzada de las personas en el territorio nacional, y de hecho ni siquiera se reconoce este efecto del cambio climático en el país. La PNCC, con sus cinco líneas estratégicas¹⁰⁶, está diseñada –por lo menos en sus cuatro primeras líneas– en función de compatibilizar el desarrollo –los sectores de producción– con acciones de bajo impacto en emisiones de gases de efecto invernadero y con mayor resiliencia al cambio climático. Con ello se desestiman los efectos del cambio climático en la movilidad forzada de las comunidades.

La primera estrategia de la PNCC, “Desarrollo rural bajo en carbono y resiliente al clima”, se encamina a armonizar la producción agrícola del país en el espacio rural, a expandirla para generar eficiencia y menos desperdicios, menor consumo de recursos naturales como el agua y menor desgaste de los suelos:

En el campo colombiano se concentran el 55% de las emisiones nacionales de gases de efecto invernadero ya que allí se generan las emisiones asociadas con la ganadería, con el cambio de usos del suelo (incluyendo la deforestación) y con la gestión de suelos agrícolas y pastizales¹⁰⁷.

Se reconoce la ganadería extensiva como poco eficiente y como generadora de sequías e inundaciones por su alto impacto en la remoción de coberturas vegetales para producción.

En la segunda estrategia, “Desarrollo urbano bajo en carbono y resiliente al clima”, las ciudades son los motores del crecimiento de los países: “A nivel global generan el 80% del PIB”¹⁰⁸, pero la contradicción radica en que, por

versidad de Deusto, 2012, p. 14, disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho66.pdf>

106 Se analizan solo estas estrategias y no las líneas instrumentales: 1) Desarrollo rural bajo en carbono y resiliente al clima, 2) Desarrollo urbano bajo en carbono y resiliente al clima, 3) Desarrollo minero-energético bajo en carbono y resiliente al clima, 4) Desarrollo de infraestructura baja en carbono y resiliente al clima y 5) Manejo y conservación de ecosistemas y servicios ecosistémicos para un desarrollo bajo en carbono y resiliente al clima.

107 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, cit., p. 92.

108 Comisión Global de Economía y Clima, 2014, citado en Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, cit., p. 100.

ejemplo en Colombia, las ciudades concentran poblaciones sin sus necesidades básicas satisfechas, desigualdad y pobreza, además de que el crecimiento productivo de las urbes concentra una gran emisión de gases contaminantes y residuos sólidos mal tratados, lo que se traduce en ciudades poco sostenibles.

La PNCC reconoce que las ciudades son las más susceptibles de amenazas por el cambio climático, ya que en ellas se concentran la mayoría de hogares en riesgo por amenazas climáticas como inundaciones por el ascenso del nivel del mar y de lluvias extremas, y el desabastecimiento hídrico por sequías. Estas condiciones potencialmente generan desplazamiento forzado ambiental, aunque no se suelen reconocer dichos efectos. Se considera necesario revisar por parte del Estado colombiano algunos instrumentos internacionales de protección a personas desplazadas por cambios en el ambiente, que si bien no son vinculantes, como la Agenda para la Protección de los Desplazados Fronterizos en el Contexto de los Desastres y el Cambio Climático (aprobada en el contexto de la Iniciativa Nansen de 2011^[109]), establecen rutas para el manejo y atención de la población que sufre desplazamiento por el clima. Las líneas de acción propuestas para esta estrategia buscan: generar infraestructura adecuada para saneamiento básico, que soporte inundaciones o aumento en el nivel del mar, uso adecuado del recurso hídrico para evitar su desabastecimiento en temporada de sequías, transporte público con bajas emisiones de GEI, eficiencia energética (de empresas y viviendas), entre otras. Ninguna enfocada a prevenir, atender, conocer y reconocer y generar acciones concretas en torno a los desplazados forzados ambientales.

La tercera estrategia, “Desarrollo minero-energético bajo en carbono y resiliente al clima”, exalta la menor dependencia en la generación de energía del país de fuentes fósiles y la utilización de energía proveniente de hidroeléctricas:

El país tiene una baja intensidad de emisiones de CO₂ relacionadas con la generación de energía eléctrica debido a que la utilización preponderante de hidroelectricidad para 2016 fue del 67,14%; sin embargo, la participación de las

109 La Iniciativa Nansen es un proceso consultivo de abajo hacia arriba, liderado por los Estados, cuyo propósito es identificar prácticas eficaces y generar consenso con respecto a principios y elementos clave para responder a las necesidades de protección y asistencia de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres, lo que incluye los efectos adversos del cambio climático. La Iniciativa Nansen se fundamenta en la promesa de los gobiernos de Suiza y Noruega, apoyados por varios otros países, de cooperar con los Estados interesados y otros interesados pertinentes, y se lanzó en octubre de 2012.

fuentes fósiles en la generación es variable dependiendo en una medida importante de la disponibilidad del recurso hídrico en embalses, lo que está sujeto a fenómenos como el de El Niño y el de La Niña¹¹⁰.

Con esta estrategia se trata de volcar el desarrollo energético a la termoelectricidad con el fin de evitar que la escasez de agua influya en la producción de energía. Las críticas que se plantean cuando hablamos de proyectos energéticos ya sea hidroeléctricos o termoelectricos, mal clasificados como energías limpias, se refieren a que son motores de desplazamiento por proyectos de desarrollo que afectan la economía local basada en la pesca, los sistemas de riego para la agricultura, los terrenos necesarios para su instalación y operación, así como el flujo natural del agua por su cauce, reduciendo las posibilidades de pesca y de riego de cultivos, lo que a su vez genera una vertiente de desplazamiento forzado ambiental específicamente por proyectos de desarrollo.

La cuarta estrategia se denomina “Desarrollo de infraestructura estratégica baja en carbono y resiliente al clima”. La infraestructura estratégica del país que genera un alto impacto en términos de la generación de riesgos asociados al cambio climático incluye principalmente infraestructura de transporte y grandes obras de regulación hídrica. La estrategia en mención busca reducir la vulnerabilidad de las principales obras viales del país frente a los eventos de inundaciones y deslizamientos producidos por el fenómeno de La Niña.

Por último tenemos la quinta estrategia, “Manejo y conservación de ecosistemas y servicios ecosistémicos para un desarrollo bajo en carbono y resiliente al clima”. Desde una perspectiva utilitarista de la naturaleza, su protección se concentra en lograr la continuidad en la prestación de los servicios ecosistémicos que provee. La PNCC considera que es

Importante proponer líneas estratégicas de acción para generar esta convergencia y complementariedad, de manera que los procesos de ordenamiento territorial incorporen criterios, políticas y decisiones orientadas a la valoración, preservación, recuperación y uso sostenible de la biodiversidad, como base para el desarrollo social y económico sostenible. El ordenamiento podría ser visto como una herramienta para identificar y valorar los servicios ecosistémicos en el territorio e incrementar su resiliencia frente a fenómenos antrópicos y naturales, o quizás como un instrumento para anticipar o mitigar eventos extremos¹¹¹.

110 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, cit., p. 106.

111 *Ibid.*, p. 116.

El uso irracional de los recursos naturales renovables, aunado a una mala planificación del territorio, es un síntoma que permite identificar potencialmente la generación de desplazados forzados ambientales; la irresponsabilidad de los ordenadores del territorio en el ámbito local (alcaldes, concejos municipales) ha incidido de manera negativa en exponer a comunidades o grupos poblacionales a riesgos de origen natural. Las líneas de acción de esta última estrategia comprenden la conservación y restauración de ecosistemas, en el interés de que presten servicios ambientales (recurso hídrico y bosques que faciliten la capacidad de reducción de gases de efecto invernadero) y favorezcan la adaptación al cambio climático de los sistemas socioeconómicos, tales como los servicios de regulación hídrica y protección contra inundaciones, y para avanzar en el desarrollo de medidas de adaptación basadas en ecosistemas.

En cuanto a la Ley 1931 del 27 de julio de 2018^[112], tiene por objeto establecer directrices para la gestión del cambio climático, entendiendo la gestión como el proceso coordinado de diseño, implementación y evaluación de acciones de mitigación de GEI y adaptación al cambio climático, con miras a reducir la vulnerabilidad de la población, la infraestructura y los ecosistemas frente al cambio climático. También incluye las acciones orientadas a permitir y aprovechar las oportunidades que la gestión del cambio climático genera. En dicha norma se desconoce que la gestión integral del cambio climático no solo se limita al conocimiento científico y a las formas de mitigación y control de emisiones de GEI; en ninguna parte del articulado se menciona como prioridad atender los problemas o crisis sociales por desplazamiento forzado ambiental, aun teniendo en cuenta que, según ACNUR.

La mayoría de las intervenciones operativas del ACNUR para abordar las necesidades de protección y asistencia de las personas forzadas a huir por desastres se han producido en situaciones de desplazamiento interno. Desde 1999, el ACNUR ha participado en al menos 43 situaciones en las que ha proporcionado protección y asistencia a los desplazados internos en el contexto de un desastre. Las

112 “Por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático”, artículo 1: “Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer las directrices para la gestión del cambio climático en las decisiones de las personas públicas y privadas, la concurrencia de la Nación, Departamentos, Municipios, Distritos, Áreas Metropolitanas y Autoridades Ambientales principalmente en las acciones de adaptación al cambio climático, así como en mitigación de gases de efecto invernadero, con el objetivo de reducir la vulnerabilidad de la población y de los ecosistemas del país frente a los efectos del mismo y promover la transición hacia una economía competitiva, sustentable y un desarrollo bajo en carbono”.

amenazas más comunes a las que responde el ACNUR son inundaciones (35%) y terremotos (26%), y la mayoría de las intervenciones tienen lugar en Asia (51%) y África (28%)¹¹³.

Se espera que la construcción y la elaboración de los planes territoriales o sectoriales de cambio climático consideren cuestiones sociales y los conflictos socioambientales generados por los efectos del cambio climático, y que no se conformen con información basada en cifras o datos cuantitativos. Se requiere que desde el nivel local las autoridades territoriales y ambientales aúnen esfuerzos para conocer de manera preventiva, en el marco de la diversidad cultural del país, la posibilidad de que comunidades puedan verse afectadas y en consecuencia obligadas a desplazarse por razones climáticas o de variabilidad climática, esto para garantizarles sus derechos fundamentales en todo momento.

La realidad sobre el desplazamiento forzado ambiental en el país es presentada por las agencias internacionales¹¹⁴. En el Informe Mundial de Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para los Refugiados del año 2019 se

113 Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *Desplazamiento por cambio climático y desastres: panorama general del papel del ACNUR*, 2017, p. 7, disponible en: <https://www.acnur.org/5d4c9d314.pdf>

114 Colombia también enfrenta un alto riesgo de desplazamiento por desastre. La cordillera andina, que incluye volcanes activos, cubre aproximadamente un tercio del país, y el riesgo sísmico es alto. Las ciudades, incluida la capital, Bogotá, corren un alto riesgo de terremotos, inundaciones y deslizamientos de tierra, y las comunidades pobres de la costa del Pacífico están expuestas a inundaciones y tsunamis. La urbanización rápida y no planificada, los densos asentamientos informales en áreas propensas a amenazas y una cantidad significativa de construcción en violación de las normas de seguridad han jugado un papel en el aumento del riesgo de desastres en algunos pueblos y ciudades. Las inundaciones y los deslizamientos de tierra son comunes, especialmente durante las estaciones lluviosas. Los eventos repentinos, principalmente inundaciones, deslizamientos de tierra y terremotos, desplazan a decenas de miles de personas cada año. También ha habido algunos eventos atípicos, como el fenómeno de El Niño en 2010, que provocó inundaciones y deslizamientos de tierra sin precedentes en todo el país y el desplazamiento de tres millones de personas. Alrededor de 35.000 nuevos desplazamientos por desastres se registraron en 2019. Más de 11.000 personas fueron evacuadas como resultado de las inundaciones en Puerto Guzmán en el departamento de Putumayo en agosto. El río San José de Apartado estalló en octubre en el departamento de Antioquia, provocando 8.000 nuevos desplazamientos. Los departamentos de Magdalena y Nariño también se vieron afectados por las inundaciones entre septiembre y diciembre. Las fuertes lluvias en Chocó a fines de febrero causaron que seis ríos estallaran en sus orillas, afectando a casi 31.000 personas. No fue posible determinar cuántos fueron desplazados (Consejo Noruego para Refugiados, 2020).

consignan las cifras y acontecimientos producto de los fenómenos de La Niña y del Niño que generaron desplazamientos de personas en nuestro país. Pese a ello, el Estado colombiano no ha dado respuesta claras, con políticas o normas sectoriales que permitan el manejo de desastres naturales y sus consecuencias en los derechos de las personas que se desplazan buscando la garantía de sus derechos. El informe indica:

Se registraron alrededor de 67.000 nuevos desplazamientos asociados a desastres en Colombia. Inundaciones en el departamento de Antioquia causaron más de 26.000 evacuaciones en abril y mayo, cuando fallas de construcción en el complejo hidroeléctrico de Ituango, el más grande de Colombia y uno de sus proyectos de desarrollo más controvertidos, combinadas a las crecidas río arriba, causaron temor de ruptura de la represa. Lluvias torrenciales causaron el desborde de varios ríos en el departamento de Putumayo, al sur, y provocaron más de 30.000 desplazamientos en agosto¹¹⁵.

Además, como lo señala Valencia:

... se puede evidenciar que el desplazamiento ambiental por factores asociados al cambio climático en Colombia, no ha sido reconocido como tal; lo cual ubica a este país no solo en un estado de abandono frente a la población afectada y víctima del fenómeno, sino que la responsabiliza de una re-victimización, no porque se pretenda establecer la relación causal entre el fenómeno climático que produce el desplazamiento con las acciones del Estado colombiano, sino con las omisiones de éste frente a la atención de víctimas y la garantía de sus derechos humanos¹¹⁶.

No solo existe un vacío normativo respecto del tratamiento de las personas en condición de desplazamiento y sus derechos por parte del Estado colombiano, sino también en cuanto al régimen de responsabilidades atribuibles al mismo; por otra parte, en caso de presentarse eventos como el de Mocoa, los jueces acuden a considerarlos casos de fuerza mayor o caso fortuito para evitar responsabilidades y condenas. Con un claro desarrollo de los compromisos del

115 Consejo Noruego para Refugiados. Informe Mundial sobre Desplazamiento Interno. GRID 2019, p. 39, disponible en: <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2019/spanish.html>

116 VALENCIA HERNÁNDEZ, JAVIER. *Cambio climático y desplazamiento ambiental forzado: estudio de caso en la ecoregión Eje Cafetero en Colombia*, Armenia, Universidad La Gran Colombia, 2014, pp. 46-47.

país frente a este grupo poblacional vulnerable cabe analizar, en el marco de la responsabilidad extrapatrimonial del Estado, qué obligaciones ha incumplido y cómo puede reparar a las víctimas de estos fenómenos, que en su mayoría causan tantos efectos negativos en el ambiente y en la población como producto de una mala o defectuosa planificación y de un inadecuado ordenamiento ambiental del territorio.

En el siguiente acápite se analiza la pertinencia de la declaratoria de las fuentes hídricas del municipio de Mocoa como entes sujetos de derechos, para discutir si con dicha medida se lograría prevenir la generación de conflictos socioambientales ligados a la variabilidad climática, especialmente el fenómeno de desplazamiento forzado ambiental.

4. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS FUENTES HÍDRICAS COMO MECANISMO PARA PREVENIR CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES LIGADOS AL FENÓMENO DE LA NIÑA EN EL MUNICIPIO DE MOCOA

Mocoa, capital del departamento del Putumayo, situada en el suroccidente del país, en la región amazónica, territorio rico en montañas y agua, vivió uno de los conflictos socioambientales relacionados con la variabilidad climática más desastrosos de la historia reciente del país. En un municipio cuya población no supera los 50.000 habitantes¹¹⁷, el 31 de marzo y el 1.º de abril de 2017 una avenida torrencial¹¹⁸ producto de altas precipitaciones, saturación de suelos y movimientos en masa¹¹⁹, ocasionó pérdidas de vidas humanas, de coberturas naturales y de especies de la biodiversidad, además de que se generaron desplazados forzados ambientales (principal conflicto socioambiental ligado a cambio climático a analizar en el presente capítulo).

117 De acuerdo al Departamento Nacional de Estadística – DANE, 2018.

118 Es un flujo entre muy rápido y extremadamente rápido de detritos saturados, no plásticos (índice de plasticidad menor que 5%), que transcurre principalmente confinado a lo largo de un canal o cauce con pendiente pronunciada (Hunger et. al., 2001). Es uno de los movimientos en masa más peligrosos debido a sus características de ocurrencia súbita, altas velocidades y grandes distancias de viaje. Véase Comité Nacional para el Conocimiento del Riesgo – SNGRD. *Terminología sobre Gestión del Riesgo de Desastres y Fenómenos Amenazantes*, Bogotá, 2017.

119 CORPOAMAZONIA. *Memoria Técnica Mapa de Delimitación de Avenida Fluvio Torrencial de Mocoa 31 de marzo y 1 de abril de 2017*, Mocoa, 2017.

Las principales fuentes hídricas por donde se movilizaron rocas, escombros y lodos fueron las quebradas Taruca, Taruquita, San Antonio, Conejo, Almorzadero, y los ríos Sangoyaco y Mulato. Estos cuerpos de agua no solo se componen por sus cauces permanentes y rondas hídricas¹²⁰⁻¹²¹, sino que han soportado la ocupación de sus riberas con viviendas y equipamientos de servicios, lo cual puede ocasionar afectaciones a los derechos humanos, como efectivamente sucedió en el año 2017 en Mocoa, en donde se produjeron víctimas y desplazados forzados ambientales ante la amenaza de una avenida torrencial.

De acuerdo al Decreto-Ley 2811 de 1974 (art. 83, lit. d)¹²², la faja paralela a los cuerpos de agua de las fuentes hídricas es un bien del Estado con naturaleza de inalienable e imprescriptible (salvo derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigencia del mentado decreto). Respecto de este bien de dominio público, pese a estar proscrito, existen actos de compraventa de bienes inmuebles por escritura pública que se registran; principal inconveniente que magnifica la exposición y generación de riesgo de desastres por inundación, avenidas torrenciales, más aún en zonas con alto grado de probabilidad de ocurrencia de desastres como Mocoa. De acuerdo al documento “Memoria Técnica Mapa de Delimitación de Avenida Fluvio Torrencial de Mocoa 31 de marzo y 1 de abril de 2017”, elaborado por CORPOAMAZONIA, las afectaciones prediales en el sector rural fueron de “1.327 predios afectados, de los cuales 983 tienen afectación total o en más del 90% del predio y 1.021 predios con más del 60% del predio afectado”, y en el sector urbano “en total se identificaron 1.058 predios afectados, de los cuales se excluyen 33 predios que tienen afectación

120 “Ronda Hídrica: Comprende la faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho. Así mismo hará parte de la ronda hídrica el área de protección o conservación aferente. Tanto para la faja paralela como para el área de protección o conservación aferente se establecerán directrices de manejo ambiental, conforme a lo dispuesto en la ‘Guía Técnica de Criterios para el Acotamiento de las Rondas Hídricas en Colombia’. Decreto 1076 de 2015 recopilado en el Decreto 2245 de 2017, artículo 2.2.3.2.3A.2, numeral 4. En suelos rurales deben contener áreas forestales protectoras en una extensión mínima de treinta metros a partir del ancho del cauce”: *ibíd.*, artículo 2.2.1.1.18.2. literal b, numeral 1.

121 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”.

122 Colombia. Presidente de la República. Decreto-Ley 1541 de 1978 del 18 de diciembre de 2015, “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, *Diario Oficial*, n.º 34.243, 27 de enero de 1975.

menor a 1% del área total del predio; 979 predios presentan afectación en más del 80% del área total”¹²³.

Para un conocimiento más detallado de las afectaciones, la autoridad ambiental¹²⁴ con jurisdicción en el municipio de Mocoa delimitó el evento en dos sectores, 1 y 2, así:

a) El sector 1:

Sector donde se ubicó el cuerpo principal del evento, con depósitos de bloques de gran tamaño en un porcentaje aproximado del 80%, cuyas dimensiones oscilan entre 0,20 y 12 metros en su eje mayor de los bloques. Se presentan sedimentos finos (arcillas, arenas y gravas) pero en menor proporción (15%), de igual manera se presentan grandes troncos con longitudes de hasta 30 metros y diámetro hasta de 0,7 metros, algunos de los cuales fueron arrancados de raíz y conformaron grandes empalizadas en sitios como puentes, viviendas, muros, box culvert y bosques urbanos, suburbanos y bosques riparios. En algunos lugares estas empalizadas generaron represamientos provocando desbordamientos en dichos lugares. Esta zona se localiza a lo largo del abanico de la quebrada Taruca y sus brazos derivados, las quebradas Taruquita, El Carmen, San Antonio, río Sangoyaco y a lo largo de los ríos Mulato y Sangoyaco.

Dadas las dimensiones del material transportado, este sector constituye el corredor de mayor energía del evento¹²⁵.

b) El sector 2:

En este sector se observó principalmente depósitos de material fino (arenas y arcillas) en un porcentaje aproximado del 80%, con presencia esporádica de bloques con longitud entre 0,2 y 6 metros, en su eje mayor, también presenta troncos con longitudes de hasta 10 metros y diámetros de hasta 0,7 metros, algunos de los cuales fueron arrancados de raíz. Estos troncos conformaron empalizadas en sitios como puentes, viviendas, muros y box culvert; y en algunos lugares estas empalizadas generaron represamientos provocando desbordamientos. En este sector el mayor efecto evidenciado fue de inundación y depósito de lodos. La energía de este sector, fue menor y corresponde a la zona de inundación media y lejana del evento¹²⁶.

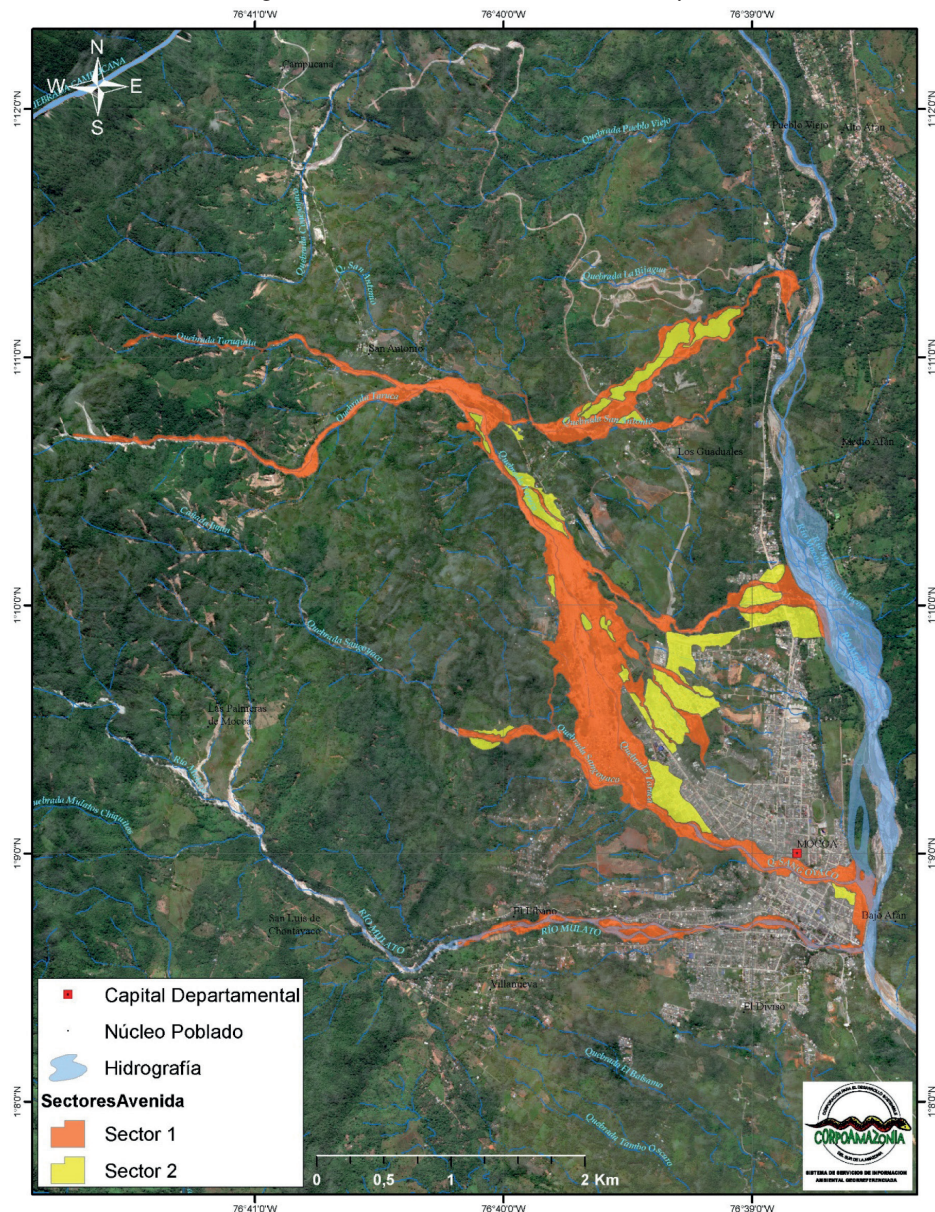
123 CORPOAMAZONIA. Memoria Técnica Mapa de Delimitación de Avenida Fluvio Torrencial de Mocoa 31 de marzo y 1 de abril de 2017, Mocoa, 2017, pp. 7-74.

124 Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonia-CORPOAMAZONIA. Ley 99 de 1993, artículo 35.

125 *Ibíd.*, p. 51.

126 *Ibíd.*, p. 52.

MAPA I. SECTORES I Y 2 - AVENIDA TORRENCIAL - MOCOA -
31 DE MARZO Y 1 DE ABRIL DE 2017



Fuente: CORPOAMAZONIA, 2017^[127].

Los predios afectados dan muestra del nivel de ocupación de los cauces de las fuentes hídricas y su ronda (figura 1) después de la avenida torrencial de 2017, que cuenta con antecedentes desde el año 1947, ya que en el municipio se han presentado de 14 eventos (inundaciones, avenidas torrenciales, remociones en masa) de los cuales se ha registrado evidencia. Según CORPOAMAZONIA, “en total se registran 9 eventos de avenida torrencial generados sobre las fuentes hídricas de: quebradas Taruca y ríos: Sangoyaco, Pepino, Mulato y Rumiayaco”¹²⁸.

Además, no sobra indicar que ha habido precipitaciones de la misma entidad o mayores que la presentada el 31 de marzo y el 1.º de abril de 2017:

En los registros obtenidos en la Estación Mocoa de 1959 a 1979, se observa que se presentaron precipitaciones superiores a las presentadas el 31 de marzo de 2017, sobresale 225 mm/día en diciembre de 1959 y de 195 mm/dío en julio de 1968, indicando que históricamente se han presentado precipitaciones en 24 horas mayores a las que se presentaron entre el 31 de marzo y 1 de abril de 2017^[129].

Lo anterior denota que el evento natural ha sido recurrente. A través de los años, dado el crecimiento del municipio y las necesidades habitacionales de las personas (muchas de ellas desplazadas por la violencia), se ha dado paso a la construcción de viviendas sobre riberas y fajas paralelas de los ríos, y ello de manera no planificada y poco consciente de los riesgos naturales que se pueden eventualmente presentar. El conflicto armado en el suroccidente del país tuvo como consecuencias la generación de desplazados por la violencia: campesinos, indígenas y afrodescendientes provenientes de los departamentos del Cauca y Caquetá y de municipios del Putumayo, como Puerto Guzmán, Villagarzón y Puerto Caicedo, arribaron a Mocoa por ser capital del departamento, con mayor presencia institucional y servicios, y un lugar pacífico para habitar¹³⁰.

128 Ibid., p. 14.

129 Ibid., p. 29.

130 SÁNCHEZ, LINA. *Impacto urbano del desplazamiento forzado en Mocoa - Putumayo. Elementos de diagnóstico y planteamientos para un re-ordenamiento espacial*, 2007, p. 57: “La necesidad de las familias desplazadas de buscar un lugar de vivienda dentro del centro urbano para garantizar su seguridad, ha llevado a que se presenten dos diferentes tipos de ubicación en la ciudad:

“- Tipo 1: La población que llega de manera dispersa a ocupar viviendas prestadas o de ‘posada’ en casas de familiares dentro del perímetro urbano, por periodos transitorios o en calidad de arrendataria de viviendas ubicadas en barrios marginales en los cuales muchas

En el departamento del Putumayo, las ciudades de Mocoa y Puerto Asís han recibido la mayor parte de la población desplazada proveniente del mismo departamento y de otros departamentos cercanos.

Este flujo migratorio se ha acrecentado notablemente desde el año 2000 con la agudización del conflicto interno y la implementación de las políticas antidrogas del gobierno nacional¹³¹.

Lo anterior es un claro ejemplo de lo que anteriormente referenciamos como racismo ambiental. Comunidades pobres desplazadas por la violencia que, dadas las necesidades de vivienda, se ven obligadas a ubicarse en zonas con alto grado de exposición –sin conocer el riesgo–, convirtiéndose en vulnerables ante la ocurrencia de un fenómeno de avenida torrencial. Estas personas tienen que soportar la pérdida y desarraigo de sus lugares de origen y las consecuencias de los potenciales impactos negativos de los desastres naturales. Sobre la ubicación de la población desplazada por el conflicto armado que se radica en el municipio de Mocoa, Lina María Sánchez expone:

Por razones económicas como los altos costos de la tierra y de la vivienda, para compra o arriendo, la población no puede ubicarse en barrios consolidados de la ciudad que cuentan con todos los servicios y ofrecen mayores beneficios en términos de calidad de vivienda y equipamientos sociales. Por lo tanto, se ha visto obligada a ubicarse en terrenos de menor valor, muchas veces localizados en zonas de riesgo natural no aptas para urbanizar[,] o simplemente acude a tomar invasión zonas aledañas a barrios marginales de estratos bajos o sectores en suelo rural más retirados del centro. Por lo general, en dichas zonas la oferta de servicios es muy reducida y por su condición de informalidad tiene grandes limitaciones para la legalización de la tierra por parte del Estado¹³².

La vigencia de los derechos humanos de la población desplazada forzosamente por motivos ambientales, para el caso de Mocoa (en un contexto de variabilidad

veces hay presencia de familiares o amigos. Por lo general, esta ocupación se presenta en los primeros meses o años de permanencia en la ciudad y la tendencia es salir de dichos lugares. “- Tipo 2: La población que ha conformado asentamientos nuevos concentrados de desplazados fuera del perímetro urbano, sean en la periferia de la ciudad o a pocos kilómetros de distancia del centro urbano”.

131 *Ibíd.*, p. 41.

132 *Ibíd.*, p. 58.

climática), requiere superar conflictos socioambientales y reclama de las instituciones del Estado acciones tendientes a garantizar que tanto los derechos humanos como los derechos de los entes no humanos (para el caso, las fuentes hídricas) no se vean afectados. Existe incertidumbre de nuestras autoridades sobre cómo proceder ante una tragedia y cómo atender a la población desplazada, cómo restaurar las afectaciones ambientales y reactivar sectores como la economía, la salud o la educación.

Los interrogantes que los movimientos de población originan son múltiples: el impacto medioambiental sobre el territorio receptor, el vacío jurídico respecto a esta nueva categoría de desplazados o refugiados, su vulnerabilidad o la supervivencia de determinados estados y sus poblaciones, la consideración de la migración medioambiental como una forma de desplazamiento forzoso o su tratamiento como traslado voluntario, cuáles y cómo serían los planes gubernamentales de reasentamiento en anticipación o como consecuencia de una fractura medioambiental o la importancia que reviste la distinción entre migraciones forzosas y voluntarias¹³³.

Ante todo, las autoridades municipales, principales responsables del ordenamiento ambiental del territorio, deberán aplicar el principio de prevención¹³⁴ y tomar decisiones para que las poblaciones dejen de instalarse en las rondas hídricas, principalmente en las fajas paralelas al cauce permanente, y se garanticen la vida y la integridad física de las personas en el contexto de las condiciones de variabilidad climática y precipitaciones de Mocoa. La recuperación de las áreas de las fuentes hídricas ocupadas históricamente se puede lograr aplicando, por ejemplo, la reubicación, la compra de predios y la expropiación administrativa.

Las autoridades tienen el deber de garantizar el derecho a la vida digna de la población que se ve obligada a movilizarse cuando ocurre un desastre.

133 SOLÀ PARDELL. *Desplazados medioambientales*, cit., p. 18.

134 Prevención de riesgo: Medidas y acciones de intervención restrictiva o prospectiva dispuestas con anticipación con el fin de evitar que se genere riesgo. Puede enfocarse a evitar o neutralizar la amenaza o la exposición y la vulnerabilidad ante la misma en forma definitiva para impedir que se genere nuevo riesgo. Los instrumentos esenciales de la prevención son aquellos previstos en la planificación, la inversión pública y el ordenamiento ambiental territorial, que tienen como objetivo reglamentar el uso y la ocupación del suelo de forma segura y sostenible. Comité Nacional para el Conocimiento del Riesgo y Comisión Nacional Técnica Asesora para el Conocimiento del Riesgo, 2017.

La vida digna “entraña bienestar en las diversas esferas de la vida humana, principalmente aquellas relativas al goce de salud, al acceso al agua y a un medio ambiente adecuado, a la satisfacción de las necesidades alimentarias y de vivienda”¹³⁵. Con la expedición de la Ley 1523 de 2012 (art. 3, num. 2) se resalta esta garantía como principio rector de la gestión de riesgos de desastres. El principio de protección establece:

Los residentes en Colombia deben ser protegidos por las autoridades en su vida e integridad física y mental, en sus bienes y en sus derechos colectivos a la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas y a gozar de un ambiente sano, frente a posibles desastres o fenómenos peligrosos que amenacen o infieran daño a los valores enunciados¹³⁶.

Las medidas para su efectividad requieren acciones como las enunciadas, pero además las autoridades (territoriales y ambientales) del municipio de Mocoa tendrán que recuperar los ecosistemas alterados, principalmente la pérdida de cobertura de bosque y de especies de flora y fauna presentes en la zona de afectación, como medidas de adaptación y de mitigación al cambio climático.

A partir de la aplicación de la teoría del ecocentrismo jurídico, presente en nuestra Constitución Ecológica de 1991 y desarrollada en las sentencias T-622 de 2016 de la Corte Constitucional (río Atrato como ente sujeto de derechos) y STC-4360 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia (Amazonía como sujeto de derechos), se podría garantizar los derechos fundamentales y colectivos de los habitantes de Mocoa, prevenir los efectos de los desastres naturales (entre ellos el desplazamiento forzado ambiental) y tomar medidas de adaptación y mitigación de la variabilidad climática. A través de la declaratoria de derechos de las fuentes hídricas, esencialmente para aquellas que tuvieron relación directa con la avenida torrencial de 2017 (quebradas Taruca, Taruquita, San Antonio, Conejo y Almorzadero, y ríos Sangoyaco y Mulato), se podrá restituir a estos ecosistemas lóticos sus cauces permanentes y rondas hídricas, lo que no solo produciría el movimiento normal de las aguas, sino que en caso de

135 VIVEROS UEHARA y GODÍNEZ ROSALES. *Cambio climático y derechos humanos*, cit., p. 20.

136 Colombia. Congreso de la República. Ley 1523 del 24 de abril de 2012, “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 48411, 2012, pp. 1-22.

presentarse algún evento extraordinario por inundación o avenida torrencial se garantizaría la vida y la seguridad de la comunidad.

CONCLUSIONES

- Los derechos de la naturaleza, desde la posición ecocéntrica con raigambre en la Constitución de 1991 y desarrollados por la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, parten de la protección de las fuentes hídricas (río Atrato) o de la región del Amazonas, para garantizar a las personas en general los derechos a gozar de un ambiente sano, agua, alimentación y salud, y a las comunidades étnicas, sus derechos bioculturales, amenazados por las acciones negativas del hombre en los ecosistemas. En realidad se conserva en cierta medida una posición antropocéntrica, pues el reconocimiento de derechos de los entes no humanos parte de la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de las personas.

- La propuesta de declaratoria de las quebradas Taruca, Taruquita, San Antonio, Conejo y Almorzadero, y de los ríos Sangoyaco y Mulato como entes sujetos de derechos pretende ser una herramienta jurídica por considerar para prevenir los efectos de la variabilidad climática en la vida e integridad de las personas que habitan el municipio de Mocoa. Además, con ello se logra la conservación de los ecosistemas asociados a las rondas hídricas, como lo son las fajas paralelas y áreas aferentes de las fuentes hídricas.

- La movilización y responsabilidad de las instituciones y de las comunidades para proteger los derechos de los no humanos (fuentes hídricas), la creación de planes de acción para restaurar los cauces permanentes, las fajas paralelas y las áreas aferentes, y mantenerlos en gran medida libres de la ocupación de infraestructuras como viviendas, equipamientos urbanos y de servicios, se incrementa cuando existe una orden judicial que reconoce a la naturaleza o a parte de ella como ente sujeto de derechos. La acción de tutela permite la protección efectiva de derechos fundamentales ante amenazas o vulneraciones de carácter inminente, pero además los derechos de la naturaleza, por lo que sería el mecanismo idóneo para prevenir que, ante fenómenos de variabilidad climática que pueden llegar a presentarse en el municipio de Mocoa, la población no corra el riesgo de perder su vida o de ver afectada su integridad, como tampoco de verse desplazada forzosamente para salvaguardarse.

- Los fenómenos de desplazamiento forzado ambiental no cuentan con regulación jurídica en los instrumentos normativos como la Política Nacional de Cambio Climático o la Ley 1931 de 2018 por la cual se establecen directrices

para la gestión del cambio climático. Esa falta de desarrollo normativo es la principal razón para que el Estado desconozca este hecho que repercute en la seguridad, integridad y dignidad de las poblaciones, y que es producto de alteraciones ambientales (antrópicas) de los ecosistemas o de desastres naturales. El cambio climático debe abordarse no solo en términos de mitigación de GEI, o de la transición a las energías renovables y sostenibles; la dimensión de los derechos humanos frente a este fenómeno, y principalmente la protección de las personas que migran forzosamente para salvaguardar su vida e integridad, es un aspecto que debe generar reflexión desde la academia y los centros de producción de conocimiento en el país. Con el proyecto hidroeléctrico de Hidroituango se han desplazado poblaciones del departamento de Antioquia, en los municipios de Valdivia, Cáceres, Caucasia, Nechí, Tarazá, Briseño e Ituango; de Sucre, en los municipios de Majagual, Guaranda, San Marcos; de Sucre, en los municipios de Caimito y San Benito de Abad; en Córdoba, en el municipio de Ayapel, y en Bolívar, en los municipios de Achí, Magangué y San Jacinto del Cauca. Por su parte, en el caso de Putumayo, la tragedia de Mocoa del 31 de marzo y el 1.º de abril de 2017 es otro caso típico donde se hubiese podido atender de mejor manera a la población desplazada; la garantía de sus derechos hubiese sido efectiva de haberse contado con protocolos, reglamentos y normas que expresaran con claridad las responsabilidades y condiciones que se deben tener en cuenta para su atención.

REFERENCIAS

- Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *Desplazamiento por cambio climático y desastres: panorama general del papel del ACNUR*, 2017, disponible en: <https://www.acnur.org/5d4c9d314.pdf>
- ALTAMIRANO RÚA, TEÓFILO. *Refugiados ambientales: cambio climático y migración forzada*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37751.pdf>
- ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO. “Los derechos humanos y los derechos de la naturaleza”, en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, DOI: 10.18041/978-958-5578-09-8.
- ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO. *El derecho de la naturaleza: fundamentos, en los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.

BELLMONT, YARY. *El concepto de justicia ambiental. Reflexiones en torno a la jurisprudencia constitucional colombiana del siglo XXI*, tesis de la maestría en Medio Ambiente y Desarrollo, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2012, disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/8706/1/905060.2012.pdf>

Colombia. Congreso de la República. Ley 1523 de 2012, “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1523 del 24 de abril de 2012, “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 48411, 2012.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 2015.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-325 de 2017.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 4360 del 5 de abril de 2018.

Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”.

Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Política Nacional de Cambio Climático*, Bogotá, 2017.

Colombia. Presidente de la República. Decreto 2811 del 11 de diciembre de 1974, “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”, *Diario Oficial*, n.º 34.243, 27 de enero de 1975.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (CEPAL/ACNUDH). *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*, LC/TS.2019/94/Corr.1, Santiago, 2019, disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44970-cambio-climatico-derechos-humanos-contribuciones-america-latina-caribe>

Comité Nacional para el Conocimiento del Riesgo, y Comisión Nacional Técnica Asesora para el Conocimiento del Riesgo. *Terminología sobre gestión del riesgo de desastres y fenómenos amenazantes*, Bogotá, 2017.

Consejo Noruego para Refugiados. Informe Mundial sobre Desplazamiento Interno. GRID 2019, disponible en: <https://www.internal-displacement.org/global-report/grid2019/spanish.html>

CORPOAMAZONIA. Deforestación por Municipio – Departamento de Putumayo, Mocoa, 2019.

CORPOAMAZONIA. Memoria Técnica Mapa de Delimitación de Avenida Fluvio Torrencial de Mocoa 31 de marzo y 1 de abril de 2017, Mocoa, 2017.

DERANI, CRISTIANE *et al.* “Derechos de la naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas”, en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, disponible en: <https://doi.org/10.18041/978-958-5578-09-8>.

Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador. 20 de octubre de 2008. *Registro Oficial*, n.º 449 del 20 de octubre de 2008.

EL-HINNAWI, E. *Environmental Refugees*, United Nations Environment Programme, 1985.

GUDYNAS, EDUARDO. “La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica”, en *Tabula Rasa*, 2010, n.º 13, pp. 45-71, disponible en: <https://doi.org/10.25058/20112742.404>.

IDEAM, PNUD, MADS, DNP, Cancillería. *Nuevos escenarios de cambio climático para Colombia 2011-2100. Herramientas científicas para la toma de decisiones – enfoque nacional – departamental: Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático*, 2015, Bogotá, disponible en: http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/022964/documento_nacional_departamental.pdf

Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM). 21 *Boletín de Detección Temprana de Deforestación. Cuarto trimestre (octubre-diciembre 2019)*, 2020, Bogotá, disponible en: <http://smbyc.ideam.gov.co/MonitoreoBC-WEB/pub/alertasDeforestacion.jsp?o.20558011232822548>.

MARTÍNEZ ALIER, JOAN. “Conflictos ecológicos por extracción de recursos y por producción de residuos”, en *Letras Verdes, Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, 2009, disponible en: <https://doi.org/10.17141/letrasverdes.3.2009.824>.

- MORALES NARANJO, VIVIANA. “Postulados jurídicos y culturales para el reconocimiento de los ríos como sujeto de derechos”, en IX Encontro Internacional do CONPEDI Quito – Ecuador, 17-19, octubre de 2018, Quito, 2018.
- NOVILLO RAMEIX, NATHALIA. “Cambio climático y conflictos socioambientales en ciudades intermedias de América Latina y el Caribe”, *Letras Verdes. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales*, 2018, n.º 24, DOI: 10.17141/letrasverdes.24.2018.3323.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR]. *ACNUR se compromete a fortalecer la protección y asistencia a las personas desplazadas por los desastres*, 2016 [en línea], [consultado el 4 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/5/5b7e71532c/acnur-se-compromete-a-fortalecer-la-proteccion-y-asistencia-a-las-personas-desplazadas-por-los-desastres.html>
- ORTÚZAR GREENE, FLORENCIA *et al.* *Detrás de las represas. Inversiones del BNDES en Belo Monte e Hidroituango, aprendizajes hacia un financiamiento responsable*, 2018 disponible en: https://aida-americas.org/sites/default/files/publication/Informe%20Español_3.pdf.
- PAZ ZAMBRANO, DANIEL. “Desplazados forzados ambientales: una mirada desde la tragedia ocurrida en Mocoa (Putumayo) el 31 de marzo y 01 de abril de 2017”, en *CONPEDI Law Review*, 2018, n.º 2, pp. 234-254, disponible en: https://doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2018.v4i2.4644.
- ROMO, SAIRA PATRICIA y PAZ, DANIEL. “Desplazamiento forzado ambiental en la Amazonia colombiana. Un debate entre los derechos humanos y la eficacia de los deberes globales de protección de la Amazonia”, en I Congreso Internacional de Gestión Integral frente al Cambio Climático, 8-10 de mayo de 2019, Riohacha, Universidad de La Guajira.
- SÁNCHEZ, LINA. *Impacto urbano del desplazamiento forzado en Mocoa – Putumayo. Elementos de diagnóstico y planteamientos para un re-ordenamiento espacial*, Colombia, 2007.
- SOLÀ PARDELL, ORIOL. *Desplazados medioambientales: una nueva realidad*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2012, disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho66.pdf>
- VALENCIA HERNÁNDEZ, JAVIER. *Cambio climático y desplazamiento ambiental forzado: estudio de caso en la ecorregión Eje Cafetero en Colombia*, Armenia, Universidad La Gran Colombia, 2014.

- VALENCIA HERNÁNDEZ, JAVIER. *El derecho de acceso a la justicia ambiental y sus mecanismos de aplicación en Colombia*, Alicante, Universidad de Alicante, 2011.
- VALENCIA HERNÁNDEZ, JAVIER. *El derecho de acceso a la justicia ambiental en Colombia. Entre la validez formal y la eficacia material*, Manizales, Universidad de Caldas, 2014.
- VEGA, HERNÁN. *El capitaloceno. Crisis civilizatoria, imperialismo ecológico y límites naturales*, Bogotá, Teoría & Praxis, 2019.
- VIVEROS UEHARA, THALÍA y GODÍNEZ ROSALES, RODOLFO. *Cambio climático y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016.
- WALTER, MARIANA. “Conflictos ambientales, socioambientales, ecológico distributivos, de contenido ambiental... Reflexionando sobre enfoques y definiciones”, en *Centro de Investigación para la Paz*, 2009, n.º 6, p. 4, disponible en: https://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Boletin%20ECOS/Boletin%206/Conflictos%20ambientales_M.WALTER_mar09_final.pdf
- WOLKMER, CARLOS ANTONIO; WOLKMER, MARÍA DE FÁTIMA y FERRAZO, DÉBORA. *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, DOI: 10.18041/978-958-5578-09-8.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia”, en *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.

MARCELO LOZADA GÓMEZ*

CAPÍTULO 5

La lucha contra la deforestación del Amazonas colombiano: una aproximación desde la interacción entre las políticas públicas y la intervención judicial

The Fight against Deforestation in the Colombian Amazon Rainforest: An Overview in Light of the Interaction between Public Policies and Judicial Intervention

RESUMEN

La deforestación es la principal fuente de emisiones de gases de efecto invernadero en Colombia (en cuanto a cantidad neta de emisiones anuales), así como la principal fuente de crecimiento interanual de emisiones, como lo demuestran los estudios más recientes. Por esta razón, la deforestación a nivel nacional, y en particular la deforestación de la Amazonía colombiana, es la principal preocupación del Estado colombiano de cara al cumplimiento de las metas de reducción de emisiones en el marco del Acuerdo de París y de algunos otros instrumentos internacionales. Curiosamente, en Colombia la lucha contra la deforestación amazónica en los últimos años ha sido el resultado de la interacción entre el litigio estratégico y la adopción e implementación de políticas públicas por parte del gobierno nacional. La presente investigación busca poner de presente la evolución de la política pública de reducción de la deforestación, con especial atención a los mecanismos que se han implementado como consecuencia de la sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia STC 4360 del 5 de abril de 2018, y la forma en que el gobierno ha reaccionado a este fallo con una estrategia de lucha contra la deforestación que hasta el momento no surte efectos significativos. Además, a partir de este análisis y de la experiencia comparada de los países que comparten el bioma amazónico, el texto ofrece algunas recomendaciones de política pública para reducir la deforestación amazónica.

Palabras clave: deforestación amazónica, políticas públicas, constitucionalismo climático.

ABSTRACT

Deforestation is the key driver of GHG emissions in Colombia (in terms of net annual emissions), as well as the main source of annual growth of emissions, as shown by the most recent studies. Therefore, deforestation at the national level, but especially deforestation of the Amazon rainforest, is the main concern of the Colombian State as regards the compliance with its international

* Docente-investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: Marcelo.lozada@uexternado.edu.co ORCID: 0000-0002-8309-6583.

commitments in terms of emissions reductions under the Paris Agreements and some other international covenants. Interestingly, in Colombia the fights against deforestation of the Amazon rainforest has been largely determined by the interaction between governmental policies and strategic litigation after the Judgment 4360 of the Colombian Supreme Court. Thus, the present research seeks to provide an overview of the evolution of public policy for the reduction of the deforestation rate, including the implications of the Supreme Court's ruling for the establishment of such a policy. Finally, by drawing on the comparative experience of the countries that share the Amazon biome, the research will present some public policy recommendations for the reduction of the Amazon deforestation in Colombia.

Keywords: Amazon deforestation, public policies, judicial protection of the environment.

INTRODUCCIÓN

La deforestación “es la conversión permanente o a largo plazo del bosque a otros usos de la tierra”¹. Este fenómeno tiene profundas repercusiones a nivel mundial, pues se estima que es responsable de entre el 15%² y el 20%³ de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) a nivel mundial, es decir, una cantidad de GEI equivalente a la emitida por Estados Unidos, el segundo país con mayores emisiones anuales, tan solo por detrás de China, y superior a la cantidad producida por la Unión Europea. Esta es una cifra mayor a la cantidad de emisiones producidas por el sector transporte a nivel mundial⁴.

-
- 1 FAO. Conjunto de Herramientas para la Gestión Forestal Sostenible (GFS). “Reducción de la deforestación” [en línea], [consultado el 24 de abril de 2020], disponible en: <http://www.fao.org/sustainable-forest-management/toolbox/modules/reducing-deforestation/basic-knowledge/es/>
 - 2 WWF. Deforestation and Forest Degradation [en línea], [consultado el 25 de abril de 2020], disponible en: <https://www.worldwildlife.org/threats/deforestation-and-forest-degradation>
 - 3 FAO. The State of the World's Forests, 2018 [en línea], [consultado el 25 de abril de 2020], disponible en: <http://www.fao.org/state-of-forests/en/>
 - 4 EPA. Global Greenhouse Gas Emissions Data [en línea], [consultado el 25 de abril de 2020], disponible en: <https://www.epa.gov/ghgemissions/global-greenhouse-gas-emissions-data>

En términos absolutos, se estima que en 2017 nuestro planeta perdió el equivalente a un campo de fútbol de cobertura forestal cada segundo⁵. En 2018 el mundo perdió cerca de 12 millones de hectáreas de bosques tropicales, de los cuales 3.6 millones eran bosques primarios, un área equivalente al tamaño de Bélgica⁶. Esta deforestación se produjo principalmente en Brasil e Indonesia, aunque los mayores incrementos en la tasa de deforestación para ese año se reportaron en países africanos como Ghana, Costa de Marfil y Angola, y en Colombia⁷.

La deforestación es a su vez la mayor fuente de emisiones de GEI en Colombia, responsable del 33%⁸ de las emisiones nacionales, que según las últimas estimaciones equivalen a 237 millones de toneladas de CO₂ al año⁹. Según el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), en 2017 se deforestaron 219.973 hectáreas, mientras que en el año 2018 se deforestaron 197.159 hectáreas¹⁰. El 70% de la deforestación en territorio colombiano tuvo lugar en la región de la Amazonía¹¹.

5 CARRINGTON, DAMIAN; KOMMENDA, NIKO; GUTIÉRREZ PABLO y LEVETT, CATH. “One football pitch of forest lost every second in 2017, data reveals”, *The Guardian*, 27 de junio de 2018 [en línea], [consultado el 23 de abril de 2020], disponible en: <https://www.theguardian.com/environment/ng-interactive/2018/jun/27/one-football-pitch-of-forest-lost-every-second-in-2017-data-reveals>

6 WEISSE, MIKAELA y DOW GOLDMAND, ELIZABETH. “The World Lost a Belgium-sized Area of Primary Rainforests Last Year”, World Resources Institute, 25 de abril de 2019 [en línea], [consultado el 23 de abril de 2020], disponible en: <https://www.wri.org/blog/2019/04/world-lost-belgium-sized-area-primary-rainforests-last-year>

7 Global Forest Watch. *El mundo perdió un área del tamaño de Bélgica de bosques tropicales primarios el año pasado*, 25 de abril de 2019 [en línea], [consultado el 23 de abril de 2020], disponible en: <https://blog.globalforestwatch.org/data-and-research/el-mundo-perdio-un-area-del-tamano-de-belgica-de-bosques-tropicales-primarios-el-ano-pasado>

8 Revista Semana. “Deforestación: motor de emisión de dióxido de carbono en Colombia”, 28 de enero de 2020 [en línea], [consultado el 25 de abril de 2020], disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/impacto/articulo/deforestacion-motor-de-emision-de-dioxido-de-carbono-en-colombia/48371>

9 Revista Semana. “237 millones de toneladas de CO₂ emite Colombia”, 25 de septiembre de 2019 [en línea], [consultado el 23 de abril de 2020], disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/237-millones-de-toneladas-de-co2-emite-colombia/46865>

10 Colombia. IDEAM. Resultados Monitoreo de la Deforestación 2018, disponible en: http://www.ideam.gov.co/documents/24277/91213793/Actualizacion_cifras2018FINALDEFORESTACION.pdf/80b719d7-1bf6-4858-8fd3-b5ce192a2fdc

11 *Ibid.*

La presente investigación aborda el problema de la deforestación del Amazonas colombiano desde una perspectiva que refleja la interrelación entre el litigio estratégico (un ejemplo de tutela climática) —a la luz del fallo de tutela de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia STC 4360 del 5 de abril de 2018— y la política pública gubernamental —reflejada en la Estrategia Nacional de Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación Forestal (ENREDD+)—. A partir de esta interrelación, el trabajo desarrolla un análisis de las causas principales de la deforestación amazónica, un estudio de las principales políticas que se han adoptado por los países que comparten el ecosistema amazónico, y, finalmente, formula unas recomendaciones de política pública dirigidas al gobierno nacional. La investigación incorpora distintos conceptos propios del estudio de las políticas públicas en aras de brindar al lector un entendimiento más profundo de la dinámica de creación e implementación de estas políticas, más allá de los meros instrumentos normativos que las contienen.

El trabajo se organiza de la siguiente manera. En primer lugar, se describe el desarrollo de la política pública de lucha contra la deforestación amazónica en Colombia (1), hasta llegar a la decisión de la Corte Suprema de Justicia y las implicaciones de esta sentencia para el desarrollo de esta política pública (2). Posteriormente, se presenta un análisis comparado de las principales políticas de lucha contra la deforestación amazónica en los países que comparten este ecosistema, con especial énfasis en Brasil y Perú (3). Finalmente, se presentan unas recomendaciones de política pública para el gobierno colombiano en aras de reducir la tasa de deforestación del Amazonas y cumplir con sus compromisos internacionales en materia de reducción de emisiones de GEI (4).

I. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LUCHA CONTRA LA DEFORESTACIÓN AMAZÓNICA EN COLOMBIA: UNA CURVA ASCENDENTE DE PREOCUPACIÓN

Cerca del 52% de la superficie de Colombia está cubierta de bosques naturales¹². Se estima que Colombia pasó de contar con alrededor de 64 millones

¹² Colombia. Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Bosques, territorios de vida. Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques*, p. 18, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/Estrategia_Integral_de_control_a_la_Deforestacion_y_Gestion_de_los_Bosques.pdf

de hectáreas de bosque en 1990^[13] a cerca de 59 millones de hectáreas en la actualidad. Esto equivale a una pérdida de más de 5 millones de hectáreas en 30 años¹⁴.

Desde la década de 1970 Colombia ha sido identificado como uno de los países con mayores tasas de deforestación de bosques tropicales a nivel mundial. Con un promedio de 5.100 km² anuales, nuestro país ocupó el cuarto puesto en deforestación de bosques tropicales, tan solo por detrás de Brasil, Indonesia y México¹⁵. En la década de 1980 la tasa de deforestación continuó su ritmo ascendente y se estima que alcanzó un promedio de 6.500 km² por año, la quinta tasa más alta del mundo¹⁶.

El presente acápite tiene por objeto: ofrecer un análisis de las políticas públicas de reducción de la deforestación que han sido adoptadas por el gobierno colombiano en las últimas décadas (1.1); explorar el impacto de la sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia STC 4360 del 5 de abril de 2018, y describir los retos actuales de la política de reducción de la deforestación de la Amazonía colombiana (1.3).

I.1. BREVE HISTORIA DE LA LUCHA CONTRA LA DEFORESTACIÓN AMAZÓNICA EN COLOMBIA

I.1.1. GÉNESIS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE LUCHA CONTRA LA DEFORESTACIÓN

Las políticas y estrategias del gobierno nacional para gestionar los recursos forestales y combatir la deforestación tienen una larga historia. Por esta razón, en el presente acápite se realiza un estudio no exhaustivo de los principales

13 Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). Situación de los bosques del mundo, 1995, Parte 2, disponible en: <http://www.fao.org/3/x6955s/X6955Soo.htm#TOC>

14 Revista Semana. “Deforestación en Colombia aumentó un 44% entre 2015 y 2016”, 6 de julio de 2017 [en línea], [consultado el 28 de abril de 2020], disponible en: <https://sostenibilidad.semmana.com/medio-ambiente/articulo/deforestacion-en-colombia-2016-la-perdida-mas-grande-de-los-ultimos-25-anos/38156>

15 Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Response Strategies Work Group (RSWG). *Proceedings of the Conference on Tropical Forestry Response Options to Global Climate Change*, 9-11 de enero de 1990, Universidade de Sao Paulo, p. 13, disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=ITnxAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

16 *Ibid.*, pp. 13 y 503.

instrumentos y políticas que han tenido impacto sobre la evolución de la tasa de deforestación en Colombia en las últimas décadas.

El primer instrumento que corresponde mencionar es la Ley 2.^a de 1959, “Sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables”. Esta ley constituye un hito en el manejo forestal colombiano por cuanto estableció por primera vez la figura de las “zonas de reserva forestal”, y delimitó 7 zonas de este tipo a lo largo y ancho del país (art. 1). Para estas zonas se previeron limitaciones al desarrollo de actividades agropecuarias de conformidad con los estudios de suelos que el país desarrollara en los años subsiguientes. De igual forma, en esta ley se instituyó la figura de los “distritos de conservación” (art. 11), y se declaró el establecimiento de “Parques Nacionales Naturales” (art. 13), en los que hasta el día de hoy están prohibidas la adjudicación de baldíos y las actividades industriales o agrícolas sujetas a reglamentación estatal.

Sin embargo, estas figuras no estaban destinadas específicamente a combatir la deforestación, la cual no se había identificado como un problema de orden nacional. Tan solo en 1996, en el documento Conpes 2834, el gobierno nacional reconoció que a pesar de la falta de información precisa sobre la magnitud de la deforestación era posible asegurar que Colombia presentaba una de las tasas de deforestación de bosque húmedo tropical más altas del mundo¹⁷. Por esta razón, en este documento Conpes se adoptó la “Política de Bosques”, como primera estrategia del gobierno para enfrentar la deforestación a nivel nacional.

En este documento se plantearon cuatro estrategias para lograr un uso sostenible de los bosques y reducir la deforestación: 1. Modernizar el Sistema de Administración de los Bosques; 2. Conservar, usar y recuperar los bosques; 3. Fortalecer la Investigación, educación y la participación ciudadana, y 4. Consolidar la posición internacional en materia de bosques¹⁸.

La descripción detallada de estas estrategias iniciales excede el alcance del presente trabajo. Sin embargo, resulta pertinente mencionar los principales aspectos de las políticas aprobadas en aquel momento por el Conpes.

Uno de los objetivos principales de esta política fue el de ordenar el régimen de aprovechamiento de bosques en territorio colombiano. Por esta razón, se ordenó el esclarecimiento de la titularidad de los bosques y la zonificación

17 Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes 2834, 1996, p. 5, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Normativa/Politicasy555_politica_de_bosques.pdf

18 *Ibid.*, p. 11.

de bosques en todo el territorio nacional de conformidad con los potenciales usos del suelo. Además, se previó la aprobación de un “Estatuto único de bosques y flora silvestre nacional”, así como la consolidación del primer Plan Nacional de Desarrollo Forestal. Finalmente, se ordenó la creación del Servicio Forestal Nacional.

Aunado a lo anterior, en este documento se ordenó ampliar la cobertura del mecanismo de “certificado de incentivo forestal” (CIF) creado por la Ley 139 de 1994. Este mecanismo consiste en el reconocimiento de las externalidades positivas de la conservación, es decir, de los beneficios ambientales y sociales derivados de las zonas forestales. Específicamente, el CIF reconoce a su beneficiario una suma de dinero equivalente a una proporción de los costos directos e indirectos en que haya incurrido como propietario del ecosistema forestal (hasta el 50% o el 75%, dependiendo de las especies plantadas o conservadas)¹⁹.

Finalmente, el Conpes en cita ordenó la creación del Sistema Nacional de Información y Estadísticas Forestales con el objeto de facilitar la adopción de sistemas de información y estadística en relación con la conservación y el aprovechamiento sostenible de los bosques.

Poco tiempo después, en el año 2000, se estructuró el Plan Nacional de Desarrollo Forestal (PNDF), como instrumento de planeación de la gestión forestal para un período de 25 años. Sin embargo, en aquel documentó no se previó ninguna estrategia de lucha contra la deforestación a nivel nacional, ni tampoco se estableció un plan de acción frente a la deforestación de la Amazonía colombiana. El documento se limitó a reafirmar que el país no contaba con una metodología clara de monitoreo de la deforestación a nivel nacional.

A pesar de la puesta en marcha de las primeras estrategias de lucha contra la deforestación, para el período comprendido entre 1990 y 2000 el IDEAM estima que en el país se deforestaron 2.654.460 hectáreas, con un promedio de 265.446 ha/año²⁰; en la región de la Amazonía la deforestación fue de 119.802 ha/año²¹.

19 GARCÍA ROMERO, HELENA. Deforestación en Colombia: Retos y Perspectivas. Fedesarrollo, p. 17 [en línea], [consultado el 29 de abril de 2020], disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/64e3/e658271cboco08a87ab3176079b7e9a51b66.pdf>

20 Colombia. IDEAM. Resultados Monitoreo de la Deforestación 2017, 2018, p. 5, disponible en: http://www.ideam.gov.co/documents/24277/72115631/Actualizacion_cifras2017+FINAL.pdf/40bc4bb3-370c-4639-91ee-e4c6cea97a07

21 Colombia. Sistema de Información Ambiental de Colombia. *Monitoreo de la deforestación*

I.1.2. LA DEFORESTACIÓN DEL NUEVO MILENIO - 2000-2010

En el periodo 2000-2010, las estrategias de lucha contra la deforestación no tuvieron mayores desarrollos. Vale la pena mencionar como instrumentos relevantes el Decreto 1200 de 2004 y la Ley 1021 de 2006 (declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-030 de 2008).

Aquel decreto estableció algunos instrumentos de planificación ambiental para las corporaciones autónomas regionales (CAR) y las corporaciones de desarrollo sostenible (arts. 3-8). Específicamente, el decreto estableció los “planes de gestión ambiental regional” (PGAR), los “planes de acción trienal” (PAT) y los presupuestos anuales de rentas y gastos. Sin duda, estos instrumentos contribuyeron al fortalecimiento de estas corporaciones se cara al seguimiento de la deforestación y la fijación de metas a mediano plazo en las distintas regiones, pero lo cierto es que su efecto sobre la tasa de deforestación fue reducido.

Por otra parte, la Ley 1021 de 2006, “Por la cual se expide la Ley General Forestal”, estableció un Régimen Forestal Nacional encaminado a reglamentar el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales de la nación. En particular, esta ley contenía distintos mecanismos de aprovechamiento de los bosques bajo la idea de un manejo forestal sostenible, entendido como “el proceso para alcanzar uno o más objetivos relacionados a la producción de un flujo continuo de productos y servicios forestales deseados, sin reducir sus valores ambientales, sociales, culturales y económicos, ni su productividad futura” (art. 17). En resumen, esta ley constituyó una apuesta por facilitar el uso sostenible de los bosques mediante incentivos a la producción privada y un régimen de monitoreo y control del aprovechamiento forestal sostenible (art. 21). Sin embargo, esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional por vulnerar el derecho de las comunidades indígenas y afrocolombianas a la consulta previa de conformidad con lo previsto en el Convenio 169 de la OIT²².

La escasa producción normativa y de políticas públicas en este período se vio acompañada de las mayores tasas de deforestación en la historia reciente del país. Entre los años 2000 y 2005, la deforestación nacional alcanzó un

mediante el procesamiento digital de imágenes, disponible en: https://web.archive.org/web/20141213095708/https://www.siac.gov.co/documentos/DOC_Portal/DOC_Bosques/DEFORESTACI%C3%93N%20INSERTO.pdf

22 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

promedio de 315.602 ha/año, la mayor tasa de la que se tenga registro²³. En ese mismo período la Amazonía colombiana perdió cada año, en promedio, 112.565 hectáreas de bosque²⁴.

Entre los años 2005 y 2010 la deforestación a nivel nacional alcanzó un promedio de 281.947 ha/año²⁵, de las cuales cerca de 80.000 en la Amazonía²⁶.

En este punto es necesario reconocer que a partir del año 2010 el gobierno nacional decidió desarrollar una serie de instrumentos de política pública encaminados a combatir el cambio climático y a facilitar la adaptación del país a las consecuencias del calentamiento global. Dentro de estas estrategias encontramos el Conpes 3700 de 2011, la Estrategia Colombiana de Desarrollo Bajo en Carbono (ECDBC), la Estrategia Nacional de Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación Forestal (ENREDD+) y el Plan Nacional de Adaptación de Cambio Climático (PNACC)²⁷.

En el citado Conpes 3700 se desarrolló la “Estrategia institucional para la articulación de políticas y acciones en materia de cambio climático en Colombia”²⁸. Este documento contiene el diagnóstico, los objetivos y las estrategias de política pública encaminadas a facilitar el cumplimiento de estos objetivos estatales en relación con la mitigación y adaptación al cambio climático. En relación con la deforestación, se prevé la elaboración de una Estrategia Nacional de Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación Forestal (ENREDD+), entendida como una política interinstitucional e intersectorial que contribuya a la reducción de la deforestación y la conservación de la integridad ecosistémica que asegure la provisión de servicios ambientales²⁹.

Esta estrategia, que sería finalmente aprobada en 2018, constituye la política pública más comprensiva y avanzada de lucha contra la deforestación en el

23 Colombia. IDEAM. Resultados Monitoreo de la Deforestación 2017, cit., p. 5.

24 Colombia. Sistema de Información Ambiental de Colombia. Monitoreo de la Deforestación, cit.

25 Colombia. IDEAM. Resultados Monitoreo de la Deforestación 2017, cit., p. 5.

26 Colombia. Sistema de Información Ambiental de Colombia. Monitoreo de la Deforestación, cit.

27 Colombia. Gobierno de Colombia. Contribución Prevista y Determinada a Nivel Nacional, 2015, p. 11, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/colombia_hacia_la_COP21/iNDC_espanol.pdf

28 Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes n.º 3700, Bogotá, 2011, disponible en: <http://capacitacion.siac.ideam.gov.co/SIAC/Conpes3700.pdf>

29 *Ibid.*, p. 30.

país. Las estrategias principales allí establecidas se desarrollan en el siguiente acápite del presente texto.

Finalmente, es necesario resaltar que tras un esfuerzo conjunto del IDEAM y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, desde 2012 Colombia cuenta con un Sistema de Monitoreo de Bosque y Carbono (SMBYC)³⁰, el cual permite la identificación periódica de los focos de deforestación a partir de una hectárea de extensión, y facilita la generación trimestral de alertas tempranas por deforestación (AT-D). Esta herramienta ha sido fundamental para el desarrollo posterior de políticas públicas de lucha contra la deforestación en el territorio nacional.

I.1.3. LA DEFORESTACIÓN DEL FIN DEL CONFLICTO: UN NUEVO BROTE DE DEFORESTACIÓN ANTE LA AUSENCIA ESTATAL

En la primera mitad de la década de 2010 Colombia experimentó las tasas más bajas de deforestación en la historia reciente. Entre los años 2011 y 2015, la tasa de deforestación nacional osciló entre 120.000 y 160.000 ha/año, alcanzando su punto más bajo en el año 2013^[31].

Por otro lado, en este mismo período, el proceso de paz entre el gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC-EP dominó la agenda pública nacional. Finalmente, en 2016 la firma del tan anhelado acuerdo de paz trajo consigo enormes retos para el Estado colombiano en términos del desarrollo de estrategias para resolver las causas históricas del conflicto armado.

Uno de estos retos fundamentales consistió en la consolidación de la presencia del Estado en los territorios más alejados del centro del país, precisamente aquellos territorios donde tiene lugar la deforestación. Sin embargo, la reacción tardía e insuficiente para consolidar la presencia estatal en los territorios generó una oportunidad para el acaparamiento de tierras y el desarrollo de actividades ilegales³². Estas actividades, que se encontraban reguladas o prohibidas por los grupos armados al margen de la ley, volvieron

30 El portal oficial del SMBYC se encuentra disponible en: <http://smbyc.ideam.gov.co/MonitoreoBC-WEB/reg/indexLogOn.jsp>

31 Colombia. IDEAM. Resultados Monitoreo de la Deforestación 2017, cit., p. 5.

32 Estudios recientes indican que en áreas abandonadas por los grupos guerrilleros se presentó un vacío de poder que facilitó la ocupación de los territorios por parte de actores que generaron procesos de deforestación. Véase GONZÁLEZ, JOSÉ JULIÁN y YEPES, ADRIANA (eds.).

a proliferar en los territorios y en especial en los municipios de la Amazonía. La desmovilización de las FARC-EP trajo consigo unos “costos inesperados”, tales como el asesinato masivo y sistemático de líderes sociales, o el estallido de una nueva ola de deforestación³³ a lo largo y ancho del país, especialmente en la región amazónica. Es así como el país experimentó un incremento del 44% en la tasa de deforestación de 2015 a 2016^[34].

Este crecimiento se prolongó en 2017, año en el que Colombia sufrió un incremento del 23% en la tasa de deforestación, alcanzando 219.973 hectáreas deforestadas³⁵. Paradójicamente, en este mismo año todas las regiones del país vieron reducida su tasa de deforestación. La única excepción a esta tendencia de reducción tuvo lugar en la Amazonía, en donde la deforestación neta se duplicó, pasando de 70.000 ha/año a más de 144.000 ha/año³⁶. Por esta razón, la Amazonía pasó de aportar el 39% de la deforestación nacional en 2016 a reportar el 65,5% en 2017^[37].

Las causas directas y subyacentes de esta ola de deforestación han sido objeto de estudios recientes, y son ampliamente debatidas en el ámbito académico. Los documentos oficiales indican que las principales causas directas de la deforestación son las siguientes³⁸:

- Acaparamiento de tierras (45%)
- Cultivos de uso ilícito (22%)
- Infraestructura (10%)

Caracterización de las principales causas y agentes de deforestación a nivel nacional período 2005-2015, Bogotá, IDEAM, 2018, p. 39.

33 PREM, MOUNU; SAAVEDRA, SANTIAGO y VARGAS, JUAN. “End-of-conflict Deforestation: Evidence from Colombia’s Peace Agreement”, *World Development*, vol. 129, 2020, p. 3, disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3306715>

34 En efecto, pasamos de 124.035 hectáreas deforestadas en 2015 a 178.597 hectáreas deforestadas en 2016. Véase Colombia. IDEAM. Estrategia Integral de Control de la Deforestación: Actualización de Cifras de Monitoreo de Bosques 2016, p. 46, disponible en: <http://www.ideam.gov.co/documents/24277/0/Presentaci%09n+Estrategia+Integral+de+Control+a+la+Deforestaci%09n/173f79bf-3e68-4cbc-9387-80123d09b5e2>

35 Colombia. IDEAM. Resultados Monitoreo de la Deforestación 2017, cit., p. 22.

36 *Ibid.*, p. 14.

37 *Ibid.*

38 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Bosques, territorios de vida, cit., p. 13. Para un análisis profundos de los efectos asociados a estas causas directas y los mecanismos por medio de los cuales generan la deforestación en el país, véase GONZÁLEZ y YEPES (eds.). *Caracterización de las principales causas y agentes de deforestación a nivel nacional período 2005-2015*, cit., pp. 36-61.

- Incendios forestales (8%)
- Ganadería extensiva (8%)
- Extracción ilícita de minerales (7%)

Es necesario tener en cuenta que un análisis comprensivo de las dinámicas explicativas de la deforestación debe tomar en consideración las causas subyacentes de este fenómeno. Las causas subyacentes son aquellas variables que motivan la toma de decisiones por parte de los agentes de la deforestación. Se trata de los procesos sociales que subyacen a las causas directas o próximas³⁹. Estudios del IDEAM afirman que estos factores se pueden agrupar en 5 categorías⁴⁰:

- i) Factores económicos y tecnológicos
- ii) Factores políticos e institucionales
- iii) Factores culturales
- iv) Factores demográficos
- v) Factores biofísicos

La explicación detallada de estas causas subyacentes de la deforestación no es uno de los objetivos de la presente investigación. Sin embargo, resulta necesario abordar las principales causas que explican la deforestación en el territorio amazónico, pues de ellas dependerán las recomendaciones que se formulen en el último acápite del presente texto.

En términos generales, estas causas subyacentes responden a dinámicas económicas o sociales que incentivan la deforestación en un lugar y un momento determinados. En el caso colombiano, la evolución en la tasa de deforestación se explica principalmente por fenómenos económicos que incrementan el coste de oportunidad del bosque, o por fenómenos institucionales que incentivan el acaparamiento de tierras y el desarrollo de actividades ilícitas en zonas de bosque. Entre estos factores se encuentra la variación en los precios de la cocaína y el oro, en los precios de los *commodities* agrícolas o del aceite de palma. Al mismo tiempo, la construcción de vías secundarias y terciarias incentiva el aprovechamiento no sostenible de las zonas de bosque, favoreciendo la deforestación. Otros autores destacan la importancia de las motivaciones individuales y sociales para explicar la deforestación⁴¹.

39 GEIST, HELMUT y LAMBIN, ERIC. "Proximate Causes and Underlying Driving Forces of Tropical Deforestation", *BioScience*, 52, 2, 2002, p. 143.

40 *Ibid.*, p. 62.

41 Un ejemplo reciente de esta hipótesis de investigación se encuentra en RUEDA, XIMENA; VÉLEZ, MARÍA ALEJANDRA; MOROS LINA y RODRÍGUEZ, LUZ ÁNGELA. "Beyond proximate

A pesar de la importancia de estos fenómenos como variables explicativas de la deforestación en Colombia, es necesario resaltar dos causas subyacentes asociadas que en nuestra opinión revisten la mayor importancia para explicar la deforestación amazónica: el vacío de poder generado por la desmovilización de las FARC-EP y la ausencia del Estado en la Amazonía. En la literatura académica reciente se han abordado estas variables explicativas desde la perspectiva de la economía política⁴². Algunos estudios sugieren que los incentivos económicos generados por la salida de las FARC-EP de los territorios se ven incrementados o reducidos por una serie de factores asociados a la gobernanza local y la presencia institucional del Estado. De esta forma, la presencia de comunidades indígenas o afrocolombianas organizadas, o la presencia de instituciones estatales, desincentiva sustancialmente la deforestación, especialmente en el territorio amazónico⁴³. Por el contrario, la presencia histórica de la ganadería como actividad productiva, y la cercanía de vías y ríos, tienden a estimular la deforestación⁴⁴.

Para contrarrestar estas causas directas y subyacentes de la deforestación, el gobierno colombiano recientemente ha adoptado una serie de estrategias y metas⁴⁵. En particular, resulta necesario mencionar la Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques, y Visión Amazonía, dos estrategias aprobadas en el segundo gobierno del presidente Santos.

El programa Visión Amazonía es la estrategia de desarrollo bajo en deforestación para la región amazónica. Este se compone de 5 pilares fundamentales⁴⁶:

and distal causes of land-use change: linking Individual motivations to deforestation in rural contexts", *Ecology and Society*, 24, 1, 4, 2019.

42 REVELO-REBOLLEDO, JAVIER. *The Political Economy of Amazon Deforestation: Subnational Development and the Uneven Reach of the Colombian State*, Publicly Accesible Penn Dissertations, 3511, 2019, p. 55, disponible en: <https://repository.upenn.edu/edissertations/3511>

43 PREM, SAAVEDRA, SANTIAGO y VARGAS. *End-of-conflict Deforestation*, cit., p. 23.

44 *Ibid.*, pp. 19-23.

45 Entre ellas se encuentran la Política de Gestión Sostenible del Suelo (2017), la Estrategia Colombiana de Desarrollo Bajo en Carbono (2014), el Plan de Acción para la Gestión Integral Ambiental del Suelo (2017), el Plan Nacional de Restauración Ecológica, Rehabilitación y Recuperación de Áreas Degradadas (2015), la Estrategia y Plan de Acción de Biodiversidad (2014) y el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (aún en construcción). Al respecto, véase Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Bosques, territorios de vida*, cit., p. 41.

46 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Cartilla Resumen del Programa Visión Amazonía*, disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/images/>

- i) Mejoramiento de la gobernanza forestal
- ii) Desarrollo sectorial sostenible y planificación
- iii) Desarrollo agro-ambiental
- iv) Gobernanza ambiental de los territorios indígenas
- v) Condiciones habilitantes

A su vez, cada uno de los pilares se compone de una serie de estrategias y metas⁴⁷. Este programa fue desarrollado en cooperación con Alemania, Noruega y el Reino Unido, quienes acordaron un mecanismo de pago por resultados. Esto significa que la financiación otorgada a Colombia en el marco de este programa depende de los resultados en términos de reducción de emisiones de GEI como resultado de la reducción de la deforestación bruta, a una tasa de cinco dólares por tonelada de CO₂ no emitida respecto del nivel de referencia basado en el promedio histórico de las tasas de deforestación.

Por su parte, la Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques es un instrumento de política transectorial encaminado a la reducción de la deforestación por medio de cinco líneas estratégicas:

- i) Gestión sociocultural de los bosques y conciencia pública
- ii) Desarrollo de una economía forestal y cierre de la frontera agropecuaria
- iii) Gestión transectorial del ordenamiento territorial y los determinantes ambientales
- iv) Monitoreo y control permanente
- v) Generación y fortalecimiento de capacidades legales, institucionales y financieras

Por medio de estas estrategias, el Estado colombiano busca reducir a cero la deforestación bruta en Colombia para el año 2030, lo que refleja la meta asumida en la Declaración de Bosques de Nueva York de 2014.

La primera línea estratégica tiene como objetivo consolidar la gobernanza de los grupos étnicos y comunidades rurales, así como promover la conciencia ciudadana en torno a una cultura de corresponsabilidad y aprovechamiento sostenible de los bosques⁴⁸. Las medidas previstas en este ámbito están re-

Atencion_y_participacion_al_ciudadano/consultas_publicas_2015/viceministerio/Resumen-VisionAmazonia-WEB.pdf

47 Las estrategias y resultados específicos del programa pueden encontrarse en el Plan de Trabajo Global de Visión Amazonía, disponible en: <http://visionamazonia.minambiente.gov.co/content/uploads/2018/09/PTG-aprobado.pdf>

48 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Bosques, territorios de vida*, cit., p. 107.

lacionadas con el fortalecimiento de las autoridades de gobierno propio de comunidades étnicas, y con la promoción de procesos de educación e investigación que faciliten una gestión sostenible de los bosques⁴⁹.

La segunda línea estratégica busca fomentar el desarrollo de una economía forestal de aprovechamiento sostenible de los bienes y servicios derivados del bosque, en aras de favorecer el desarrollo rural integral y el cierre de la frontera agropecuaria⁵⁰. En este eje se prevé el desarrollo de acuerdos de cero deforestación con cadenas de producción agropecuaria y forestal⁵¹; la estabilización de la frontera agropecuaria, y el desarrollo de un programa de forestería comunitaria, entre otras medidas⁵².

La tercera línea estratégica está encaminada a facilitar la articulación transectorial de la política y normativa del ordenamiento ambiental y territorial⁵³. En este sentido, se compone de acciones de coordinación de los distintos sectores del gobierno nacional, regional y local que permitan la generación de lineamientos transectoriales⁵⁴.

La cuarta línea estratégica está relacionada con la generación de información de calidad que sirva de soporte a los procesos de toma de decisión a nivel nacional, regional y local⁵⁵. Por consiguiente, en este eje se prevé el fortalecimiento de los sistemas existentes de monitoreo de la deforestación, y la implementación de acciones de respuesta inmediata y de un sistema de salvaguardas a nivel nacional⁵⁶.

La quinta y última línea estratégica tiene como objetivo realizar los ajustes institucionales, normativos y financieros que provean al Estado las herramientas necesarias para la efectiva reducción de la deforestación en Colombia⁵⁷.

49 Ibid.

50 Ibid., p. 163.

51 A la fecha, el gobierno nacional ha firmado cuatro acuerdos de cero deforestación con cadenas de producción agropecuaria: con la cadena de producción de aceite de palma (2017), con los productores de cacao (2018), y dos acuerdos con la cadena de producción de lácteos y la cadena de producción de carne bovina (2019). Estos acuerdos se encuentran disponibles en: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/acuerdos-cero-deforestacion>

52 Ibid.

53 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Bosques, territorios de vida*, cit., p. 213.

54 Ibid.

55 Ibid., p. 235.

56 Ibid.

57 Ibid., p. 283.

En este sentido, se compone principalmente de medidas de fortalecimiento de las capacidades institucionales, una serie de reformas normativas para la implementación de las demás líneas de acción, y la asignación de recursos necesarios para la implementación de la estrategia en conjunto⁵⁸.

Todas estas estrategias y documentos de política pública fueron recogidos y adaptados por el gobierno del presidente Duque en el Plan Nacional de Desarrollo 2018–2022. En este, el gobierno decidió concentrar la estrategia de lucha contra la deforestación en tres líneas principales⁵⁹:

- i) Control territorial
- ii) Gestión transectorial
- iii) Conservación de ecosistemas

Esta estrategia se compone principalmente de la creación de un Consejo Nacional de Lucha contra los Crímenes Ambientales y la Deforestación⁶⁰, que orientará la política de judicialización y uso de la fuerza pública en contra de las causas ilícitas de la deforestación; el cierre y la estabilización de la frontera agrícola, en la forma definida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural mediante la Resolución 261 de 2018⁶¹; la implementación de “planes maestros de transporte intermodal”, con un enfoque de lucha contra la deforestación; y la ejecución de una Estrategia Nacional de Restauración de zonas deforestadas⁶².

De igual forma, en las bases del Plan Nacional de Desarrollo (PND) se establecieron una serie de metas relacionadas con la deforestación. En particular, el Estado colombiano busca: 1. Incrementar la cobertura de los esquemas de “pago por servicios ambientales”⁶³ de 65.000 hectáreas a 260.000 hectáreas; 2. Duplicar el número de hectáreas bajo sistemas sostenibles de conservación,

58 *Ibíd.*

59 Colombia. Gobierno de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Bases del Plan Nacional del Desarrollo 2018–2022. Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad, p. 484.

60 Este Consejo reemplazó a la Comisión Intersectorial para el Control de la Deforestación, creada por el Decreto 1257 de 2017.

61 Por medio de esta resolución, el gobierno nacional definió la frontera agrícola tomando como línea base las zonas de bosque conservadas hasta el año 2010 (art. 5, par. 2). Esto significa que, con posterioridad al 2010, todas las actividades de deforestación se entienden como deforestación ilegal, y en consecuencia los tenedores de estos terrenos no podrán ser reconocidos como propietarios.

62 Colombia. Gobierno de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Bases del Plan Nacional del Desarrollo 2018–2022, cit., pp. 484–486.

63 Este mecanismo fue creado por el Decreto 870 de 2017.

pasando de 700.000 hectáreas a más de 1.400.000 hectáreas; 3. Alcanzar 5 acuerdos de cero deforestación con cadenas productivas del sector agropecuario, y 4. Crear 8 plataformas colaborativas para la articulación de inversiones públicas y privadas alrededor de cuentas hidrográficas.

Sin embargo, la meta más importante del PND en este sentido es la de reducir la tendencia de crecimiento de la deforestación en un 30% para 2022^[64]. Esta meta fue muy controvertida durante el proceso de aprobación legislativa del PND, por considerar algunos representantes de la sociedad civil que se trataba de una meta inaceptable⁶⁵, pues permitía que alrededor de 800.000 hectáreas de bosque fueran deforestadas entre 2018 y 2022^[66]. En efecto, la meta prevé una reducción en la *tendencia de crecimiento*, por lo que no significa que el Estado se comprometa a reducir el número de hectáreas deforestadas anualmente a lo largo del cuatrienio. Las proyecciones del IDEAM indican que la deforestación podría alcanzar las 360.000 hectáreas en 2022, por lo que la meta consiste en reducir esta deforestación a 252.000 hectáreas en el mismo año. Paradójicamente, esta meta permitiría una tasa de deforestación mayor a la experimentada en los últimos años.

El conjunto de normas y estrategias de política pública descrito con anterioridad constituye un resumen de la actividad gubernamental más importante en torno a la deforestación amazónica desde la década de 1990 hasta la actualidad. Sin embargo, tal y como fue anunciado en la introducción del presente texto, esta investigación busca resaltar la interacción entre estas políticas de origen gubernamental y la reciente injerencia de otras acciones derivadas del accionar judicial. Por esta razón, en el siguiente acápite buscaremos finalizar esta apreciación global del problema de la deforestación y la reacción estatal

64 ROZO, VALENTINA. “La meta de deforestación del Plan Nacional de Desarrollo empeoró”, *Semana Sostenible*, 6 de mayo de 2019 [en línea], [consultado el 7 de mayo de 2020], disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/opinion/articulo/la-meta-de-deforestacion-del-plan-nacional-de-desarrollo-empeoro/44086>

65 Dejusticia. #CambiamosLaMeta: Solicitamos que se modifique la meta de deforestación propuesta en el Plan Nacional de Desarrollo, 6 de marzo de 2019 [en línea], [consultado el 8 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.dejusticia.org/solicitamos-que-modifique-la-tasa-de-deforestacion-propuesta-en-el-plan-nacional-de-desarrollo/>

66 El Espectador. “Solicitan modificar la meta de deforestación en el Plan Nacional de Desarrollo”, 15 de marzo de 2019 [en línea], [consultado el 7 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/solicitan-modificar-la-meta-de-deforestacion-en-el-plan-nacional-de-desarrollo-articulo-845124>

con el análisis de la sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia STC 4360 del 5 de abril de 2018.

2. LITIGIO ESTRATÉGICO AL SERVICIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: SENTENCIA DE TUTELA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HECHOS Y SOLICITUD DE TUTELA

El 5 de abril de 2018, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió, mediante fallo STC 4360, la impugnación a la sentencia del 12 de febrero de 2018 de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁶⁷. Esta impugnación responde a la acción de tutela interpuesta por un grupo de 25 personas de entre 7 y 25 años de edad que habitan en las ciudades con mayor nivel de riesgo como consecuencia del cambio climático en el país. Los accionantes solicitaron al Tribunal la protección de sus derechos a gozar de un ambiente sano, a la vida y a la salud, presuntamente vulnerados por un conjunto de autoridades públicas del orden local y nacional.

Los tutelantes consideraron sus derechos vulnerados como consecuencia del actuar insuficiente de las entidades accionadas para combatir el fenómeno de la deforestación amazónica, que trae consigo un aumento de las emisiones de GEI, y por consiguiente contribuye a la profundización de los efectos del cambio climático. En particular, los accionantes pusieron de presente que al tener una esperanza de vida de 78 años en promedio, su vida adulta se desarrollaría entre los años 2041 y 2070, y su vejez a partir del año 2071. En estos años, la temperatura media en Colombia aumentará 1,6 °C y 2,14 °C respectivamente, según las proyecciones oficiales.

A su vez, los tutelantes demostraron mediante estudios científicos que la deforestación de la Amazonía tiene consecuencias sobre todos los ecosistemas del país. La importancia ecosistémica de la región amazónica implica que su deforestación tiene consecuencias profundas en términos de: la alteración del ciclo del agua; la capacidad de los suelos para absorber agua de lluvia; los

67 Colombia. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC 4360-2018, rad. 110001-22-03-000-2018-00319-01, 5 de abril de 2018. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

cambios en los suministros de agua que llegan a los páramos que proveen el 70% del agua consumida en el país, y el calentamiento global como consecuencia de las emisiones de dióxido de carbono que se encuentra almacenado en los bosques y es liberado por la deforestación.

Con base en lo anterior, los accionantes solicitaron a la Corte que se ordenara a las entidades nacionales y locales la elaboración de un plan estratégico de reducción de la deforestación en la Amazonía colombiana. Al mismo tiempo, solicitaron la creación de un acuerdo intergeneracional sobre las medidas que debían ser adoptadas para reducir la deforestación y la emisión de GEI.

En respuesta a la solicitud de amparo, las entidades accionadas (distintos ministerios del orden nacional y algunas entidades territoriales del orden departamental y local) adujeron que el mecanismo de la acción de tutela no era procedente en este caso, por cuanto lo que se pretendía era la protección de derechos colectivos, cuya garantía constitucional es la acción popular. Además, otras entidades expresaron a la Corte que ya desarrollaban planes de mitigación del impacto ambiental de la deforestación o de lucha contra el cambio climático.

RAZONAMIENTO Y DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA

A la luz de los argumentos expuestos por el Estado y los accionantes, la Corte dividió su análisis en dos aspectos principales: el análisis de procedibilidad de la tutela en el presente caso, y la decisión de fondo sobre la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes en los términos expuestos anteriormente.

Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela en el presente caso, la Corte partió de reconocer que el mecanismo idóneo para la protección de derechos colectivos en el ordenamiento constitucional colombiano es la acción popular, prevista en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991.

Sin embargo, la Corte Suprema hizo uso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia para argumentar que excepcionalmente la acción de tutela es procedente cuando la afectación de intereses grupales en un caso particular también acarrea la vulneración de garantías individuales fundamentales. Para esto, continúa el razonamiento, debe comprobarse la conexidad entre la vulneración de los derechos colectivos y la violación concomitante de derechos fundamentales, por una parte, y la existencia de una afectación real, no hipotética de estos últimos derechos, por otra. En estos casos, la orden

del juez estaría encaminada a la protección de las garantías fundamentales individuales, y no a la conjuración de la afectación colectiva.

A modo de conclusión respecto de la procedibilidad de la acción de tutela en el presente caso, la Corte afirmó que se encontraba acreditada la conexidad de la afectación al medio ambiente y la vulneración consiguiente de derechos fundamentales. De igual forma, la Corte reconoció la importancia constitucional de la cuestión objeto de análisis, habida cuenta de la naturaleza de los derechos fundamentales cuya violación se alegaba. En este sentido, el amparo resultaba procedente e idóneo para perseguir la protección de los derechos fundamentales de los 25 accionantes.

En relación con el fondo, la Corte Suprema delimitó su análisis a los siguientes problemas jurídicos: i) determinar si existe un nexo causal entre el cambio climático causado por la deforestación de la Amazonía y los supuestos efectos negativos sobre la salud de los accionantes, para así establecer, directamente, ii) si la degradación incontrolada del bosque selvático menoscaba los derechos de los accionantes a la vida digna, al agua, al medio ambiente sano y a la alimentación.

Para llegar a una conclusión respecto de los problemas jurídicos mencionados, la Corte hizo uso de los principios jurídicos ambientales de i) precaución, ii) equidad intergeneracional y iii) solidaridad.

Respecto del primero de ellos, la Corte consideró que sin lugar a duda en el presente caso existía un peligro de daño a los ecosistemas del país como consecuencia de las emisiones de GEI que traerían consigo el aumento de la temperatura promedio en más de 1 °C a partir de 2040. En particular, la pérdida de masa forestal amazónica rompería su conectividad ecosistémica con los Andes, con graves consecuencias para la integridad ecológica de la región.

En segundo lugar, a la luz del principio de equidad intergeneracional la Corte llegó a la conclusión de que en el presente caso se presentaba un impacto desproporcionado sobre las futuras generaciones, quienes verían amenazadas sus condiciones de existencia como consecuencia del incremento de temperatura de hasta 2 °C entre 2041 y 2071.

En tercer y último lugar, para la Corte la aplicación del principio de solidaridad al presente caso determina “el deber y corresponsabilidad del Estado colombiano en detener las causas que provocan la emisión de GEI”⁶⁸, esto es, la deforestación de la Amazonía.

68 *Ibid.*, p. 37.

Para la Corte, la progresiva deforestación de la Amazonía contraría entonces la llamada *Constitución Ecológica*, y constituye un grave desconocimiento de “los instrumentos internacionales que integran el orden público ecológico mundial”⁶⁹. La Corte hizo referencia específica a las obligaciones asumidas por el Estado en la Convención Marco sobre el Cambio Climático de París (2015), cuando Colombia se comprometió explícitamente a reducir a cero la deforestación para 2020^[70].

En conclusión, la sala consideró que el incremento de la deforestación en la región era muestra suficiente de la ineficacia de las medidas gubernamentales adoptadas para hacer frente al problema. Por lo tanto, acreditó la necesidad de otorgar el amparo ante la flagrante vulneración de derechos fundamentales a la vida, a la salud, al aire y al agua en conexidad con el medio ambiente.

Además, la Corte consideró que en aras de proteger a la Amazonía como ecosistema vital para el “devenir global” debía reconocerla como “*sujeto de derechos*”, titular de protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que lo componen. Para esto, la Corte Suprema usó el precedente de la Corte Constitucional en el caso del río Atrato⁷¹, en los términos expuestos arriba.

Finalmente, la sala ordenó lo siguiente: i) a la Presidencia de la República, el Ministerio de Agricultura y el Ministerio de Ambiente, la formulación de un *plan de acción de corto, mediano y largo plazo* para contrarrestar la tasa de deforestación en la Amazonía en conjunto con los accionantes, las comunidades afectadas y la población interesada en general; ii) a estas mismas entidades, “la construcción de un *pacto intergeneracional por la vida del Amazonas colombiano*” (PIVAC) en el que se adopten medidas encaminadas a reducir a cero la tasa de deforestación y la emisión de gases de efecto invernadero en la región; a todos los municipios de la Amazonía colombiana, la actualización de sus planes de ordenamiento territorial en aras de incluir en ellos un plan de acción para reducir a cero la deforestación en sus territorios; y a las corporaciones

69 Ibid.

70 Para un análisis del razonamiento de la Corte Suprema en relación con las obligaciones internacionales del Estado derivadas del derecho internacional del medio ambiente, véase ACOSTA ALVARADO, PAOLA A. y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. “A Milestone in Environmental and Future Generations’ Rights Protection: Recent Legal Developments before the Colombian Supreme Court”, *Journal of Environmental Law* 30, 2018, pp. 524-525.

71 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

autónomas de la Amazonía, la elaboración de un plan de acción para contrarrestar la deforestación en sus respectivas jurisdicciones.

IMPLICACIONES DE LA DECISIÓN PARA LA POLÍTICA PÚBLICA CONTRA LA DEFORESTACIÓN AMAZÓNICA

Las órdenes de la Corte Suprema en la sentencia anteriormente descrita tienen profundas implicaciones en términos de la construcción de las estrategias de lucha contra la deforestación en la Amazonía a nivel local, regional y nacional. Sin embargo, tras dos años de la decisión, las autoridades accionadas en su mayoría no han cumplido con los requerimientos de la Corte.

Por esta razón, el 5 de abril de 2019, exactamente un año después de la decisión, la organización Dejusticia, en representación de los tutelantes iniciales, radicó ante el Tribunal Superior de Bogotá un reporte de las actuaciones de cumplimiento realizadas hasta el momento⁷². En este reporte, Dejusticia informó sobre el estado de incumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema y solicitó al Tribunal Superior de Bogotá la declaratoria de incumplimiento y el establecimiento de un mecanismo de seguimiento de aquellas órdenes.

En aras de garantizar el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Suprema, el Tribunal decidió citar a 94 entidades nacionales y regionales en aras de solicitar información sobre el cumplimiento de la decisión de tutela. Entre el 15 de octubre y el 19 de noviembre de 2019, los representantes de estas entidades presentaron sus informes con resultados desalentadores para la lucha contra la deforestación en la Amazonía⁷³.

Más allá de la situación generalizada de incumplimiento por parte de las entidades accionadas, es posible enumerar algunos avances a nivel nacional y regional. En primer lugar, la Presidencia de la República profirió las directivas presidenciales 05 y 10 de 2018 con el fin de facilitar la articulación institucional de las entidades del nivel nacional de cara al cumplimiento de la sentencia de

72 Documento se encuentra disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/04/5-de-abril-de-2019-Respuesta-de-los-25-accionantes-respecto-del-cumplimiento-que-las-entidades-accionadas-han-dado-a-las-órdenes-impartidas-en-la-sentencia-STC-4360-de-2018.pdf> [consultado el 15 de mayo de 2020].

73 Semana Sostenible. “El sinsabor de las audiencias de seguimiento a la sentencia de la Amazonía”, 29 de noviembre de 2019 [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/impacto/articulo/el-sinsabor-de-las-audiencias-de-seguimiento-a-la-sentencia-de-la-amazonia/47814>.

la Corte Suprema STC 4360 de 2018. En estas directivas se ordenó al Ministerio de Ambiente coordinar la formulación de los planes de acción de corto, mediano y largo plazo, así como la coordinación del PIVAC.

Con base en estas directivas, hasta la fecha el Ministerio de Ambiente trabaja en el Plan de Acción y en un borrador del PIVAC ordenado por la Corte. El Plan de Acción reproduce la Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques con sus objetivos y líneas de acción anteriormente descritos, aunque prioriza la región amazónica como foco de las actuaciones estatales. En el mismo proyecto de Plan de Acción, el gobierno reconoce la necesidad de realizar talleres locales en veredas y municipios para retroalimentar este plan, y de fortalecer actividades de capacitación de los alcaldes de los municipios de la Amazonía.

El borrador del PIVAC, denominado “Construyendo acuerdos para garantizar la vida del Amazonas colombiano”, contiene los avances realizados por el gobierno en relación con la construcción de un acuerdo participativo de protección de la Amazonía. Este documento contiene una relación de los espacios de participación local organizados por el gobierno nacional y el cronograma de construcción del PIVAC. Sin embargo, este borrador no ofrece mayores luces respecto del contenido de aquel Acuerdo Intergeneracional una vez se surtan las etapas previstas en el cronograma. Por otro lado, dos de las tres corporaciones autónomas involucradas en la decisión de la Corte Suprema han adoptado planes de acción en cumplimiento de la sentencia. En primer lugar, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico (CDA), en cuya jurisdicción se encuentran los departamentos de Guainía, Guaviare y Vaupés, aprobó un Plan de Acción para el cumplimiento de la sentencia STC 4360, en agosto de 2018^[74]. En este plan, la CDA realizó un diagnóstico de las causas principales de la deforestación en su territorio, y estableció una serie de medidas de lucha contra la deforestación, dentro de las cuales se encuentran, principalmente: talleres de socialización y capacitación en proyectos de manejo forestal sostenible, la realización de operativos de control y vigilancia en zonas deforestadas, la expansión del mecanismo de

74 Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico – CDA. Plan de Acción para el control de la deforestación Sentencia 4360 de 2018. Corte Suprema de Justicia. Inírida, 17 de agosto de 2018 [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://cda.gov.co/apc-aa-files/62333031323138353938373665323335/plan-de-accion-para-el-control-de-la-deforestacion-sentencia-4360-de-2018..pdf>

pagos por servicios ambientales (PSA) y la actualización de los determinantes ambientales en su jurisdicción, entre otras.

Por su parte, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área Manejo Especial la Macarena – Cormacarena aprobó su Plan de Acción Institucional 2020–2023, y en él incorporó una referencia a la sentencia STC 4360^[75]. En este plan, Cormacarena señaló que como consecuencia de la sentencia y en aras de su cumplimiento decidió suspender el otorgamiento de aprovechamientos forestales persistentes, y restringir los aprovechamientos forestales únicos para ampliación de la frontera agrícola. Asimismo, estableció una serie de indicadores de cumplimiento de la sentencia en el mediano plazo.

A modo de conclusión respecto de las implicaciones de la sentencia STC 4360 es posible afirmar que el conjunto de medidas ordenadas por la Corte Suprema se encuentran aún en proceso de cumplimiento. Las implicaciones definitivas de esta decisión serán determinadas por el alcance de los planes de acción de corto, mediano y largo plazo, así como por la profundidad del PIVAC que deberá ser aprobado en el transcurso de 2020. Sin embargo, es importante resaltar el impulso que la Corte Suprema ha dado a la lucha contra la deforestación amazónica, pues ha permitido redefinir este fenómeno como un problema constitucional de garantía de los derechos fundamentales, y no simplemente como un asunto dependiente de la voluntad gubernamental.

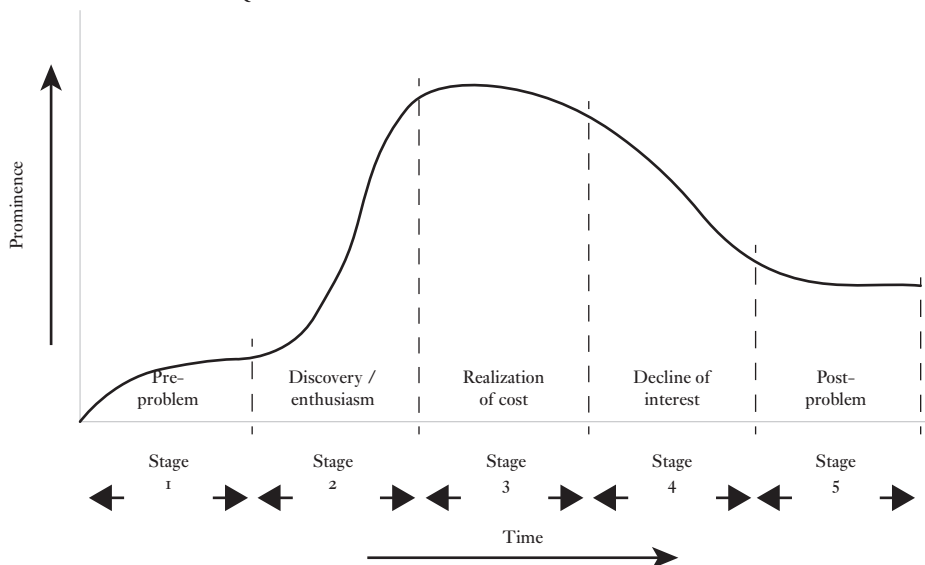
En definitiva, el conjunto de instrumentos de política pública hasta aquí descritos demuestran una preocupación creciente por la deforestación amazónica en las últimas décadas. La dinámica de la atención pública en torno a la deforestación amazónica puede resumirse en el clásico modelo de Downs⁷⁶.

El gráfico resume las 5 etapas del ciclo de atención pública formulado por Downs. Este modelo puede ser adaptado al problema de la deforestación amazónica y a la historia antes descrita en el presente texto. De esta forma, podemos caracterizar la etapa 1, “anterior al problema”, como aquellos escasos desarrollos que tuvieron lugar hasta el año 2010 en Colombia, principalmente por medio de normas que tuvieron un efecto marginal en la reducción de la deforestación, como lo demuestran las cifras oficiales.

75 Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área Manejo Especial la Macarena – Cormacarena. Plan de Acción Institucional 2020–2023. Somos Vida, Somos Meta [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: http://www.cormacarena.gov.co/bringdata.php?tp=5&contenido_in=58&titulo=PLAN%20DE%20ACCI%D3N

76 DOWNS, ANTHONY. “Up and down with ecology: the ‘issue-attention’ cycle”, *The Public Interest*, 28, 1972, pp. 38–50.

FIGURA I. ESQUEMA DEL CICLO DE ATENCIÓN PÚBLICA DE DOWNS



Fuente: <https://ftalphaville.ft.com/2013/01/10/1329863/50-shades-of-public-interest/>

A partir de 2010 es posible afirmar que el Estado colombiano dio un paso hacia la etapa 2, de “descubrimiento y entusiasmo”, en el que instrumentos como el Conpes 3700 plantearon la necesidad de estructurar una estrategia nacional de reducción de la deforestación, particularmente por su importancia para la reducción de emisiones del país de cara a sus compromisos internacionales en materia de cambio climático. Es importante reconocer igualmente que el fenómeno de la “deforestación del fin del conflicto” antes descrito constituyó un importante impulso para el desarrollo de estrategias intersectoriales contra la deforestación amazónica a partir de 2016. Este incremento de la deforestación como consecuencia de la desmovilización de las FARC-EP y las dinámicas de poder que desató en los territorios explican la creciente atención que ha recibido la deforestación en los medios de comunicación y la comunidad científica a nivel nacional. Además, es necesario resaltar la sentencia STC 4360 de la Corte Suprema de Justicia como un impulso adicional a la lucha contra la deforestación, esta vez proveniente del poder judicial, y la influencia del litigio estratégico como motor del accionar estatal para la protección del medio ambiente.

En la actualidad es posible afirmar que nos encontramos en la etapa 3 del ciclo, conocida como “comprensión de los costos”. El conjunto de estrategias descritas en el último período del recuento histórico, y en particular

las estrategias de “Visión Amazonía” y la “Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques”, recogen el conjunto de soluciones planteadas por el gobierno nacional tras casi una década de preparación y cooperación internacional. Estas estrategias reflejan una comprensión de los costos que debe asumir la sociedad colombiana en conjunto para controlar y reducir la deforestación amazónica.

El entendimiento del ciclo de atención pública en torno a la deforestación justifica el propósito del presente trabajo. La etapa de comprensión de los costos es el escenario de deliberación y toma de decisiones públicas en torno a las soluciones apropiadas para los problemas más importantes de una sociedad. Por esta razón, el presente trabajo busca contribuir al entendimiento de las dinámicas de la deforestación amazónica, así como a elaborar una serie de recomendaciones de política pública para afrontar este fenómeno con base en la experiencia reciente de países vecinos. De esta forma, esperamos que el “efecto termostato”⁷⁷ que define la relación entre la opinión pública y las políticas adoptadas movilice en este sentido el accionar estatal y traiga consigo resultados visibles en términos de la reducción de la deforestación amazónica.

3. LA EXPERIENCIA COMPARADA DE LOS PAÍSES AMAZÓNICOS EN LA LUCHA CONTRA LA DEFORESTACIÓN

Como se adelantó anteriormente, en el presente acápite se realizará un breve análisis de las principales políticas públicas de lucha contra la deforestación en los países que comparten el ecosistema amazónico. El objetivo de este análisis es brindar al lector una aproximación a la forma en que nuestros países vecinos han reaccionado ante el fenómeno de la deforestación. A su vez, esta experiencia será un insumo importante para la formulación de las recomendaciones de política pública en el caso colombiano que se expondrán en el siguiente acápite del texto.

El análisis comparado se concentrará principalmente en las experiencias de Brasil y Perú, por razones de cantidad de información, pero también en razón de la fracción del Amazonas en territorio de estos países.

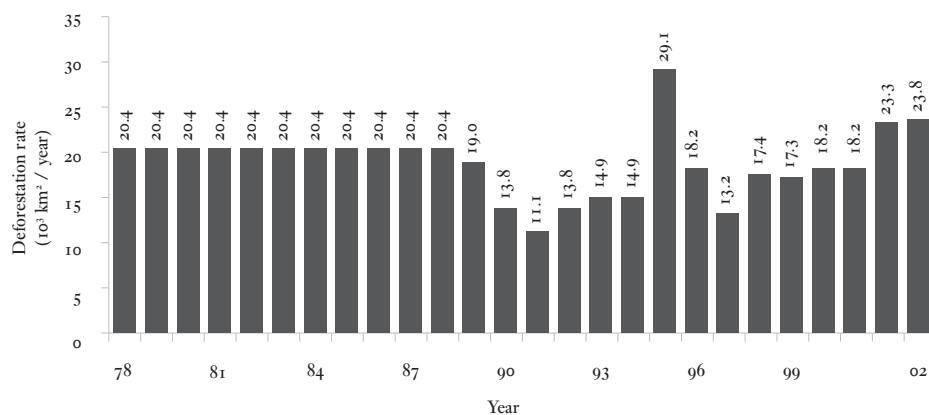
77 WLEZIEN, CHRISTOPHER. “The Public as Thermostat: Dynamics of Preferences for Spending”, *American Journal of Political Science*, vol. 39, n.º 4, 1995, pp. 981-1000.

3.1. BRASIL: UNA HISTORIA DE ÉXITO Y RETROCESO

Al igual que en Colombia, la deforestación del Amazonas brasileño tiene sus orígenes en la segunda mitad del siglo XX. Aunque el monitoreo oficial de la deforestación amazónica inició en 1988, los científicos indican que la deforestación a gran escala tuvo lugar por primera vez en la década de 1960, cuando los incentivos gubernamentales promovieron el poblamiento y desarrollo de la Amazonía brasileña⁷⁸. En particular, la construcción de carreteras a lo largo y ancho de la región fue un incentivo determinante para la migración masiva de personas en busca de oportunidades de generación de riqueza por medio de la colonización⁷⁹.

Las causas subyacentes de la deforestación en Brasil siguieron vigentes por varias décadas. Por esta razón, la tasa anual de deforestación continuó alcanzando máximos históricos en las décadas de 1980 y 1990, como lo demuestran los reportes oficiales. En la siguiente gráfica puede observarse la tendencia que siguió la tasa de deforestación amazónica en Brasil desde 1978.

FIGURA 2. TASA DE DEFORESTACIÓN DEL AMAZONAS BRASILEÑO 1978-2002



Fuente: FEARNSIDE, PHILIP. “Deforestation in Brazilian Amazonia: History, Rates, and Consequences”, *Conservation Biology*, 2005, junio, pp. 680-688.

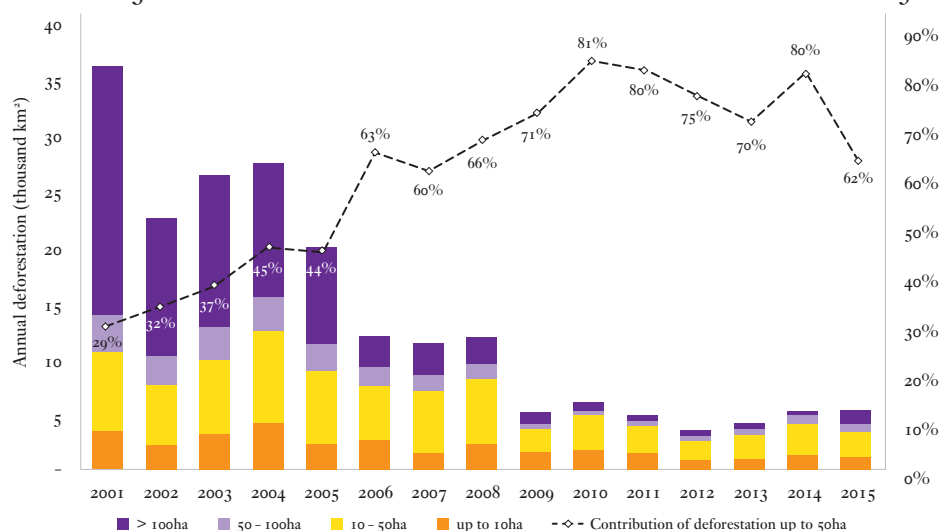
78 OMETTO, JEAN P.; SOUSA-NETO, ERÁCLITO y TEJADA, GRACIELA. “Land Use, Land Cover and Land Use Change in the Brazilian Amazon (1960-2013)”, en NAGY, LASZLO; FORSBERG, BRUCE y ARTAXO, PAULO. *Interactions between Biosphere, Atmosphere and Human Land Use in the Amazon Basin*, Ecological Studies (Analysis and Synthesis), vol. 227, Springer, Berlín y Heidelberg, 2016, p. 374.

79 *Ibid.*

Como lo demuestra el gráfico anterior, la deforestación mantuvo un ritmo constante con algunos altibajos, hasta alcanzar la cifra récord de casi 30.000 km² en el año 1995 (aproximadamente 3 millones de hectáreas). Tras casi una década de reducción de la tasa de deforestación, en los años 2003 y 2004 la deforestación en Brasil regresó a niveles de 25.000 km² y 27.000 km² respectivamente⁸⁰.

Es así como, en 2005, el gobierno de Lula da Silva puso en marcha un ambicioso plan de reducción de la deforestación, que trajo consigo los mejores resultados de la historia brasileña. Como se aprecia en el siguiente gráfico, la deforestación se redujo en casi un 70% en los años siguientes.

FIGURA 3. TASA DE DEFORESTACIÓN DEL AMAZONAS BRASILEÑO 2001–2015



Fuente: MOUTINHO, PAULO; GUERRA, RAISA Y AZEVEDO-RAMOS, CLAUDIA. "Achieving zero deforestation in the Brazilian Amazon: what is missing?", *Elem. Sci. Anth.*, 4, 000125, 2016.

La reducción de la tasa de deforestación es comúnmente atribuida a un conjunto determinado de políticas públicas. La primera de ellas fue la ampliación de las áreas protegidas del Amazonas brasileño. Entre 2002 y 2009 se añadieron un total de 709.000 km² de áreas protegidas en forma de resguardos indígenas, áreas de estricta protección y zonas de uso sostenible⁸¹, hasta alcanzar cerca

80 *Ibid.*, p. 375.

81 WALKER, ROBERT; MOORE, NATHAN; ARIMA, EUGENIO; PERZ, STEPHEN; SIMMONS, CYNTHIA;

de un 54% del área de bosque amazónico⁸². Estudios científicos sugieren que esta expansión de las áreas protegidas es responsable del 37% de la reducción de la deforestación entre 2004 y 2006^[83].

La segunda medida de gran impacto en la reducción de la deforestación en el mismo período fue la aprobación de una moratoria a la expansión de los cultivos de soya en el Amazonas en 2006. Esta moratoria, a la que se acogieron la mayoría de los compradores de soya amazónica, consistió en prohibir la venta de grano de soya a aquellos productores que cultivaran en áreas deforestadas con posterioridad al 26 de julio de 2006^[84]. Esta moratoria fue acompañada posteriormente del Decreto 6.321 de 2007, que consolidó una lista negra de los principales deforestadores del Amazonas y estableció embargos y restricciones al acceso a créditos del sector financiero⁸⁵. Esta moratoria de la soya fue renovada hasta mayo de 2016 con el acuerdo de los representantes industriales, con el objetivo de garantizar una cadena de producción libre de deforestación⁸⁶.

Finalmente, es necesario resaltar la política de monitoreo y control adelantada por el gobierno brasileño a través del Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). En 2004, el gobierno brasileño lanzó el programa *Deteção de Desmatamento em Tempo Real* (DETER), que permitió monitorear la deforestación en tiempo real por medio de imágenes satelitales⁸⁷, y fortalecer la aplicación del código forestal, que establece

CALDAS, MARCELLUS; VERGARA, DANTE y BOHRER, CLAUDIO. “Protecting the Amazon with protected areas”, *PNAS*, 106, 26, 2009, pp. 10582-10586.

82 MOUTINHO, PAULO; GUERRA, RAISA y AZEVEDO-RAMOS, CLAUDIA. “Achieving zero deforestation in the Brazilian Amazon: What is missing?”, *Elem. Sci. Anth.*, 4, 000125, 2016, p. 2.

83 SOARES-FILHO, BRITALDO; MOUTINHO, PAULO; NEPSTAD, DANIEL; ANDERSON, ANTHONY; RODRIGUES, HERMANN; GARCIA, RICARDO; DIETZSCH, LAURA; MERRY, FRANK; BOWMAN, MARIA; HISSA, LETÍCIA; SILVESTRINI, RAFAELLA; y MARETTI, CLAUDIO. “Role of Brazilian Amazon protected areas in climate change mitigation”, *PNAS*, 107, 24, 2010, pp. 10821-10826.

84 NEPSTAD, DANIEL; MCGRATH, DAVID; STICKLER, CLAUDIA; ALENCAR, ANE; AZEVEDO, ANDREA; SWETTE, BRIANA; BEZERRA, TATHIANA; DIGIANO, MARIA; SHIMADA, JOÃO; SEROA DA MOTTA, RONALDO; ARMIGO, ERIC; CASTELLO, LEANDRO; BRANDO, PAULO; HANSEN, MATT C.; MCGRATH-HORN, MAX; CARVALHO, OSWALDO y HESS, LAURA. “Slowing Amazon deforestation through public policy and interventions in beef and soy supply chains”, *Science* 344, 6188, 2014, p. 1118.

85 MOUTINHO et al. “Achieving zero deforestation”, cit., pp. 2-3.

86 GIBBS, HOLLY; RAUSCH, LISA; MUNGER, J.; SCHELLY, IAN; MORTON, DOUGLAS; NOOJIPADY, PRAVEEN; SOARES-FILHO, BRITALDO; BARRETO, PAULO; MICOL, L. y WALKER, N. F. “Brazil’s Soy Moratorium”, *Science* 347, 6220, 2015, p. 377.

87 NEPSTAD et al. “Slowing Amazon deforestation through public policy”, cit., p. 1118.

una *reserva legal* conforme a la cual el 80% de las propiedades del Amazonas deben permanecer como bosques y especies nativas⁸⁸. Este programa fue fundamental para facilitar las actuaciones de aplicación de la ley del IBAMA, pues se estima que evitó la deforestación de aproximadamente 62.000 km² de bosque entre 2007 y 2011.

Aunque estas actuaciones del gobierno federal de Brasil demostraron su efectividad en la reducción de la deforestación, los gobiernos sucesivos de Dilma Rousseff, Michel Temer y, especialmente, Jair Bolsonaro han experimentado un retroceso en este proceso. El nuevo gobierno de Bolsonaro ha debilitado la capacidad institucional del Ministerio de Ambiente, y el apoyo de la bancada de los *Ruralistas* ha sido definitivo para explicar el desmantelamiento de muchas de las medidas adoptadas en el pasado⁸⁹.

Sin embargo, es claro que en el pasado el gobierno brasileño ha sido exitoso en la lucha contra la deforestación. Su experiencia constituye un insumo valioso para el camino que en este momento recorre Colombia en la lucha contra este fenómeno.

3.2. LA EXPERIENCIA PERUANA

A diferencia de lo ocurrido en Brasil, la lucha contra la deforestación amazónica en Perú sigue un patrón similar al colombiano. Desde 2001, la tasa promedio de deforestación ha sido de 127.000 ha/año, lo que equivale a una deforestación de más de 2 millones de hectáreas hasta la actualidad⁹⁰.

En términos generales, las causas estructurales de la deforestación peruana son similares a las presentes en Colombia. Se estima que las actividades agrícolas son responsables del 42% de la deforestación en Perú, al tiempo que la actividad ganadera es responsable del 20%⁹¹. De igual forma, la minería

88 ALSTON, LEE y MUELLER, BERNARDO. “Legal Reserve Requirements in Brazilian Forests: Path Dependent Evolution of De Facto Legislation”, *Revista Economía*, 8, 4, 2007, p. 25.

89 The Guardian. “Deforestation in Brazilian Amazon surges to record high”, 4 de junio de 2019, [en línea], disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2019/jun/04/deforestation-of-brazilian-amazon-surges-to-record-high-bolsonaro>

90 El Comercio. “Deforestación en Amazonía de Perú se redujo 1.148 hectáreas en 2018”, 10 de diciembre de 2019 [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.elcomercio.com/tendencias/deforestacion-amazonia-peru-reduccion-bosque.html>

91 ROJAS BRICEÑO, N. B., BARBOZA CASTILLO, E., MAICELO QUINTANA, J. L., OLIVA CRUZ, S. M. y SALAS LÓPEZ, R. “Deforestación en la Amazonía peruana: índices de cambios de

artesanal de oro es uno de los motores más importantes de la deforestación peruana en los últimos años⁹².

En aras de reducir la deforestación amazónica, el gobierno peruano ha implementado recientemente una serie de estrategias y medidas. Dentro de ellas se encuentra la inauguración en 2015 de la Unidad de Monitoreo Georreferenciado Satelital de Delitos Ambientales en el Ministerio Público⁹³. Esta unidad está encaminada al monitoreo satelital de las dinámicas de la deforestación amazónica, de tal forma que pueda brindar al gobierno información actualizada que sirve como insumo para la consolidación de estrategias contra la deforestación.

En este mismo sentido, el gobierno peruano adoptó en 2016 la Estrategia Nacional sobre Bosques y Cambio Climático, mediante el Decreto Supremo 007-2016-MINAM⁹⁴. En esta estrategia, el gobierno consolidó su política de lucha contra la deforestación por medio de unidades de gestión forestal, una zonificación ecológica y económica de todo el país, y una estrategia de lucha contra las actividades económicas ilegales. En particular, las medidas de zonificación ecológica y económica juegan un papel importante en la protección del Amazonas peruano, pues se estima que tan solo el 17% de estas tierras están protegidas, mientras el 50% de ellas no se encuentran clasificadas⁹⁵. Estas zonas no clasificadas incentivan la ocupación por parte de colonos en aras de obtener la titularidad de la tierra.

cobertura y uso del suelo basado en SIG”, *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 81, 2538, 2019, p. 3.

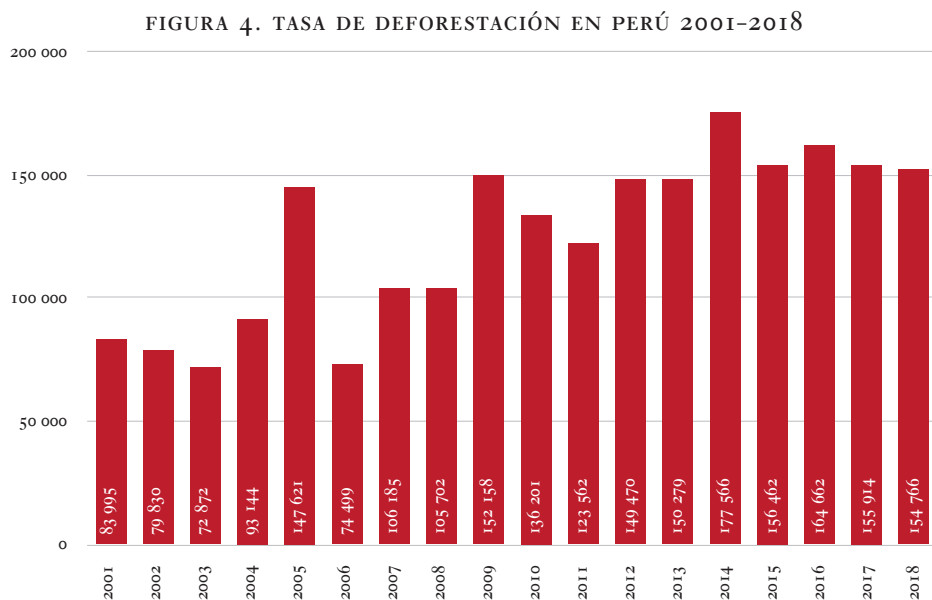
92 RAVIKUMAR, A.; SEARS, R. R.; CRONKLETON, P.; MENTON, M. y PÉREZ-OJEDA DEL ARCO, M. *¿Es la agricultura de pequeña escala realmente el impulsor principal de la deforestación en la Amazonía peruana? Más allá de la narrativa predominante*, Bogor, Indonesia, CIFOR, 2016, p. 12.

93 Perú. Ministerio de Ambiente. Estado peruano fortalece la prevención y control de la deforestación y tala ilegal en nuestra Amazonia, 16 de octubre de 2016 [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.minam.gob.pe/notas-de-prensa/estado-peruano-fortalece-la-prevencion-y-control-de-la-deforestacion-y-tala-ilegal-en-nuestra-amazonia/>

94 Perú. Decreto Supremo n.º 007-2016-MINAM [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: http://www.bosques.gob.pe/archivo/ff3f54 ESTRATEGIACAMBIOClimatico2016_ok.pdf

95 El País. “Perú promete contundencia contra la deforestación”, 14 de mayo de 2019 [en línea], [consultado el 17 mayo de 2020], disponible en: https://elpais.com/elpais/2019/05/14/planeta_futuro/1557810140_537035.html

Aún no resulta posible determinar la efectividad de las estrategias adoptadas en el último quinquenio, pero lo cierto es que la deforestación peruana sigue un patrón constante. El siguiente gráfico demuestra la tasa de deforestación peruana en los últimos años.



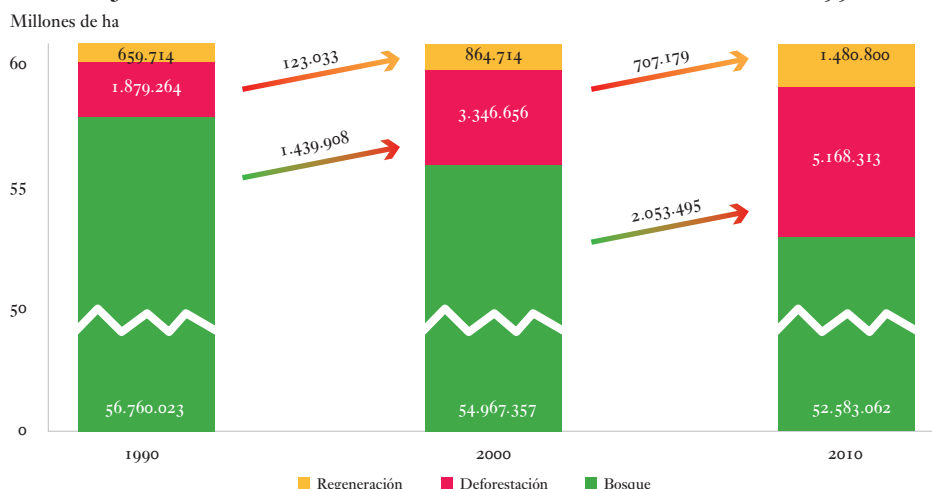
Fuente: Geobosques. Ministerio de Ambiente del Perú, disponible en: <http://geobosques.minam.gob.pe/geobosque/view/perdida.php>

El análisis de las políticas contra la deforestación en los 9 países que comparan el bioma amazónico excede el propósito de la presente investigación. Sin embargo, de forma adicional al estudio de los casos de Brasil y Perú, vale la pena resaltar que la lucha contra la deforestación en estos otros países también produce resultados desalentadores.

En Bolivia, se estima que entre 1990-2010 el país perdió más de 5 millones de hectáreas de bosque⁹⁶, como lo demuestra la siguiente figura.

96 Bolivia. Servicio Nacional de Áreas Protegidas, 2013. Deforestación y regeneración de bosques en Bolivia y en sus áreas protegidas nacionales para los periodos 1990-2000 y 2000-2010, Servicio Nacional de Áreas Protegidas, Museo de Historia Natural Noel Kempff Mercado y Conservación Internacional – Bolivia, La Paz, p. 17.

FIGURA 5. DEFORESTACIÓN Y REGENERACIÓN NATURAL EN BOLIVIA 1990-2010



Fuente: Servicio Nacional de Áreas Protegidas. *Deforestación y regeneración de bosques en Bolivia y en sus áreas protegidas nacionales para los periodos 1990-2000 y 2000-2010*, La Paz, Servicio Nacional de Áreas Protegidas, Museo de Historia Natural Noel Kempff Mercado y Conservación Internacional - Bolivia, 2013.

Se estima que en 2019 la deforestación en Bolivia alcanzó las 135.000 hectáreas, principalmente como producto de incendios provocados con el objeto de ampliar la frontera agrícola⁹⁷. En 2019, el gobierno de Evo Morales profirió un decreto que autorizaba la ampliación del territorio dedicado a la agricultura en la Amazonía boliviana. Este decreto permitiría la deforestación de 4 millones de hectáreas en el departamento amazónico de Bení, donde se ubica el río Madera que provee el 90% del agua del país⁹⁸.

Por su parte, Ecuador cuenta con la mayor tasa de deforestación de Latinoamérica en comparación con su tamaño⁹⁹. Se estima que la tasa promedio

97 Mongabay Latam. Cifras preliminares de deforestación de 2019 revelan tendencias en la Amazonía, 19 de marzo de 2020 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://es.mongabay.com/2020/03/amazonia-cifras-deforestacion-peru-brasil-colombia-bolivia-ecuador-2019/>

98 Mongabay. *Bolivia: polémica norma pone en peligro cuatro millones de hectáreas en la Amazonía*, 25 de julio de 2019 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://es.mongabay.com/2019/07/bolivia-polemica-norma-en-la-amazonia/>

99 El Universo. “Ecuador es el país con la mayor tasa de deforestación de Latinoamérica en comparación con su tamaño, incluso más que Brasil”, 24 de noviembre de 2019 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/11/24/nota/7616396/estado-bosques-nativos-ecuador-deforestacion>

de deforestación asciende a más de 60.000 ha/año¹⁰⁰. Los científicos indican que los principales motores de la deforestación en Ecuador son la minería y la explotación de hidrocarburos¹⁰¹.

Más allá del sombrío panorama que resulta de las experiencias comparadas de los países amazónicos respecto de la lucha contra la deforestación, es posible extraer una conclusión positiva y constructiva de este análisis para el caso de Colombia. La experiencia positiva de Brasil entre 2005 y 2016 nos demuestra que una serie de políticas determinadas puede reducir la deforestación amazónica de forma rápida. Además, las similitudes en los motores y causas subyacentes de la deforestación en los países que comparten el bioma amazónico permiten concluir que hay una alta probabilidad de que las medidas que han demostrado ser efectivas para reducir la deforestación en un país puedan ser efectivas en contextos similares de otros países amazónicos. Esta idea se encuentra respaldada a su vez en las profundas similitudes que existen entre las estrategias de política pública descritas anteriormente en los países del Amazonas, incluyendo a Colombia.

La tipología de problemas de política pública de Hoppe¹⁰² (como se demuestra en el siguiente gráfico) facilita la comprensión del problema de la deforestación del Amazonas en términos del conocimiento científico disponible y del nivel de consenso en torno a los valores y compromisos necesarios para solucionarlo.

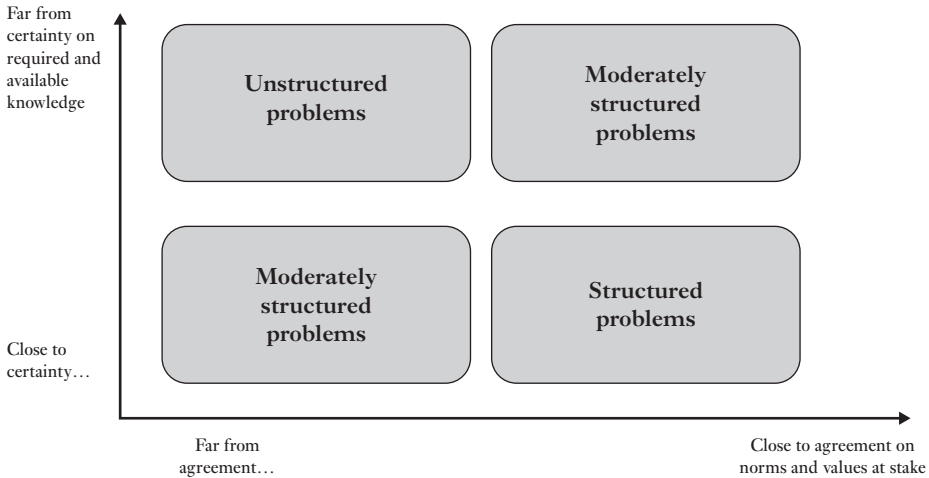
De conformidad con este esquema, podemos afirmar que la deforestación del Amazonas se caracteriza por ser un problema que reviste gran complejidad, pero en el que existe un nivel suficiente de certeza respecto de las medidas necesarias para combatirla. Esto se encuentra acreditado en la literatura evaluada a lo largo del presente documento, y en las experiencias descritas con anterioridad.

100 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura – FAO. El problema de la deforestación en Ecuador, 27 de noviembre de 2013 [en línea] [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <http://www.fao.org/in-action/agronoticias/detail/es/c/513063/>

101 Mongabay. Ecuador. ¿Los instrumentos de conservación tienen impacto sobre la pérdida de los bosques tropicales?, 15 de mayo de 2019 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2019], disponible en: <https://es.mongabay.com/2019/05/deforestacion-estrategias-conservacion-bosques-tropicales-ecuador/>

102 HOPPE, ROBERT. “Institutional constraints and practical problems in deliberative and participatory policy making”, *Policy & Politics*, vol. 39 n.º 2, 2011, p. 169.

FIGURA 6. SIMPLE TYOLOGY OF PROBLEM STRUCTURES



Fuente: HOPPE, ROBERT. “Institutional constraints and practical problems in deliberative and participatory policy making”, *Policy & Politics*, vol. 39 n.º 2, 2011.

Sin embargo, es posible afirmar que no existe un claro consenso político en torno a la priorización de la lucha de la deforestación en el consenso sudamericano. El hecho de que el cambio de gobierno en Brasil haya traído consigo un nuevo crecimiento de la deforestación tras una década de lucha exitosa es tan solo un ejemplo de esta dinámica.

Lo anterior permite caracterizar a la deforestación amazónica como un problema moderadamente estructurado con disenso político¹⁰³ (*moderately structured problems with politically divisive value dissent* – MSP-m, en la terminología de Hoppe). Es decir que la existencia de un conflicto en los objetivos de política pública propuestos por diferentes sectores de la sociedad impide la toma de decisiones sobre los medidas más apropiadas para combatir el problema.

Hasta aquí, el lector ha podido entender la historia de la lucha contra la deforestación amazónica en Colombia, con el conjunto de medidas aprobadas por el gobierno en las últimas décadas, y la injerencia de los jueces en la creación de una política pública participativa de reducción de la deforestación desde la perspectiva de la garantía de derechos fundamentales. Además, se habrá aproximado a las dinámicas de deforestación en los países que comparten el

103 Ibid., pp. 170-171.

bioma amazónico, y al conjunto de estrategias exitosas y fallidas que han sido implementadas para controlar este fenómeno en los últimos años.

En la última parte del presente documento se formularán una serie de recomendaciones de política pública para la lucha contra la deforestación en el caso colombiano.

4. RECOMENDACIONES DE POLÍTICA PÚBLICA PARA LA LUCHA CONTRA LA DEFORESTACIÓN DEL AMAZONAS COLOMBIANO

En el presente acápite se esbozarán 4 recomendaciones de política pública que consideramos fundamentales para la reducción de la deforestación en los años venideros. Es necesario aclarar que la selección del catálogo de recomendaciones responde a criterios de necesidad y viabilidad. Consideramos que las 5 recomendaciones expuestas a continuación permiten combatir al mismo tiempo los motores de la deforestación y sus causas subyacentes. Sin embargo, es claro que estas recomendaciones deben hacer parte de una estrategia intersectorial de lucha contra la deforestación, y por sí solas no pretenden solucionar este complejo fenómeno.

4.1. ESTABLECIMIENTO DE METAS MUNICIPALES DE REDUCCIÓN DE LA DEFORESTACIÓN

Como fue expuesto anteriormente, en el Plan Nacional de Desarrollo 2018–2022 el gobierno estableció la meta nacional de reducción de la deforestación en un 30% respecto de las proyecciones de crecimiento fijadas a partir de la línea base de 2010. Sin embargo, actualmente no existen metas regionales o municipales de reducción de la deforestación.

El establecimiento de metas municipales es crucial para la lucha contra la deforestación, pues permite focalizar los recursos en los principales focos de deforestación. Según los reportes oficiales del IDEAM, el 50% de la deforestación a nivel nacional se concentra en tan solo 7 municipios de la región amazónica¹⁰⁴, al tiempo que tan solo 15 municipios en 6 departamentos concentran el 70% de la deforestación de todo el país¹⁰⁵.

104 Colombia. IDEAM. Resultados Monitoreo de la Deforestación 2018, cit.

105 Se trata de los municipios de San Vicente del Caguán, La Macarena, Cartagena del Chairá,

Por lo anterior, es necesario que el gobierno nacional, en conjunto con los municipios amazónicos, establezca una serie de metas municipales de reducción de la deforestación a partir de las cuales se prevean las estrategias y recursos necesarios en cada contexto.

4.2. CREACIÓN DE UN PLAN DE TRANSPORTE MULTIMODAL CON ÉNFASIS EN EL POTENCIAL FLUVIAL DEL AMAZONAS COLOMBIANO

Numerosas fuentes indican que la apertura de vías informales es determinante como incentivo a la deforestación amazónica. La existencia de vías como la denominada “Marginal de la Selva” es señalada por las corporaciones autónomas como un motor de la deforestación en estos territorios¹⁰⁶.

Sin embargo, la Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques no prevé ninguna estrategia encaminada al control de la expansión de vías terrestres en el Amazonas, ni la estructuración de un plan de transporte multimodal para la región. El programa Visión Amazonía enumera como uno de los retos de articulación del mismo la generación de un plan de transporte multimodal para el Amazonas que minimice el impacto sobre la deforestación, pero este plan no ha sido desarrollado en ninguna norma o estrategia adicional.

Por su parte, en las bases del PND 2018–2022 se prevé la construcción del primer puerto fluvial multimodal en el Vichada para el año 2032, pero se encuentra incluido en el “Pacto Región Llanos–Orinoquía”¹⁰⁷ sin ninguna referencia a la deforestación amazónica. Posteriormente hay una referencia aislada, en el componente de pueblos indígenas, a la necesidad de concertar con las comunidades amazónicas las medidas necesarias para la “rehabilitación de la infraestructura fluvial de la Amazonía colombiana”¹⁰⁸.

San José del Guaviare, Calamar, El Retorno, Puerto Guzmán, Mapiripán, Solano, Uribe, Cumaribo, Puerto Rico, Tibú, Vistahermosa y Puerto Leguizamó, en los departamentos de Caquetá, Meta, Guaviare, Putumayo, Vichada y Norte de Santander.

106 Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico – CDA. Plan de Acción para el control de la deforestación Sentencia 4360 de 2018, cit., p. 32

107 Colombia. Gobierno de Colombia. Bases del Plan Nacional del Desarrollo 2018–2022, cit., p. 1248.

108 *Ibid.*, p. 922.

La consolidación de un plan de transporte multimodal con énfasis en el transporte fluvial es fundamental para facilitar el desarrollo sostenible de la Amazonía colombiana y reducir así los incentivos a la construcción de vías terciarias a lo largo y ancho de la selva que promueven la deforestación. Como lo resalta el PND 2018–2022, las cuencas de los ríos Orinoco y Amazonas concentran el 68% de los kilómetros navegables de todo el país, pero su potencial está desaprovechado en la actualidad¹⁰⁹. Además, el río Putumayo actualmente transporta cerca del 6% de la carga fluvial del país, aunque las proyecciones gubernamentales indican que podría llegar a transportar el 20% de la carga del país de ser utilizado correctamente¹¹⁰.

Por todo lo anterior, el gobierno nacional debe articular este plan de transporte multimodal dentro del conjunto de estrategias de reducción de la deforestación amazónica. Este plan es un elemento necesario, pero hasta el momento ausente, de una estrategia integral de desarrollo sostenible libre de deforestación para la región amazónica.

4.3. ESTABLECIMIENTO DE CADENAS DE COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOR INICIAL A CONSUMIDOR FINAL CON CONDICIONES DE TRAZABILIDAD

Al estudiar los componentes de la Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques mencionamos que una de las metas de la segunda línea estratégica, “Desarrollo de una economía forestal y cierre de la frontera agropecuaria”, era la suscripción de acuerdos de cero deforestación con cadenas de producción agropecuaria y forestales. Hasta el momento se han firmado 4 acuerdos de este tipo con las cadenas de producción de lácteos, cacao, carne bovina y aceite de palma. En estos acuerdos los representantes del gobierno y el sector privado establecieron una serie de compromisos para garantizar que las actividades productivas de las respectivas cadenas no tuvieran lugar en áreas deforestadas.

En las bases del PND 2018–2022 el gobierno nacional se comprometió a implementar estos 4 acuerdos de cero deforestación¹¹¹. Además, en la Estrategia Integral se estableció la meta de suscribir otros 4 acuerdos de cero deforestación

109 *Ibid.*, p. 1230.

110 *Ibid.*

111 *Ibid.*, p. 485.

con las cadenas de producción de café, frutales de clima frío, cereales y construcción entre 2021 y 2024^[112].

Aunque estos acuerdos prevén el establecimiento de mecanismos de trazabilidad, es necesario hacer hincapié en la importancia de estos mecanismos para el logro de cadenas de producción libres de deforestación y el control de las economías ilegales del territorio amazónico. Diversos estudios destacan que la falta de transparencia y trazabilidad de las cadenas de producción de los *commodities* agrícolas limita la supervisión del cumplimiento de los compromisos empresariales¹¹³. Además, estos instrumentos de trazabilidad de los productos comercializados a lo largo de la cadena de producción incrementan la efectividad de otras estrategias de lucha contra la deforestación como el catastro multipropósito y la zonificación ambiental, tal como lo demuestra la experiencia brasileña¹¹⁴.

En el caso colombiano es importante tener en cuenta que los gremios que suscribieron los acuerdos de cero deforestación con el gobierno nacional no representan a una gran mayoría de productores. A menudo son estos productores de mediana y pequeña escala quienes desarrollan sus actividades productivas en áreas deforestadas en las zonas más alejadas del país. Por esta razón, el gobierno debe implementar los mecanismos de trazabilidad a lo largo de toda la cadena de producción (incluyendo retailers y vendedores finales), y no solo en el nivel de los productores de materias primas¹¹⁵.

112 Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Bosques, territorios de vida*, cit., p. 197.

113 NYDF Assessment Partners. *Improving Governance to Protect Forests: Empowering People and Communities, Strengthening Laws and Institutions – New York Declaration on Forests Goal 10 Assessment Report*. Coordinated by Climate Focus with support from the Climate and Land Use Alliance, 2018, p. 9 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: https://climatefocus.com/sites/default/files/NYDF%20report%202018_o.pdf

114 Tropical Forest Alliance 2020. *Impacts of Supply Chain Commitments on the Forest Frontier*, 2018, p. 32 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://climatefocus.com/sites/default/files/20180626%20WP2%20Report.pdf>

115 HAUPT, FRANZISKA; STRECK, CHARLOTTE; BAKHTARY, HASEEBULLAH; BEHM, KATHARINA; KROEGER, ALAN y SCHULTE, INGRID. *Zero-deforestation Commodity Supply Chains by 2020: Are We on Track?*, Background Paper prepared for the Prince of Wales' International Sustainability Unit, 2018, p. 14 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://climatefocus.com/sites/default/files/20180123%20Supply%20Chain%20Efforts%20-%20Are%20We%20On%20Track.pdf.pdf>

Por todo lo anterior, es necesario que el gobierno colombiano profundice y amplíe el impacto de los mecanismos de trazabilidad para asegurar que las cadenas de producción de la región amazónica estén libres de deforestación.

4.4. ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS GRANDES ACAPARADORES DE TIERRAS Y RESPONSABLES DE LA DEFORESTACIÓN AMAZÓNICA

En los primeros meses de 2019, el gobierno de Iván Duque anunció el lanzamiento de la campaña “Artemisa”, una estrategia dirigida a controlar la tala ilegal de bosques en áreas de parques nacionales. Esta estrategia consiste en una serie de operativos de la fuerza pública en los parques nacionales en aras de capturar a los responsables de crímenes contra el medio ambiente, en particular la tala ilegal¹¹⁶.

Según fuentes oficiales, esta estrategia ha logrado recuperar 5.300 hectáreas de parques naturales a nivel nacional, en 224 operaciones, en los departamentos de Putumayo, Caquetá y Guaviare¹¹⁷. Sin embargo, algunas organizaciones sociales han realizado denuncias contra estos operativos, alegando que el uso de la fuerza pública ha derivado en abusos contra campesinos que han ocupado predios que inicialmente no se encontraban dentro de los límites de las áreas protegidas, pero que recientemente fueron incluidos en parques nacionales sin ningún tipo de consulta¹¹⁸.

Por otro lado, en la actualidad no existe una estrategia articulada de lucha contra el acaparamiento de tierras, ni es posible identificar una sola meta en el programa Visión Amazonía o en la Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques que busque controlar el fenómeno de acaparamiento de tierras en el Amazonas. El PND 2018–2022 prevé que el

116 Semana Sostenible. “Presidente Duque lanza gran ofensiva contra la deforestación en Colombia”, 28 de abril de 2019 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/actualidad/articulo/presidente-duque-lanza-gran-ofensiva-contra-la-deforestacion-en-colombia/43976>

117 Asuntos Legales. “‘Artemisa’, la campaña más grande en contra de la deforestación del Min-Defensa”, 25 de febrero de 2020 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/artemisa-la-campanas-mas-grande-en-contra-de-la-deforestacion-que-lleva-el-ministerio-de-defensa-y-ambiente-2969214>

118 Comisión Colombiana de Juristas. Arrasar y desplazar para conservar, 7 de mayo de 2019 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: https://www.coljuristas.org/nuestro_quehacer/item.php?id=213

Ministerio de Justicia deberá facilitar la aprobación de las normas y procedimientos que faciliten la judicialización de los grupos ilegales responsables de la deforestación amazónica, pero no hay una meta clara de lucha contra este fenómeno.

Por lo anterior, es necesario que el gobierno desarrolle una estrategia articulada conjuntamente con la fuerza pública, la Fiscalía General de la Nación y las corporaciones autónomas regionales (CAR) con presencia en la Amazonía. Esta estrategia debe estar dirigida a la persecución de los grandes acaparadores de tierras, que son el principal motor de la deforestación¹¹⁹, en departamentos como el Guaviare, y la captura y judicialización de aquellos empresarios que pagan a los colonos por cada hectárea deforestada¹²⁰.

Finalmente, es necesario resaltar que la efectividad de una estrategia de este tipo requiere del fortalecimiento de las CAR con presencia en la región amazónica, pues en la actualidad es evidente su incapacidad para luchar contra este fenómeno en un terreno tan vasto. Por mencionar tan solo un ejemplo, la CDA con presencia en el Guaviare solo cuenta con 11 funcionarios para vigilar una zona de 53.000 km² de bosque, muchos de los cuales han sido objeto de amenazas o han sido asesinados en el pasado por grupos ilegales¹²¹.

Las 4 recomendaciones de política pública expuestas con anterioridad deben ser entendidas como un complemento de las estrategias de reducción de la deforestación descritas en la primera parte del presente texto. Existe muchas otras iniciativas relativas al fortalecimiento de la economía forestal como modelo de desarrollo de la Amazonía a través de líneas de crédito de origen gubernamental, la promoción de la acuicultura como actividad predominante que genere riqueza en la región por medio de la conservación de

119 Caracol Radio. El acaparamiento de tierras, la mayor amenaza frente a la deforestación. 30 de agosto de 2019 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: https://caracol.com.co/radio/2019/08/31/nacional/1567209408_650303.html

120 El Tiempo. “‘En la Amazonia colombiana hay un negocio de tierras muy complejo’, José Yunis, de Visión Amazonía, respondió a los cuestionamientos que se le hicieron al programa”, 15 de abril de 2019 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://www.eltiempo.com/vida/medio-ambiente/jose-yunis-habla-sobre-deforestacion-en-la-amazonia-colombiana-350068>

121 Semana Sostenible. “11 funcionarios en 53.000 kilómetros: la debilidad del Estado para contener la deforestación en el Guaviare”, 21 de diciembre de 2017 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/deforestacion-en-la-amazonia-seis-funcionarios-tienen-que-controlar-53000-kilometros/39229>

las especies nativas, o la comercialización de especies frutales nativas de la Amazonía como el azaí, el copoazú o el arazá, entre otras. Todas estas son iniciativas complementarias que por limitaciones de tiempo y espacio no han sido desarrolladas en este trabajo.

CONCLUSIONES

La presente investigación se planteó como objetivo abordar el problema de la deforestación del Amazonas colombiano desde la perspectiva de las políticas públicas existentes en el país. A partir del recuento de las estrategias adoptadas en las últimas décadas, el análisis de la sentencia STC 4360 de la Corte Suprema de Justicia y la experiencia comparada de los países que comparten el bioma amazónico, el texto brinda al lector un diagnóstico de este complejo fenómeno. Además, las recomendaciones de política pública elaboradas anteriormente pretenden fomentar la discusión en torno a las estrategias que debe implementar el gobierno colombiano para asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de protección de bosques y reducción de emisiones de GEI.

A partir de estos componentes descriptivos y propositivos es posible extraer algunas conclusiones. Una primera es que el gobierno de Colombia ha demostrado una preocupación creciente por los impactos de la deforestación amazónica en las últimas décadas. El ciclo de atención pública de Downs, en los términos expuestos, permite sugerir que hemos pasado de una etapa de indiferencia ante el problema a una etapa de descubrimiento y preocupación en la que la comprensión de los costos y las estrategias necesarias para combatir la deforestación dominan la opinión pública y están presentes en los instrumentos principales de planificación del gobierno. Es razonable afirmar que nos encontramos en una etapa decisiva de la lucha contra la deforestación, por lo que la academia debe esforzarse por someter al debate público las actuaciones gubernamentales en torno a este fenómeno.

En segundo lugar, es importante resaltar el hito marcado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela STC 4360. En esta decisión, la Corte redefinió el problema de la deforestación amazónica en términos de la vulneración de derechos fundamentales previstos en la Constitución Política y el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia. Sin duda, este ejercicio constituye un impulso significativo al actuar estatal en torno a este fenómeno, aunque sus efectos definitivos sobre la política

pública, especialmente en su componente participativo, serán definidos en los próximos meses.

En tercer lugar, la experiencia comparada de los países que comparten el bioma amazónico en la lucha contra la deforestación constituye un insumo fundamental para el análisis de las estrategias adoptadas por el gobierno colombiano en los últimos años. El hecho de que el gobierno brasileño demostrara la efectividad de un conjunto de medidas para reducir la deforestación en unos pocos años es prueba de que las mayores dificultades de la lucha contra la deforestación no se derivan de la falta de conocimiento científico sobre las soluciones adecuadas, sino de la falta de consenso en torno a los objetivos de una política pública de preservación y aprovechamiento sostenible del bioma amazónico.

Finalmente, el conjunto de recomendaciones expuestas en el último acápite del presente texto busca complementar el universo de estrategias adoptadas por el gobierno colombiano hasta la actualidad. En este sentido, el establecimiento de metas municipales de reducción de la deforestación; la aprobación de un plan de transporte multimodal para el desarrollo de la Amazonía; el establecimiento de cadenas de comercialización de productor inicial a consumidor final con condiciones de trazabilidad; y la puesta en marcha de una estrategia de investigación y persecución de los grandes acaparadores de tierras y responsables de la deforestación amazónica, son complementos que consideramos necesarios para la efectividad de las estrategias gubernamentales.

La deforestación amazónica, como principal generador de emisiones de GEI en Colombia, debe ser un objetivo prioritario de la política gubernamental nacional. Sin embargo, el cumplimiento de estos objetivos requiere del consenso político y de la articulación intersectorial a todos los niveles, como parte de una estrategia más amplia de desarrollo sostenible de una región olvidada de la política nacional. Una región que despierta con la terminación del conflicto armado, y ante el abandono estatal recurre a la destrucción de la selva como fuente de riqueza, sin los incentivos necesarios para darse cuenta de que la prosperidad de la región está ligada inexorablemente a la conservación de la selva.

REFERENCIAS

- ACOSTA ALVARADO, PAOLA A. y RIVAS-RAMÍREZ, DANIEL. “A Milestone in Environmental and Future Generations’ Rights Protection: Recent Legal Developments before the Colombian Supreme Court”, *Journal of Environmental Law*, 30, 2018.

- ALSTON, LEE y MUELLER, BERNARDO. “Legal Reserve Requirements in Brazilian Forests: Path Dependent Evolution of De Facto Legislation”, *Revista Economía*, 8, 4, 2007.
- Bolivia. Servicio Nacional de Áreas Protegidas. *Deforestación y regeneración de bosques en Bolivia y en sus áreas protegidas nacionales para los periodos 1990-2000 y 2000-2010*, Servicio Nacional de Áreas Protegidas, Museo de Historia Natural Noel Kempff Mercado y Conservación Internacional - Bolivia, 2013.
- Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes n.º 2834, Bogotá, 1996, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Normativa/Políticas/555_politica_de_bosques.pdf
- Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Conpes n.º 3700, Bogotá, 2011, disponible en: <http://capacitacion.siac.ideam.gov.co/SIAC/Conpes3700.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2008. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC 4360-2018, rad. 110001-22-03-000-2018-00319-01, 5 de abril de 2018. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.
- Colombia. Gobierno de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Bases del Plan Nacional del Desarrollo 2018-2022. Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad.
- Colombia. Gobierno de Colombia. Contribución Prevista y Determinada a Nivel Nacional. 2015, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/cambioclimatico/pdf/colombia_hacia_la_COP21/INDC_espanol.pdf
- Colombia. IDEAM. Estrategia Integral de Control de la Deforestación: Actualización de Cifras de Monitoreo de Bosques 2016, disponible en: <http://www.ideam.gov.co/documents/24277/o/Presentaci%09n+Estrategia+Integral+de+Control+a+la+Deforestaci%09n/173f79bf-3e68-4cbc-9387-80123d09b5e2>
- Colombia. IDEAM. Resultados Monitoreo de la Deforestación 2017, Bogotá, 2018, disponible en: http://www.ideam.gov.co/documents/24277/72115631/Actualizacion_cifras2017+FINAL.pdf/40bc4bb3-370c-4639-91ee-e4c6cea97a07

- Colombia. IDEAM. Resultados Monitoreo de la Deforestación 2018, Bogotá, disponible en: http://www.ideam.gov.co/documents/24277/91213793/Actualizacion_cifras-2018FINALDEFORESTACION.pdf/80b719d7-1bf6-4858-8fd3-b5ce192a2fdc
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Cartilla Resumen del Programa Visión Amazonía, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/Atencion_y_participacion_al_ciudadano/consultas_publicas_2015/viceministerio/Resumen-VisionAmazonia-WEB.pdf
- Colombia. Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Bosques, territorios de vida. Estrategia Integral de Control a la Deforestación y Gestión de los Bosques*, disponible en: https://www.minambiente.gov.co/images/Estrategia_Integral_de_control_a_la_Deforestacion_y_Gestion_de_los_Bosques.pdf
- Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área Manejo Especial la Macarena – Cormacarena. Plan de Acción Institucional 2020-2023. Somos Vida Somos Meta [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: http://www.cormacarena.gov.co/bringdata.php?tp=5&contenido_in=58&titulo=PLAN%20DE%20ACCI%D3N
- Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico – CDA. Plan de Acción para el control de la deforestación Sentencia 4360 de 2018. Corte Suprema de Justicia. Inírida, 17 de agosto de 2018 [en línea], [consultado el 16 de mayo de 2020], disponible en: <https://cda.gov.co/apc-aa-files/62333031323138353938373665323335/plan-de-accion-para-el-control-de-la-deforestacion-sentencia-4360-de-2018.pdf>
- DOWNS, ANTHONY. “Up and down with ecology: the ‘issue-attention’ cycle”, *The Public Interest*, 28, 1972, pp. 38-50.
- FAO. *The State of the World’s Forests*, 2018 [consultado el 25 de abril de 2020], disponible en: <http://www.fao.org/state-of-forests/en/>
- GARCÍA ROMERO, HELENA. *Deforestación en Colombia: retos y perspectivas*, Fedesarrollo [consultado el 29 de abril de 2020], disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/64e3/e658271cb0c008a87ab3176079b7e9a51b66.pdf>
- GEIST, HELMUT y LAMBIN, ERIC. “Proximate Causes and Underlying Driving Forces of Tropical Deforestation”, *BioScience*, 52, 2, 2002, pp. 143-150.
- GIBBS, HOLLY; RAUSCH, LISA; MUNGER, J.; SCHELLY, IAN; MORTON, DOUGLAS; NOOJIPADY, PRAVEEN; SOARES-FILHO, BRITALDO; BARRETO, PAULO; MICOL, L. y WALKER, N. F. “Brazil’s Soy Moratorium”, *Science* 347(6220), 2015.

GONZÁLEZ, JOSÉ JULIÁN y YEPES, ADRIANA (eds.). *Caracterización de las principales causas y agentes de deforestación a nivel nacional período 2005-2015*, Bogotá, IDEAM, 2018.

GONZÁLEZ, JOSÉ JULIÁN y YEPES, ADRIANA (eds.). *Caracterización de las principales causas y agentes de deforestación a nivel nacional período 2005-2015*, Bogotá, IDEAM, 2018.

HAUPT, FRANZISKA; STRECK, CHARLOTTE; BAKHTARY, HASEEBULLAH; BEHM, KATHARINA; KROEGER, ALAN y SCHULTE, INGRID. *Zero-deforestation Commodity Supply Chains by 2020: Are We on Track?*, Background Paper prepared for the Prince of Wales' International Sustainability Unit. 2018 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://climatefocus.com/sites/default/files/20180123%20Supply%20Chain%20Efforts%20-%20Are%20We%20On%20Track.pdf>

HOPPE, ROBERT. "Institutional constraints and practical problems in deliberative and participatory policy making", *Policy & Politics*, vol. 39 n.º 2, 2011, pp. 163-186.

Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). Response Strategies Work Group (RSWG). *Proceedings of the Conference on Tropical Forestry Response Options to Global Climate Change*, 9-11 de enero de 1990, Universidad de Sao Paulo, 13, disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=ITnxAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

MOUTINHO, PAULO; GUERRA, RAISA y AZEVEDO-RAMOS, CLAUDIA. "Achieving zero deforestation in the Brazilian Amazon: What is missing?", *Elem. Sci. Anth.*, 4, 000125, 2016.

NEPSTAD, DANIEL; MCGRATH, DAVID; STICKLER, CLAUDIA; ALENCAR, ANE; AZEVEDO, ANDREA; SWETTE, BRIANA; BEZERRA, TATHIANA; DIGIANO, MARIA; SHIMADA, JOÃO; SEROA DA MOTTA, RONALDO; ARMIJO, ERIC; CASTELLO, LEANDRO; BRANDO, PAULO; HANSEN, MATT C.; MCGRATH-HORN, MAX; CARVALHO, OSWALDO y HESS, LAURA. "Slowing Amazon deforestation through public policy and interventions in beef and soy supply chains", *Science* 344 (6188), 2014.

NYDF Assessment Partners. *Improving Governance to Protect Forests: Empowering People and Communities, Strengthening Laws and Institutions – New York Declaration on Forests Goal 10 Assessment Report*. Coordinated by Climate Focus with support from the Climate and Land Use Alliance, 2018 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: https://climatefocus.com/sites/default/files/NYDF%20report%202018_o.pdf

OMETTO, JEAN P.; SOUSA-NETO, ERÁCLITO y TEJADA, GRACIELA. "Land Use, Land Cover and Land Use Change in the Brazilian Amazon (1960-2013)", en NAGY, LASZLO;

- FORSBERG, BRUCE y ARTAXO, PAULO, *Interactions between Biosphere, Atmosphere and Human Land Use in the Amazon Basin*, Ecological Studies (Analysis and Synthesis), vol. 227, Springer, Berlín y Heidelberg, 2016.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). Situación de los bosques del mundo, 1995, Parte 2, disponible en: <http://www.fao.org/3/x6955s/X6955Soo.htm#TOC>
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura – FAO. El problema de la deforestación en Ecuador, 27 de noviembre de 2013, disponible en: <http://www.fao.org/in-action/agronoticias/detail/es/c/513063/> (consultado el 17 de mayo de 2020).
- PREM, MOUNU; SAAVEDRA, SANTIAGO y VARGAS, JUAN. “End-of-conflict Deforestation: Evidence from Colombia’s Peace Agreement”, *World Development*, vol. 129, 2020, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3306715>
- RAVIKUMAR, A.; SEARS, R. R.; CRONKLETON, P.; MENTON, M. y PÉREZ-OJEDA DEL ARCO, M. *¿Es la agricultura de pequeña escala realmente el impulsor principal de la deforestación en la Amazonía peruana?: más allá de la narrativa predominante*, Bogor, Indonesia, CIFOR, 2016.
- REVELO-REBOLLEDO, JAVIER. “The Political Economy of Amazon Deforestation: Sub-national Development and the Uneven Reach of the Colombian State”, *Publicly Accesible Penn Dissertations*, 3511, 2019, disponible en: <https://repository.upenn.edu/edissertations/3511>
- ROJAS BRICEÑO, N. B.; BARBOZA CASTILLO, E.; MAICELO QUINTANA, J. L.; OLIVA CRUZ, S. M. y SALAS LÓPEZ, R. “Deforestación en la Amazonía peruana: Índices de cambios de cobertura y uso del suelo basado en SIG”, *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 81, 2538, 2019, pp. 1-34.
- RUEDA, XIMENA; VÉLEZ, MARÍA ALEJANDRA; MOROS LINA y RODRÍGUEZ, LUZ ÁNGELA. “Beyond proximate and distal causes of land-use change: linking Individual motivations to deforestation in rural contexts”, *Ecology and Society*, 24, 1, 4, 2019.
- SOARES-FILHO, BRITALDO; MOUTINHO, PAULO; NEPSTAD, DANIEL; ANDERSON, ANTHONY; RODRIGUES, HERMANN; GARCIA, RICARDO; DIETZSCH, LAURA; MERRY, FRANK; BOWMAN, MARIA; HISSA, LETÍCIA; SILVESTRINI, RAFAELLA y MARETTI, CLÁUDIO. “Role of Brazilian Amazon protected areas in climate change mitigation”, *PNAS*, 107, 24, 2010, pp. 10821-10826.

Tropical Forest Alliance 2020. Impacts of Supply Chain Commitments on the Forest Frontier, 2018 [en línea], [consultado el 17 de mayo de 2020], disponible en: <https://climatefocus.com/sites/default/files/20180626%20WP2%20Report.pdf>

WALKER, ROBERT; MOORE, NATHAN; ARIMA, EUGENIO; PERZ, STEPHEN; SIMMONS, CYNTHIA; CALDAS, MARCELLUS; VERGARA, DANTE y BOHRER, CLAUDIO. "Protecting the Amazon with protected areas", *PNAS*, 106, 26, 2009, pp. 10582-10586.

WEISSE, MIKAELA y DOW GOLDMAND, ELIZABETH. *The World Lost a Belgium-sized Area of Primary Rainforests Last Year*, World Resources Institute, 25 de abril de 2019 [consultado el 23 de abril de 2020], disponible en: <https://www.wri.org/blog/2019/04/world-lost-belgium-sized-area-primary-rainforests-last-year>

WLEZIEN, CHRISTOPHER. "The Public as Thermostat: Dynamics of Preferences for Spending", *American Journal of Political Science*, vol. 39, n.º 4, 1995, pp. 981-1000.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en diciembre de 2020

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 11,5 puntos
y se imprimió sobre papel Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem

La emergencia climática es, sin duda alguna, el desafío más importante de nuestra era. Pese a las reiteradas alertas de la comunidad científica, el compromiso global ha resultado insuficiente para impulsar la transformación que se impone ante este escenario.

El propósito de esta obra es contribuir a la definición del camino que permitirá pasar del discurso a la acción climática en la próxima década. Para ello, los y las autoras analizan algunos sectores en los que los cambios deben ser adoptados en forma urgente, tales como la energía, la inversión extranjera, la producción de alimentos y las políticas de recuperación económica de la pospandemia; abordan el rol de actores centrales de la transformación, como los pueblos indígenas, los defensores ambientales, los tribunales ambientales y las empresas; exploran estrategias jurídicas para promover cambios profundos desde las herramientas del derecho internacional humanitario, las compras públicas, las licencias ambientales, los acuerdos comerciales internacionales y la gobernanza climática global; finalmente, evalúan el potencial transformador de tendencias recientes como las relativas al litigio climático y los derechos de la naturaleza, en cuanto mecanismos para llevar la justicia climática a la práctica.

En suma, presentamos ante la academia, la comunidad internacional y la sociedad civil un conjunto de reflexiones y propuestas que contribuyen al debate y a la acción colectiva en torno a la problemática abordada, no con el ánimo de cerrar las discusiones sino, muy por el contrario, con la pretensión de auscultar y contribuir a mejorar las estrategias de lucha contra la emergencia climática.

