

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
UFMG - UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULTAD DE DERECHO/POSGRADO**

**GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS**

**PROTECCIÓN A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,  
CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA), CULTURA JURÍDICA Y  
CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO**

*Modelo deliberativo de aplicación e implementación de los  
DESCA a partir del estudio de caso del derecho al agua en  
Colombia y de los desafíos para su aplicación en Brasil*

**Belo Horizonte/Bogotá**

**Octubre/2019**

**GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS**

**PROTECCIÓN A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,  
CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA), CULTURA JURÍDICA Y  
CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO**

*Modelo deliberativo de aplicación e implementación de los  
DESCA a partir del estudio de caso del derecho al agua en  
Colombia y de los desafíos para su aplicación en Brasil*

**Tesis presentada al Posgrado en Derecho de la  
Universidad Externado de Colombia, en cotutela  
internacional con la Universidad Federal de Minas  
Gerais - UFMG, para la obtención del título de  
Doctor en Derecho**

**Directores: Carlos Bernal Pulido (Universidad  
Externado de Colombia) y Thomas da Rosa de  
Bustamante (UFMG)**

**Belo Horizonte/Bogotá**

**Octubre/2019**

BORGES DE FREITAS, Graça Maria

PROTECCIÓN A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA), CULTURA JURÍDICA Y CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO: Modelo deliberativo de aplicación e implementación de los DESCA a partir del estudio de caso del derecho al agua en Colombia y de los desafíos para su aplicación en Brasil / Graça Maria Borges de Freitas – Bogotá / Belo Horizonte, 2019.

563 f.

Director: Carlos Libardo Bernal Pulido.

Codirector: Thomas da Rosa de Bustamante.

Tesis (Doctorado - Doctorado en Derecho) - Universidad Externado de Colombia / Universidade Federal de Minas Gerais, 2019.

1. Constitucionalismo dialógico. 2. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). 3. Cultura jurídica. 4. Corte Constitucional colombiana. 5. Supremo Tribunal Federal. I. Bernal Pulido, Carlos Libardo. II. Da Rosa de Bustamante, Thomas. III. Título.

**GRAÇA MARIA BORGES DE FREITAS**

**PROTECCIÓN A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES,  
CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA), CULTURA JURÍDICA Y  
CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO**

*Modelo deliberativo de aplicación e implementación de los  
DESCA a partir del estudio de caso del derecho al agua en  
Colombia y los desafíos para su aplicación en Brasil*

**Bogotá, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019**

**Miembros del Jurado:**

---

---

---

---

---

---

---

## **Agradecimientos**

Hay siempre mucha gente a quien darle las gracias cuando se termina una tesis de doctorado, y siempre hay riesgo de olvidar nombres importantes. Por ese motivo, no nombraré a todos los que ayudaron directa o indirectamente en el resultado de este trabajo; sin embargo, no puedo dejar de mencionar a algunos de ellos.

En primer lugar, registro un especial agradecimiento a los directores de tesis, Carlos Bernal Pulido y Thomas da Rosa de Bustamante, por la paciencia, rigurosidad y, al mismo tiempo, flexibilidad para permitir una investigación orientada por la mirada de una jurista del campo de la práctica.

Agradezco a los profesores y profesoras de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), por las valiosas lecciones y por las contribuciones para la tesis. También, a los compañeros y compañeras de la XIII promoción del Doctorado, por las contribuciones y críticas al trabajo y por la amistad sincera.

Agradezco la inestimable ayuda de la Dirección del Doctorado y de su Coordinación, a cargo de los profesores Édgar Cortés y Julia Rodríguez, siempre atentos a las demandas de los alumnos, para suplirles los materiales y recursos necesarios para la investigación. Lo mismo con relación al Instituto Carlos Restrepo Piedrahita, y a su bibliotecaria Hiomara Vargas y demás funcionarios, por la ayuda en las consultas bibliográficas y por el espacio cedido para la escritura de algunos capítulos de la tesis.

También agradezco, en Colombia, a la familia que me acogió, especialmente a Anna y María José Van Brackel, por la compañía, los cuidados materno y fraternal y por haberme presentado a Colombia con los ojos de quien vive en el país, ama a esa tierra y confía en un futuro mejor para todos.

Agradezco a los profesores de la Universidad de Alicante, en España, especialmente a los profesores Manuel Atienza y Josep Aguiló Regla y a la profesora Isabel Lifante, por haberme acogido durante la estancia en aquella casa y por las valiosas sugerencias para la tesis. También a la Escuela Judicial Española, con sede en Barcelona, y a L'Ecole Nationale de la Magistrature de Francia, con sede en París, por haberme recibido en sus bibliotecas durante mi estancia en el exterior, para la investigación bibliográfica sobre los temas relacionados con la cultura jurídica y la deliberación judicial.

Agradezco a la Secretaría del Posgrado de la Facultad de Derecho de la UFMG y a la Dirección de Relaciones Internacionales de la misma universidad, por la inestimable colaboración en los trámites del convenio de cotutela y en la orientación en cuanto al cumplimiento de los requisitos del convenio en el ámbito de esa universidad.

Agradezco al Tribunal Regional del Trabajo de la Tercera Región, en Minas Gerais-Brasil, por el permiso de estudios; por el apoyo de su Escuela Judicial, a la que entrego el producto del esfuerzo personal e institucional de la investigación; a los colegas jueces y magistrados del Trabajo, pacientes interlocutores de la tesis, y a los funcionarios del Juzgado Laboral de Ouro Preto, en Minas Gerais, por el sincero interés en acompañar los avances de la investigación y por enfrentar los problemas concretos de los hechos que justificaron la elección de su objeto.

Registro el competente trabajo del revisor de estilo, Sérgio Gomez, fundamental para adecuar el texto escrito a la norma culta del español y al estilo de lenguaje colombiano, con absoluto respeto a las ideas originales de la autora.

Agradezco, finalmente, a mi familia, especialmente a mi mamá, mi hija, mi nieto y mi nieta, por el cariño y las contribuciones concretas a esta investigación. A mi hija, Graziela Freitas Dourado, le agradezco por haberme presentado a los estudios sobre “sistematización de experiencias”, muy utilizados en el campo de

la educación, de la agroecología y del medio ambiente en Brasil. A mi nieto, Cauã Dourado Marlière, por las preguntas inteligentes sobre lo que escribía la abuela mientras no podía jugar con él. A mi mamá, Angélica, le agradezco por la compañía y los cuidados siempre presentes, y a mi nieta, Tainá, por su alegría contagiosa.

A los amigos, profesores del campo de los derechos humanos y a los distintos interlocutores de la tesis en Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, Argentina y Uruguay, también les doy mi agradecimiento, por la paciencia al escuchar las digresiones de quien está sumergido en su objeto de investigación.

*A ellos<sup>1</sup>,  
a los que llegan,  
a los que resisten  
y a aquellos que, tal vez, no puedan esperar.*

---

<sup>1</sup> Ver anexo I de la tesis: Epílogo. “Dedicatoria de una experiencia académica, consciente de su historicidad, a los que llegan, a los que resisten y a aquellos que, tal vez, no puedan esperar”.



## Sumario

<b>Agradecimientos</b>	i
<b>Dedicatoria</b>	iv
<b>Lista de gráficos, tablas y figuras</b>	xi
<b>Resumen</b>	xii
<b>Abstract</b>	xv
<b>Introducción. El método de trabajo</b>	1
<b>A. Justificación, delimitación del objeto y definición del problema</b>	1
<b>B. Hipótesis</b>	4
<b>C. Objetivos de la investigación</b>	6
<b>C.1. Objetivo general</b>	7
<b>C.2. Objetivos específicos</b>	8
<b>D. Aspectos metodológicos</b>	10
<b>PARTE I – EL DESAFÍO DEMOCRÁTICO: El derecho al agua es contramayoritario</b>	21
<i>La importancia de la cultura jurídica y de las prácticas institucionalizadas para la efectividad de un modelo deliberativo democrático e incluyente de protección a los derechos fundamentales</i>	
<b>CAPÍTULO 1. Los DESCA, su relación con el constitucionalismo y la democracia y el contexto de comparación entre Brasil y Colombia</b>	22
<b>1.1. Constitucionalismo vs. democracia: ¿se justifica oponer los dos conceptos? Eligiendo un camino intermedio</b>	23
<b>1.2. Los DESCA, sus garantías, las objeciones a su judicialización y los temas pendientes del debate para su efectividad</b>	29

<b>1.2.1. Los DESCAs, la garantía de acceso a la justicia, las principales críticas a la justiciabilidad de los derechos sociales y sus objeciones</b>	<b>34</b>
<b>1.2.2. El constitucionalismo dialógico, multinivel y democrático. La construcción de un modelo deliberativo a partir de teorías dialógicas y de la sistematización de la experiencia colombiana</b>	<b>47</b>
<b>1.2.3. Una visión amplificadora del concepto de diálogo, los desafíos emergentes de la deliberación estructural en DESCAs y la importancia de preservar la experiencia consolidada en el campo laboral</b>	<b>54</b>
<b>1.3. Concepto y elementos configuradores de la cultura jurídica</b>	<b>70</b>
<b>1.3.1. La cultura jurídica en Brasil y Colombia y la participación del contexto local en su configuración y mantenimiento</b>	<b>73</b>
<b>1.4. Conclusiones del capítulo</b>	<b>89</b>
<b>CAPÍTULO 2. Las constituciones de Brasil y Colombia y el contexto de su promulgación</b>	<b>92</b>
<b>2.1. Los antecedentes de las constituciones de 1988, en Brasil, y 1991, en Colombia</b>	<b>94</b>
<b>2.2. Los derechos fundamentales en las constituciones de Brasil y Colombia y su interpretación</b>	<b>109</b>
<b>2.3. La relación entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución, las reformas constitucionales y el equilibrio de poderes</b>	<b>120</b>
<b>2.4. La participación popular y su tratamiento constitucional en Brasil y Colombia</b>	<b>135</b>
<b>2.5. Conclusiones del capítulo</b>	<b>143</b>
<b>CAPÍTULO 3. La Corte Constitucional colombiana y el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Modelos de diseño institucional e importancia de las prácticas institucionalizadas</b>	<b>148</b>

3.1. Orígenes del modelo de control judicial de constitucionalidad en Brasil y Colombia y el hibridismo de sus modelos	151
3.2. Estructura, composición, competencia y perfil de la litigiosidad del STF y de la Corte Constitucional colombiana	161
3.2.1. La composición del STF y de la Corte Constitucional colombiana y la forma de nombramiento de sus miembros	162
3.2.2. Competencia y perfil de la litigiosidad ante el STF y la Corte Constitucional colombiana	167
3.3. Prácticas institucionales y aspectos críticos del funcionamiento del STF y de la Corte Constitucional colombiana. <i>Accountability</i> y confianza institucional	183
3.3.1. El acceso a la información procesal y administrativa	186
3.3.2. La agenda institucional	190
3.3.3. La relación con la prensa	194
3.3.4. La colegialidad y la deliberación. Los esfuerzos de integridad y coherencia	200
3.4. Conclusiones del capítulo	210
4. Conclusión de la primera parte de la tesis. El desafío democrático: es necesario entender el origen de la cultura autoritaria de Brasil y superarla para implementar eficazmente el derecho fundamental al agua. Lecciones del caso colombiano	212

PARTE II – EL DESAFÍO GEOPOLÍTICO: El derecho al agua es contrahegemónico	217
---	-----

*Contexto del problema, tutela individual y colectiva y la importancia de fortalecer los espacios de deliberación y participación democráticas como forma de garantizar derechos, democracia y protección ambiental*

<b>CAPÍTULO 1. La geopolítica del agua y el nivel de satisfacción del derecho fundamental al agua potable en Brasil y Colombia</b>	<b>218</b>
<b>1.1. La geopolítica del agua y sus impactos en América Latina. Perfil de la disponibilidad de agua y de los conflictos relativos al agua en Brasil y Colombia</b>	<b>223</b>
<b>1.2. La implementación del derecho al agua potable y al saneamiento básico en Brasil y Colombia. Nivel de satisfacción de las necesidades y desafíos pendientes para su efectividad</b>	<b>237</b>
<b>1.3. Conclusiones del capítulo</b>	<b>241</b>
<b>CAPÍTULO 2. La normativa internacional acerca del derecho fundamental al agua aplicable en Brasil y Colombia y estrategias emergentes de protección al derecho</b>	<b>245</b>
<b>2.1. Las normas del Sistema Universal de Derechos Humanos y su aplicación en Brasil y Colombia</b>	<b>246</b>
<b>2.2. Las normas de la OIT y del Sistema Interamericano para el derecho al agua y su aplicación en Brasil y Colombia</b>	<b>263</b>
<b>2.3. Seguridad y soberanía nacionales y el derecho humanitario en la protección del agua</b>	<b>272</b>
<b>2.4. Algunas estrategias internacionales para contrarrestar los efectos negativos de las políticas neoliberales sobre el medio ambiente, el agua, la tierra y el trabajo en el campo</b>	<b>279</b>
<b>2.4.1. El esfuerzo de protección de la democracia ambiental (el Acuerdo de Escazú)</b>	<b>281</b>
<b>2.4.2. La necesidad de protección a los campesinos, indígenas y otras personas que trabajan en zonas rurales</b>	<b>286</b>
<b>2.4.3. La superioridad de los servicios públicos de suministro de agua y la remunicipalización de los servicios de suministro de agua potable y alcantarillado – una tendencia mundial. Los desafíos de un servicio público con espíritu comunitario</b>	<b>294</b>

2.4.4. El reconocimiento legislativo o judicial de nuevos sujetos de derecho y otras formas de impulsar la descontaminación de ríos y la protección de entes de la naturaleza	302
2.5. Conclusiones del capítulo	314
<b>CAPÍTULO 3. Las constituciones ecológicas de Brasil y Colombia, la constitucionalización implícita del derecho fundamental al agua en Brasil y la equivalencia de la normativa infraconstitucional de Brasil y Colombia</b>	318
3.1. Conclusiones del capítulo	342
<b>CAPÍTULO 4. El derecho fundamental al agua aplicado por los tribunales</b>	345
4.1. La protección al acceso al agua potable como derecho individual – servicio público domiciliario y derecho de consumo. Lecciones y problemas del caso brasileño	346
4.2. La protección al acceso al agua potable como derecho fundamental – derecho subjetivo, su conexidad con otros derechos fundamentales y el derecho al mínimo vital de agua. Lecciones y problemas del caso colombiano	356
4.3. La tutela colectiva del derecho al agua: las políticas públicas de acceso al agua potable y alcantarillado y la protección ambiental. Decisiones comparadas de Brasil y Colombia	380
4.3.1. El derecho al medio ambiente sano y protegido y la protección a las políticas públicas de acceso al agua potable y alcantarillado. Jurisprudencia constitucional y el papel del Consejo de Estado de Colombia en la constitución del derecho al servicio público de agua y alcantarillado	381
4.3.2. El derecho al medio ambiente sano y protegido, la protección a las futuras generaciones, las poblaciones tradicionales y las fuentes de agua. El papel complementario de la jurisprudencia constitucional y de la jurisdicción ordinaria en la tutela ambiental del agua	394

4.4.3. Agua y medio ambiente sano: el agua y el sistema forestal (plantando agua), comunidades tradicionales y tierras protegidas, nuevos sujetos de derecho y la tutela estructural ambiental. El derecho al agua en casos ambientales relevantes de Brasil y Colombia	401
A. El STF y las ADI 4901, 4902, 4903 y 4937; la Corte Constitucional colombiana y la sentencia C-035 de 2016. Plantando agua (tutela del agua y del sistema forestal)	402
B. PET 3388/RR, ADI 3.239/DF, ADI 4.269/DF. Medio ambiente y cuestión indígena en Brasil. Una ventana deliberativa incluyente del STF para la constitución de los derechos a tierra y agua	425
C. Las sentencias T-622 de 2016 y T-302 de 2017 de la Corte Constitucional colombiana y la importancia de la sistematización e institucionalización de los métodos deliberativos para la implementación de los DESCAs en el marco del constitucionalismo dialógico pluralista	436
4.5. La práctica dialógica en los tribunales y sus desafíos: Procedimientos comparados de apertura dialógica en procesos judiciales y la implementación dialogada de decisiones: un campo de sistematización y formación abierto en Brasil y Colombia	463
4.5.1. <i>Amicus curiae</i>	467
4.5.2. Audiencias públicas	470
4.5.3. Participación de expertos	473
4.5.4. Deliberación y seguimiento dialógico de las decisiones judiciales	477
4.6. Conclusiones del capítulo	480
5. Conclusión de la segunda parte de la tesis: para proteger el derecho al agua, en tiempos de globalización neoliberal, hay que ser contrahegemónico y contramayoritario	
6. Consideraciones finales, desafíos y perspectivas para un escenario pesimista u optimista –a guisa de conclusión–	489
Referencias bibliográficas y normativas	498
Anexos	551

## **Lista de tablas, gráficos y figuras**

### **Tablas**

**Tabla 1. Diferencias entre el modelo continental europeo y el modelo estadounidense** 157

**Tabla 2. Niveles de acceso al agua potable – OMS – Sentencia 740/11 – Corte Constitucional colombiana** 367

**Tabla 3. Clases procesales – Puertas de Entrada – STF** 561

**Tabla 4. Estadísticas de la Corte Constitucional de Colombia 1992-2018** 563

### **Gráficos y figuras**

**Gráfico 1. Distribución de los recursos hídricos, de la superficie y de la población – en % del total de Brasil** 225

**Anexo II. Figura 1: Empaque con hojas de coca Marca Hayo. Producción indígena reconocida. Referencia a las sentencias C-176 de 1994 y C-882 de 2011** 557

## Resumen

La investigación realizada tuvo como objeto la actuación del poder Judicial en la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a partir del caso colombiano, especialmente, de la actuación de la Corte Constitucional colombiana en la protección del derecho fundamental al agua, en comparación con la actuación del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF), a fin de diseñar un modelo deliberativo judicial dialógico que contribuya a fortalecer el constitucionalismo dialógico multinivel, la democracia participativa y la tutela incluyente, sustantiva y estructural del derecho.

La comparación entre los dos países está justificada por el desafío común de concretización de los DESCAs, especialmente en Brasil, y del derecho al agua, en el contexto de la promulgación de constituciones transformativas, considerando la similitud en las condiciones de vida de los dos países, la compatibilidad de los modelos de control de constitucionalidad (judicial, concentrado y difuso), la equivalencia de las normas aplicables a la protección del derecho al agua y la reconocida importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en la protección de los derechos fundamentales, en general, y del derecho al agua, en particular.

Los estudios del constitucionalismo comparado relacionados con Colombia destacan que el éxito de su modelo deliberativo se debe a una combinación de factores que alinean una Constitución con un amplio catálogo de derechos fundamentales, dotada de un mecanismo de acceso sencillo para su protección judicial sustantiva; un diseño institucional de la Corte Constitucional que permite su renovación periódica y el equilibrio de poderes en el nombramiento de sus miembros; el uso sistemático del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos en sus deliberaciones; las prácticas institucionalizadas de diálogo y transparencia para promover la legitimidad e imparcialidad de sus decisiones, y la calidad de su jurisprudencia, destacada por el progresismo y la innovación en el campo del constitucionalismo dialógico, la



protección a la democracia participativa y el énfasis en la tutela sustantiva y estructural de los derechos.

Las críticas relacionadas con el funcionamiento del STF tienen un paralelo con los elementos destacados de la estructura y el funcionamiento de la Corte Constitucional colombiana, y se considera que, más allá de las diferencias de diseño institucional, los aspectos del funcionamiento de la Corte Constitucional colombiana relacionados con su cultura jurídica (las prácticas institucionales y el contenido y la forma de su deliberación) deben servir de inspiración para Brasil en lo que se refiere al perfeccionamiento de la práctica jurisdiccional en materia de protección de los derechos fundamentales, lo que se demuestra con la jurisprudencia sobre el derecho fundamental al agua.

Por otro lado, los arreglos institucionales recientemente implementados en Brasil para favorecer la deliberación dialógica en procesos sociales y judiciales con múltiples afectados (reglamentación de la intervención de afectados, expertos o interesados) en el Código Procesal Civil (Código de Proceso Civil, 2015, artículo 138) o que involucran cuestiones técnicamente complejas o especializadas pueden servir de canal para dialogar con la experiencia colombiana.

Tales elementos apuntan a la necesidad de mejorar la cultura judicial democrática en Brasil, a fin de prevenir los riesgos relacionados con los déficits de representación y de participación en los procesos dialógicos vinculados al poder Judicial, y de pensar en el papel de ese poder en los casos de judicialización de los DESCAs, para que su actuación sea un factor de fortalecimiento del constitucionalismo, de la democracia y de tales derechos, y no contribuya a su fragilización y destitución.

El análisis de los aspectos históricos relacionados con la cultura jurídica de los dos países y de los elementos que posibilitan la persistencia de la desigualdad social, la subalternidad de grupos históricamente excluidos y la

presencia de grupos hegemónicos que ocupan espacios de poder a nivel nacional e internacional es relevante para identificar los cuidados y cambios necesarios en las prácticas institucionales y deliberativas, para la efectiva implementación del modelo propuesto.

El derecho al agua, utilizado como ejemplo de la aplicación del modelo propuesto, además de ser importante para Brasil y Colombia en el contexto geopolítico, es paradigmático para analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de DESCAs, por dos aspectos: (i) permite evidenciar todos los recursos utilizados por la Corte en la deliberación sobre derechos fundamentales, especialmente DESCAs, y (ii) permite identificar cómo actúa la cultura jurídica en la constitución de un derecho que tiene un carácter contramayoritario y contrahegemónico en varios aspectos que necesitan ser enfrentados para garantizar su protección efectiva y estructural.

## **Abstract**

This investigation aimed at the action of the Judicial Power in the protection of the Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (hereinafter, ESCER, or DESCAR in Spanish), by what was examined from the Colombian case, especially, by the action of the Colombian Constitutional Court in the protection of the fundamental right to the water, in comparison to what happens with the Brazilian Federal Supreme Court (hereinafter, STF), highlighting the procedural aspects of its action, in order to design a dialogical deliberative model which contributes to strengthen the multilevel dialogical constitutionalism, the participative democracy and the inclusive, solid and structural protection of the law.

The comparison between the two countries is justified by the common challenge of enforcement of the ESCER, especially of the Right to the Water, in Brazil, after the proclamation of transformative constitutions, such as the Brazilian (1988) and Colombian (1991), for the similarities of lifestyle, for the compatibility of their models of constitutional control (judicial, concentrated and diffuse), and the rules applicable to the protection of the right to the water and for the acknowledged importance of the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court in the protection of the fundamental rights, in general, and the right to the water, in special.

The studies of the constitutionalism compared with Colombia highlight that the success of its model is due to a combination of factors that align a Constitution with a broad list of fundamental rights, endowed with a simple mechanism of access to their solid judicial protection; an institutional design of the Constitutional Court that enables it to renew periodically, and the balance of powers in the selection of its members; the systematic use of the Public International Law of the Human Rights in its deliberations; the institutionalized practices of dialogue and transparency to promote the legitimacy and impartiality of its decisions; the quality of its jurisprudence, highlighted by progress and innovation in the field of

the dialogical constitutionalism, of the participative democracy and the solid and structural protection of the rights.

The criticisms related to the fundamentals of the STF have a parallel with the elements analyzed regarding the structure and functioning of the Colombian Constitutional Court and it is considered that, the aspects of functioning of the Colombian Constitutional Court related to its legal culture (the institutional practices and the content and form of its deliberation) may serve as inspiration, in Brazil, for the advances in the jurisdictional practices in terms of protection to the fundamental rights, which has been demonstrated from the jurisprudence involving the fundamental right to the water.

On the other hand, the existence of constitutional arrangements created in Brazil to favor the dialogical deliberation in social and judicial processes with multiple affected people (regulation of the intervention of affected, experts or interested in the civil process code) which involves technically complex or specialized issues may serve as a connection to dialogue with the Colombian experience.

Such elements point to the necessity to improve, in Brazil, the democratic judicial culture in order to prevent the risks related to the deficit of representation and participation in the dialogical processes linked to the Judicial Power and to think about the role of the Judicial Power in the cases that the ESCER become a legal problem, in order to make its action an element to strengthen the constitutionalism, the democracy and such rights, and not an element of their weakening and dismissal.

The analysis of the historic aspects related to the legal culture of the countries and the elements that enable the persistence of social inequality, the subalternity of groups historically excluded and the presence of hegemonic groups nationally and internationally taking positions of power is relevant to

identify the care and changes necessary in the institutional and deliberative practices to the effective implementation of the proposed model.

The Right to the Water, used as an example of application of the proposed model, besides its importance for Brazil and Colombia in a geopolitical context, as said, is paradigmatic to analyze the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court concerning ESCER for two reasons: (i) it enables the demonstration of all deliberative resources used by the Court in the deliberation about fundamental rights, especially concerning ESCER; besides (ii) identifying how the legal culture acts in the constitution of a right, which has a counter majority and counter hegemonic character in many aspects, which need to be faced to ensure their effective and structural protection.

## **Introducción. El método de trabajo**

### **A. Justificación, delimitación del objeto y definición del problema**

La concreción de los derechos sociales reconocidos en las constituciones transformativas es un desafío que ha generado una jurisprudencia innovadora en distintos tribunales, en las últimas décadas. Esto ha llamado la atención de la academia, que ha realizado estudios comparativos sobre el tema. En tales estudios, se destaca la actuación de tribunales de democracias del hemisferio sur, como India, Sudáfrica y Colombia, donde la superación de la exclusión social y de las desigualdades sociales son desafíos históricos y/o fueron objetivos explícitos de sus nuevas constituciones, como también pasó en Brasil.

En el caso de Colombia, el interés del constitucionalismo comparado incluye un conjunto de aspectos que sufrieron cambios tras la Constitución de 1991, principalmente: el modelo de Constitución, el diseño institucional de la Corte Constitucional, las prácticas institucionales de la nueva Corte, su jurisprudencia sobre distintos derechos fundamentales, la aplicación del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y los arreglos institucionales utilizados en la deliberación y en el seguimiento de sus decisiones estructurales.

Tales aspectos, examinados en su conjunto, revelan elementos que pueden complementarse de modo virtuoso y que contribuyen a perfeccionar modelos teóricos discutidos en el campo de la deliberación en DESC<sup>2</sup>. De

---

<sup>2</sup> Aunque en el conjunto de derechos denominados DESC<sup>2</sup> se encuentren categorías que pueden tener un tratamiento distinto en Brasil y Colombia, con un nivel de implementación y resistencia social o política también variado, se optó por mantener tal categoría, en razón de los estudios y doctrinas en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, inclusive, en el ámbito del Sistema Interamericano y de su jurisprudencia más reciente sobre el derecho a un medio ambiente sano y protegido. Tal opción refuerza, además, los principios de progresividad e indivisibilidad de los derechos fundamentales y la idea del “constitucionalismo socioambiental” o “ecológico” (Sarlet, 2010). Por otro lado, es en ese campo donde las discusiones sobre los déficits de implementación de políticas públicas se desarrollan con más fuerza, y donde la necesidad de instituir mecanismos de diálogo constitucional para el diseño y la implementación de tales políticas es más urgente. En el campo del derecho fundamental al agua, además, los aspectos social y ambiental del derecho necesitan ser tratados de forma conjunta, para su eficaz protección, lo que también justifica la opción por usar DESC<sup>2</sup>, y no DESC.

manera que la sistematización de las prácticas utilizadas por tal Corte, con apoyo de modelos teóricos dialógicos sobre deliberación judicial, puede ser útil para perfeccionar la experiencia institucional de la propia Corte e inspirar la transformación de prácticas de otros países de la región que poseen constituciones y un bloque de constitucionalidad semejantes, así como similares problemas jurídicos por enfrentar, inclusive, y especialmente para los fines de esta investigación, aquellos relacionados con el derecho al agua, como en el caso de Brasil.

Los estudios teóricos sobre la aplicación de los derechos económicos y sociales llegaron a algunos puntos de consenso en cuanto a la justiciabilidad de tales derechos y al papel del poder Judicial en su concreción. Uno de esos consensos recientes es la importancia de pensar el rol judicial, en su práctica deliberativa, como un factor de fortalecimiento de la democracia, a partir de una deliberación dialógica (Gargarella, 2013b) que observe las garantías democráticas de protección de los derechos fundamentales (Pisarello, 2007) y los estándares internacionales de protección de los derechos humanos con un enfoque multinivel (Alvarado, 2014) y/o transconstitucional (Neves, 2009), es decir, que también incluya el diálogo entre órdenes jurídicos distintos del pluralismo jurídico interno en la toma de decisiones.

Tales aspectos confluyen para reforzar la idea de que, ante constituciones transformativas, es importante contar con el acceso a la justicia como un mecanismo de garantía de la lucha por la implementación de derechos. No obstante, también es necesario pensar el rol judicial a partir de una concepción de derechos fundamentales que fortalezca los vínculos entre derecho y democracia, esta última, en una perspectiva sustantiva, procedimental y participativa, a fin de que la actuación del poder Judicial también proteja otras garantías de los derechos y de que su deliberación resulte en prácticas constituidoras, y no destituidoras, de derechos.

Colombia, desde que se promulgó la Constitución de 1991, posee un escenario privilegiado para estudiar la aplicación de los DESCAs bajo tal perspectiva, pues tiene una práctica sólida y legitimada, jurídica y socialmente, de judicialización de políticas públicas para la implementación de los derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución y en las fuentes que conforman el bloque de constitucionalidad del país, por medio de diversos mecanismos de acceso a la justicia, especialmente, de la acción de tutela. Al mismo tiempo, se entiende que Colombia es un país en el que el papel activo del poder Judicial, visto en su conjunto, no ha debilitado la participación ciudadana ni ha sustituido la actuación de los demás poderes, sino que, al contrario, ha valorizado el papel de todos los actores sociales y políticos en el diseño y la implementación de políticas públicas, sin ignorar casos graves de omisión estatal.

Establecido el vínculo necesario entre la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales, entendidos como la “cara jurídica de las políticas sociales” (Courtis, 2007, p. 23), y el diseño e implementación de políticas públicas, es claro que la efectividad de derechos de tal naturaleza no es solo una cuestión interpretativa, constructiva o reconstructiva del derecho a partir de su “constitucionalización”, sino “una tarea adensadora y concretadora del derecho” (Cattoni, 2002, p. 61) o, en las palabras de Young (2012, p. 6), una tarea “constituidora” de derechos.

Considerando que el análisis histórico revela una persistente omisión en la implementación de políticas sociales estables en América Latina, sin dejar de considerar los aspectos geopolíticos que contribuyen a la persistencia del problema, es necesario analizar los aspectos vinculados a la cultura jurídica local que facilitan o dificultan la efectividad de la protección sustantiva y estructural de los DESCAs en Brasil y Colombia, a fin de que se pueda promocionar el cambio de cultura necesario para la protección de tales derechos.



Para demostrar cómo el conjunto de prácticas consolidadas o en consolidación en la Corte Constitucional colombiana se refleja en la protección de un derecho fundamental específico, por su relevancia para la región y el mundo en el momento actual y por los impactos que el modelo económico y el contexto geopolítico generan en él, se elige el **derecho al agua** (UNESCO, 2009), que es emblemático para la sistematización de un modelo deliberativo en DESCAs y que, por su complejidad, permite que el modelo formulado sea aplicado para efectivizar otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Por tanto, las preguntas de la investigación, que ponen en diálogo el ordenamiento jurídico y las prácticas institucionalizadas de Brasil y Colombia son:

¿Cómo diseñar un modelo de deliberación en DESCAs a partir de principios del constitucionalismo dialógico (sin desperdicio de la experiencia pionera del campo laboral) y de la experiencia de la Corte Constitucional colombiana en la protección del derecho fundamental al agua, a fin de contribuir a superar los déficits democráticos del STF de Brasil en la deliberación judicial en ese campo?

¿Qué aspectos de la experiencia brasileña pueden favorecer o dificultar el diálogo con la experiencia colombiana y cuáles son los desafíos para la implementación de tal modelo en Brasil?

## **B. Hipótesis**

Los modelos cooperativos y dialógicos de actuación del poder Judicial, en los casos de judicialización de la protección de derechos sociales, pueden favorecer la coordinación y cooperación constitucional entre los poderes públicos y entre estos y la sociedad, para actuar en la implementación o restablecimiento de derechos fundamentales sociales y en la prevención y reparación de las lesiones

a tales derechos. Esto se analizará a partir de modelos de constitucionalismo dialógico y de la sistematización de la deliberación judicial de la Corte Constitucional colombiana en el campo del derecho al agua.

Para alcanzar tal propósito, la deliberación del poder Judicial, además de estar legitimada por los cuidados con las prácticas de transparencia, independencia e imparcialidad, debe tener una tarea “concretadora” o “constituidora” de los derechos, lo que incluye sus dimensiones individual, colectiva y estructural. Para ello, la cultura jurídica democrática e incluyente juega un papel fundamental, no solo para proteger sustancialmente el derecho y sus garantías institucionales y extrainstitucionales, sino para promover un proceso justo y adecuado desde el punto de vista deliberativo.

La hipótesis de trabajo es que:

Analizando el papel de la deliberación judicial a partir de modelos de constitucionalismo dialógico, incluida la experiencia de diálogo social del campo laboral, se afirma que la estructura deliberativa de la Corte Constitucional colombiana en la protección de derechos fundamentales y sus prácticas institucionalizadas apuntan a caminos democráticos relevantes para perfeccionar la deliberación constitucional en materia de DESCAs en Brasil. Esto se puede comprobar a partir del análisis de la experiencia consolidada en la protección del derecho fundamental al agua, por su esfuerzo de coherencia, amplitud, progresividad, protección de derechos conexos, creatividad y/o experimentalismo institucionalizados; el buen uso de comandos estructurales y dialógicos; el seguimiento de decisiones estructurales; la participación de los afectados y de expertos; la tutela del debido proceso administrativo, legislativo y judicial y del derecho de participación de los afectados y, finalmente, la protección de sujetos especiales de derecho y sujetos vulnerables.

Por otro lado, Brasil posee un sistema normativo compatible con el colombiano en ese campo, además de institutos y arreglos institucionales que

pueden facilitar el diálogo con la experiencia colombiana; por ejemplo, la reglamentación de la participación de los afectados, interesados y expertos en el nuevo Código Procesal Civil (Código de Proceso Civil, 2015, artículo 138) y la institucionalización de foros y núcleos para deliberar acerca de temas técnicos especializados, como, en el campo del derecho al agua, una legislación que prevé la obligatoria gestión democrática y participativa de los recursos hídricos, acorde con los estándares internacionales, cuya efectividad puede ser potenciada o perjudicada por una cultura jurídica más o menos democrática e incluyente en materia de implementación de derechos. Colombia logró avances (que son objeto de análisis y sistematización en esta investigación) que pueden servir de inspiración para perfeccionar la cultura jurídica de Brasil en la deliberación judicial dialógica y las prácticas institucionalizadas de transparencia, independencia e imparcialidad, que generan confianza institucional y mejoran la protección de los derechos en un escenario geopolítico desfavorable para la democracia y los derechos fundamentales, especialmente, para el derecho al agua.

### **C. Objetivos de la investigación**

Por tratarse de una investigación en derecho comparado, en la cual las prácticas deliberativas e institucionales de una Corte son el principal aspecto que se pretende comparar, es necesario analizar el carácter dinámico de la aplicación del derecho. De ahí la importancia de contextualizar aspectos relacionados con las culturas jurídica y política de los dos países y cómo estas influyen la construcción de la jurisprudencia y las prácticas institucionales; así mismo, los elementos emergentes en Brasil que pueden favorecer el diálogo con la experiencia colombiana, a fin de perfeccionar la deliberación judicial, la participación democrática, la legitimidad y la imparcialidad de las decisiones y las prácticas de transparencia que generan confianza institucional.

Además, por tratarse de la proposición de un modelo deliberativo dialógico en DESCA a partir de la experiencia de la Corte Constitucional colombiana, es

necesario analizar y sistematizar tal práctica. Esto se hará a partir de teorías del constitucionalismo dialógico ya consolidadas, cuyas insuficiencias serán complementadas por el diálogo con la práctica analizada.

Finalmente, para sistematizar el modelo deliberativo a partir de la aplicación de un derecho fundamental específico, se analizará el derecho fundamental al agua, por su importancia en el contexto actual y por el desarrollo alcanzado en la jurisprudencia colombiana, tanto en la protección individual y colectiva del acceso al agua potable, como en la protección estructural del derecho, lo que incluye la protección ambiental de las fuentes de agua. Esta materia, actualmente, tiene que enfrentar diversas resistencias que están en la base del modelo económico hegemónico, motivo por el cual la cultura jurídica democrática, que también comprende el papel contramayoritario y contrahegemónico de la justicia constitucional en la protección de las minorías y de los derechos fundamentales, puede ser un factor decisivo para la “constitución” o “destitución” del derecho.

Los objetivos de la investigación, por tanto, son:

### **C.1. Objetivo general**

- Diseñar un modelo deliberativo de aplicación e implementación de los DESCAs que vincule la protección de un derecho fundamental a la protección de la democracia procedimental, participativa y deliberativa, a partir de modelos dialógicos de aplicación de derechos económicos y sociales y del estudio de caso de la aplicación del derecho fundamental al agua por la Corte Constitucional de Colombia, identificando los factores que pueden dificultar o favorecer su aplicación en Brasil.

## **C.2. Objetivos específicos**

- Analizar, históricamente y desde un punto de vista interdisciplinario (social, económico, jurídico, político y geopolítico), los factores que influenciaron la formación de las culturas jurídica y política de Brasil y Colombia, en el sentido de ser más o menos protectoras de las libertades, de la democracia participativa y de los derechos fundamentales, a fin de propiciar los elementos analíticos necesarios para impulsar los cambios de cultura exigidos para la aplicación de los derechos fundamentales sociales en Brasil, especialmente del derecho al agua, en una perspectiva dialógica y democrática.
- Discutir los presupuestos del constitucionalismo dialógico en la aplicación de los derechos económicos y sociales, incluida la experiencia laboral, y sistematizar la práctica deliberativa de la Corte Constitucional colombiana, para diseñar un modelo dialógico de deliberación en DESCA que pueda proteger los derechos y la democracia procedimental, participativa y deliberativa.
- Reconstruir las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana sobre la protección del derecho fundamental al agua que revelen los esfuerzos institucionales de coherencia, amplitud, progresividad y protección a derechos conexos; la creatividad y/o el experimentalismo institucionalizados; el buen uso de comandos estructurales y dialógicos en la protección del derecho; el seguimiento de decisiones estructurales; la tutela del derecho a la participación de los afectados y la protección de sujetos especiales de derecho y sujetos vulnerables.
- Identificar los factores que pueden dificultar y/o favorecer la implementación en Brasil del modelo dialógico propuesto, especialmente en la aplicación del derecho al agua, considerando aspectos relacionados

con las culturas jurídica y política del contexto local y con los intereses hegemónicos en conflicto con aquellos relacionados con el derecho mencionado.

## D. Aspectos metodológicos

En una tesis de derecho comparado, como ocurre en otras áreas del Derecho, el método y el objeto están intrínsecamente relacionados. Los presupuestos teóricos y el enfoque de la comparación, sin embargo, dependen de la concepción de derecho que se maneja y del objetivo de la tesis, que, en este caso, es analítico y crítico-normativo.

Como destaca Gino Giugni (1977), citado por Ferrante (2016, p. 605)<sup>3</sup>, la expresión derecho comparado es ambigua y puede referirse a tres formas, no estáticas, de estudiar un sistema jurídico extranjero:

a) como una comparación entre dos o más sistemas jurídicos, b) como el estudio de un sistema jurídico extranjero sin hacer referencia explícita a un sistema jurídico concreto, o **c) como utilización del derecho extranjero en la ilustración de los problemas, en la búsqueda de argumentos en casos concretos y en la propuesta de alternativas sobre todo en el caso de que una ley nacional reenvíe a una ley extranjera.** (Ferrante, 2016, p. 605) (negritas fuera de texto).

La presente investigación se aproxima a la tercera forma de tratar la comparación, en este caso, vinculada a un aspecto dinámico del sistema jurídico, que es la deliberación judicial en materia constitucional sobre el derecho fundamental al agua o cómo los jueces aplican las disposiciones normativas y los principios de sus constituciones y de los instrumentos normativos que integran el bloque de constitucionalidad, para concretar (o no) un derecho fundamental específico.

Por tratarse de una tesis de derecho constitucional comparado entre Brasil y Colombia, es necesario analizar los contextos histórico, social, político, geopolítico y económico que impulsaron los cambios constitucionales recientes en ambos países; la importancia actual del desarrollo jurídico y jurisprudencial

---

<sup>3</sup> Citas de Ferrante (2016) tomadas de Gino Giugni (1976): “L’enseignement spécialisée et la recherche en droit comparé au niveau universitaire et dans les instituts autonomes”, VVAA, Actes de la Quatrième Conférence européenne des facultés de droit. 6-8 octobre 1976, sur l’apport du droit comparé à l’enseignement, à la recherche et à la réforme du Droit (Strasbourg, Consejo de Europa), pp. 33-41.

que justifica el interés por comparar los dos países; los institutos y las prácticas jurídicas de interés y sus equivalentes funcionales en el otro país y su dinámica en el momento presente.

Debido al interés de la investigación en la deliberación judicial en un campo específico (el derecho fundamental al agua), se parte de la idea de que el derecho comparado puede tener una función revolucionaria o “subversiva”, como lo afirma Horatia Muir Watt (2000). Tal idea, como lo advierte la autora, no tiene el objetivo de proponer una acción contraria a “la orden establecida”<sup>4</sup> ni se revela como una proposición “hereje” (Watt, 2000, p. 504), sino que sirve de lente crítico para analizar un sistema jurídico extranjero, en su dinámica de aplicación constitucional y, a partir de ahí, evaluar a su propio.

Para la autora,

El mensaje subversivo es fuerte, pero muy simple: miremos a otras partes, comparemos, preguntémonos por alternativas – para ampliar la perspectiva tradicional, enriquecer el discurso jurídico y combatir los hábitos de pensamiento esclerosantes. Es solo a costa de este enriquecimiento que uno puede aprender a comprender al otro y, finalmente, a comprenderse a sí mismo.  
(Watt, 2000, p. 506)<sup>5</sup>.

Comparar también sirve como método para hacer análisis críticos de un sistema jurídico y buscar inspiración para construir proposiciones normativas (en este caso, de cambio de cultura jurídica y de prácticas institucionales), con el objetivo de perfeccionar uno de los sistemas objeto de la comparación o ambos, en aquellos aspectos que uno le puede aportar al otro, según las prácticas analizadas y los criterios utilizados en los análisis.

---

<sup>4</sup> Se considera que las actuales constituciones de Brasil y Colombia, en el campo de la protección a los derechos fundamentales, fueron el resultado de importantes luchas sociales inclusivas. Su contenido, por tanto, necesita ser fortalecido por la jurisprudencia, ante los riesgos de retrocesos sociales de matiz autoritario y excluyente, como se discutirá.

<sup>5</sup> Traducción libre de la autora de: “Le message subversif est donc fort mais très simple: regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives — pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement que l'on peut apprendre à comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même”.



Trabajar con el derecho constitucional comparado en Brasil no es una tarea fácil, especialmente cuando se quiere analizar el comportamiento de la Corte encargada de hacer el control constitucional concentrado y de revisar las cuestiones constitucionales en última instancia (el STF). Esto, debido a la complejidad de su competencia, las especificidades de su diseño institucional y de su funcionamiento (por acción u omisión) y la amplitud de los efectos de sus decisiones sobre el sistema jurídico del país y sobre el equilibrio de poderes.

Con una investigación basada en la comparación de la deliberación judicial en DESCAs, específicamente en el derecho al agua, con un país de la misma región, se pretende, en el ámbito de la investigación del constitucionalismo latinoamericano, observar aspectos relativos a la **cultura jurídica** constitucional y democrática de los países examinados y la importancia de sus prácticas institucionalizadas para hacer efectivo (o no) un derecho fundamental, proponiendo la sistematización de un método deliberativo en ese campo.

Es importante que tal comparación se haga con un país situado en un entorno sociopolítico, económico, jurídico y geopolítico semejante al de Brasil, con desafíos parecidos, como la superación de la enorme desigualdad social, combinada con la insuficiente actuación de los poderes públicos para instituir políticas públicas que tornen efectivos los derechos básicos garantizados en sus constituciones, a fin de proponer alternativas viables en un contexto hostil a los derechos fundamentales y ambientales.

En esta comparación, también es importante tener en cuenta que la migración de ideas o de instituciones jurídicas en la región necesita ser pensada desde el punto de vista geopolítico.

En el campo de la investigación y la enseñanza jurídica, Maldonado (2015c, pp. 13-42) describe dos modelos predominantes de flujos jurídicos que influyen en la importancia que se da a objetos o temas de investigación locales

o a instituciones de producción de conocimiento y campos de investigación o enseñanza jurídica, inclusive en Latinoamérica.

Los modelos predominantes en el imaginario jurídico son, según él (Maldonado, 2015c, p. 20), el “libre mercado de ideas jurídicas” y el “modelo colonial de producción de conocimiento jurídico”.

El primer modelo “provee las herramientas conceptuales que condicionan la manera como creemos que debería describirse, criticarse y construirse el conocimiento legal” (Maldonado, 2015c, p. 20), y considera al sujeto del conocimiento jurídico como “abstracto, autónomo y racional” (Maldonado, 2015c, p. 22).

El otro modelo, también ampliamente difundido, es el “modelo colonial de producción de conocimiento jurídico” (Maldonado, 2015c, p. 27), el cual propone un sujeto del conocimiento jurídico “dual”, que reproduce la lógica de metrópoli y colonia o de locales de producción de conocimientos jurídicos originales y locales receptores<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Diego Eduardo López Medina (2005), comparatista colombiano, diferencia los sitios de producción de teoría, con altos niveles de influencia transnacional (supuestamente, ambientes hermenéuticamente ricos), y los sitios de recepción, localizados en países periféricos (supuestamente, ambientes hermenéuticamente pobres). Su teoría se interesa en cómo y por qué se originan mutaciones en el trasplante teórico en los lugares de recepción. En el caso brasileño, aunque falten estudios con tal perspectiva, ese tipo de observación es relevante, pues no es raro que teorías jurídicas importadas de contextos ajenos sirvan a propósitos pragmáticos muy distintos a la intención del autor original. Un ejemplo reciente de ese fenómeno fue la aplicación de la idea de la mutación constitucional, para flexibilizar un derecho fundamental protegido por cláusula pétrea en la Constitución de Brasil. Se trata de la restricción a la presunción de inocencia por parte del magistrado Luis Roberto Barroso, en el Habeas Corpus HC 126.292 (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 126.292, Voto MP Luis Roberto Barroso, 2016), que argumentó la existencia de una mutación constitucional en la expectativa social al respeto. Ese tipo de aplicación de la teoría debe ser criticada, pero es relevante analizarla, porque puede decir mucho de la **cultura jurídica** local y servir para revelar los rasgos de la forma como se aplican los derechos, especialmente frente a minorías excluidas social, política o económicamente. Tal fenómeno debe ser, por tanto, objeto de atención de quien examina la aplicación normativa en el país, ya que suele marcar una **tendencia** que puede repetirse con teorías diferentes. Es decir, la cuestión de la mala recepción de una teoría no siempre está vinculada a problemas conceptuales o metodológicos de la teoría en sí. En ese sentido, es relevante notar que parte de las críticas que se hacen en Brasil a la ponderación (Alexy, 2009, y Bernal Pulido, 2006) se refieren a la mala aplicación del principio de proporcionalidad (Bernal Pulido, 2014 y 2015a), frente a los efectos flexibilizantes que provoca en la fuerza normativa de la Constitución, y la imposibilidad de controlar las premisas subyacentes a la decisión. También puede indicar que la importación contraría otros modelos argumentativos asentados en el país, que siguen siendo utilizados válidamente, como en el caso de la ADPF 101-DF (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF 101-DF, Voto MP Carmen Lúcia, 2016), a

Esa visión, para el autor, tiende a reproducir una noción “lineal” de la historia. Esto ocurre cuando las etapas de desarrollo son concebidas como algo natural o evolutivo, y no como algo construido por decisiones políticas y económicas tomadas en los países que lograron avances sociales y económicos, muchos de ellos a costa de la subordinación de intereses de otros países o sujetos. También suele ignorar conocimientos y prácticas producidos en países considerados como menos desarrollados, cuya difusión suele ser restringida por los estándares académicos internacionales o por intereses económicos de otros países que producen tecnología concurrente con la producida, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en el campo de las tecnologías del agua.

La consecuencia de tales modelos es condenar a algunos países a ser meros consumidores de prácticas, ciencia y tecnología ajenas, concebidas para resolver problemas distintos, cuyas peculiaridades del contexto de producción e intereses relacionados con los problemas que pretenden resolver no suelen ser explicitados cuando las trasplantan<sup>7</sup>, situación que se pretende tener en cuenta en esta investigación como filtro crítico a la misma comparación.

Aunque tales formas de pensar el derecho (como algo neutral o como algo que depende de la importación de ideas de contextos de “producción”) sigan presentes en la investigación y formación jurídica de Latinoamérica, emergen otros flujos jurídicos, asociados a movimientos de descolonización del saber. Así ocurre en las investigaciones conjuntas norte-sur, en los intercambios globales

---

pesar de que, formalmente, se menciona el uso de la “ponderación” como si fuera sinónimo de cualquier tipo de análisis sobre la aplicación de normas en supuesto conflicto. Para verificar estudios sobre los problemas de aplicación de la ponderación en Brasil, ver Silva (2002) y Morais (2013), y sobre las reflexiones para avanzar críticamente en los criterios subyacentes a la ponderación, ver Víctor Ferreres Colmella (Colmella, 2018). La tendencia a flexibilizar la aplicación de los derechos fundamentales también puede ser vista en el uso de otras teorías, como la “reserva del posible” y el “dominio del facto”, y en el pragmatismo argumentativo sobre las consecuencias jurídicas de la decisión, influenciadas por el “análisis económico del derecho”, que muchas veces son mal aplicadas, especialmente, porque no indican los datos empíricos que sostienen la argumentación consecuencialista o las fuentes fiables de la información utilizada en el argumento.

<sup>7</sup> En el campo económico, la migración de ideas estimulada por agencias de fomento internacional (como el FMI, el Banco Mundial y el BID) es un ejemplo de migración de conocimiento con el fin de imponer un patrón de desarrollo económico de interés para los países exportadores de las ideas, como se verá.

sur-sur y en el interés de investigadores del norte por temas novedosos del derecho latinoamericano o de otros países del sur global<sup>8</sup> que pasaron a producir teoría crítica a partir de las prácticas jurisprudenciales o normativas producidas en esos contextos.

Tales fenómenos se notan, especialmente, en los campos del derecho constitucional y de aplicación de los derechos fundamentales<sup>9</sup>, en los cuales se inserta esta investigación, que, por tanto, considera el **contexto**<sup>10</sup> de producción

---

<sup>8</sup> Como lo aclaran Freitas y Bustamante (2017, p. 194): “Las expresiones Norte y Sur globales han sido utilizadas con relación al conjunto de países de los dos hemisferios del globo que se organizan políticamente como democracias constitucionales. La referencia a los dos hemisferios remite a cuestiones geopolíticas relativas a la diferencia, más o menos común, de desarrollo económico de los países de los dos bloques. En el plan de los estudios constitucionales, se refiere a las olas de cambios constitucionales vinculados a la redemocratización de diversos países del hemisferio Norte (España, Italia y Portugal, por ejemplo), además de las reformas constitucionales ocurridas en el este europeo tras la caída del muro de Berlín. En el hemisferio Sur, los cambios constitucionales ocurrieron, predominantemente, frente a la redemocratización de América Latina (el fin de las dictaduras militares), de la independencia de excolonias africanas o del fin de los regímenes políticos autoritarios (África del Sur, por ejemplo). En este lado del globo, el constitucionalismo, además de la redemocratización, pretendió enfrentar las exclusiones sociales y económicas históricas de parte de la población y viene confrontándose, desde entonces, con las tensiones impuestas por la globalización neoliberal, con sus reflejos en los planes jurídico y político”. Traducción libre de la autora.

<sup>9</sup> Ver, al respeto, entre otros: Langford (2009), Young K. G. (2012), Gargarella (2013a y 2013b), Landau (2015), Rodríguez & Franco (2015) y Maldonado (2015a y 2015b).

<sup>10</sup> Boaventura Sousa Santos y Maria Paula Meneses (2014, p. 8) destacan la importancia que tiene para las ciencias sociales pensar en el **contexto** de producción de las ideas, para construir una epistemología del sur adecuada a las cuestiones que esta región necesita resolver. Sus preguntas investigativas son: “¿Por qué razón, en los dos últimos siglos, ha predominado una epistemología que ha eliminado de la reflexión epistemológica el contexto cultural y político de la producción y reproducción del conocimiento? ¿Cuáles han sido las consecuencias de esta descontextualización? ¿Hay epistemologías alternativas?”. Los autores destacan que “[el] fin del colonialismo político, como forma de dominación que implica la negación de la independencia política de los pueblos y/o las naciones subyugados, no ha significado, de hecho, el fin de las relaciones sociales extremadamente desiguales que había generado – tanto de las relaciones entre Estados como de las relaciones entre clases y grupos sociales dentro del mismo Estado” (Santos & Meneses, 2014, p. 9). Ejemplos de problemas específicos enfrentados con respuestas originales en el sur global son los relacionados con la judicialización de derechos económicos y sociales diversos (vivienda, salud, agua, educación, entre otros) y la protección medioambiental, en el caso de la contaminación de recursos hídricos o de la prevención o reparación de problemas relacionados con el cambio o la crisis climática. También se registra el interés de investigadores de la Filosofía del Derecho por constituir un espacio de reflexión específico sobre una Filosofía del Derecho para el mundo latino (Atienza, Filosofía del Derecho y transformación social, 2017), como contrapunto a la predominancia de estudios anglosajones en ese campo. Tal propuesta surge porque se entiende que las teorías producidas necesitan ser pensadas para resolver los problemas concretos que enfrenta el derecho en las sociedades latinas, que no coinciden, en muchos casos, con los problemas del mundo anglosajón (Rodríguez, 2011, pp. 69-83). Además, se refiere a la necesidad de discutir el **problema epistemológico** del estudio del derecho en América Latina, tanto para mirar el fenómeno jurídico desde los problemas de la región, como para considerar los efectos de la globalización en el Derecho, superando el modelo “westfaliano” o el nacionalismo metodológico en el análisis del Derecho, lo que coincide con el método de esta investigación.

de ideas a partir de **problemas concretos y comunes** que el sistema jurídico necesita resolver, un **elemento esencial** para la relevancia de la comparación.

Por otro lado, como se pretende trabajar el derecho comparado en la tercera vertiente indicada por Ferrante (2016), es decir, con un enfoque normativo, es necesario justificar la pertinencia de eventuales soluciones, debido al riesgo de migración de ideas (Choudhry, 2006) o de trasplantes jurídicos (Maldonado, 2009) incompatibles con el sistema jurídico del país destinatario de la eventual “recepción” o con los principios jurídicos que lo informan.

Sin pretender defender un improbable purismo de las “ideas” (teorías, conceptos, institutos, jurisprudencia o instituciones) trasplantadas ni desconocer la importancia del intercambio teórico y científico entre distintas regiones del globo, es necesario cuidar que los trasplantes no generen distorsiones en el sistema jurídico de destino cuando se dé su implementación.

Para evitar el uso inadecuado de teorías producidas en otros contextos, aunque originadas en países que poseen condiciones sociales y económicas semejantes, es importante observar las especificidades del diseño institucional y de los sistemas jurídico y político de los países de origen y de destino de la idea, institución o teoría, así como los problemas que tienen que resolver.

Por otro lado, tampoco se debe ignorar la forma como el país receptor suele absorber las teorías extranjeras, a fin de que tal aspecto, es decir, el relativo a la cultura jurídica o a la cultura política, sea tenido en cuenta y que sus posibles riesgos sean examinados al promover la eventual importación.

Al analizar los problemas de la teoría del *análisis de contexto*, trasplantada desde procesos penales en el derecho internacional hacia el derecho penal interno colombiano, Carlos Bernal Pulido (2015b) propone una metodología para aplicar teorías en contextos distintos a los de su producción. Como resalta el autor (2015b, pp. 45-64), cuando se importa un instituto del derecho ajeno, se

deben analizar tres aspectos, para verificar la adecuación de su incorporación al derecho en el contexto de recepción: el **problema conceptual**, el **problema funcional** y el **problema del trasplante**.

El problema conceptual, como explica Bernal Pulido, se refiere a la necesidad de analizar las diferentes concepciones existentes acerca del instituto en cuestión. Hay que verificar cuáles son tales concepciones, qué relaciones existen entre ellas y cuál es preferible para resolver el problema que se pretende tratar.

El problema funcional, por su parte, se refiere a la necesidad de examinar cuál es la función que cumple la teoría o el instituto en el sistema jurídico de origen, desde los puntos de vista analítico y crítico-normativo, a fin de que las funciones que cumpla en el sistema jurídico donde será aplicado sean equivalentes. Por último, es necesario analizar el problema del trasplante.

Específicamente sobre el problema del trasplante, Bernal Pulido aclara:

El problema del trasplante se refiere a la pregunta de si llevar a cabo dicho trasplante resulta admisible. Para responder este interrogante es preciso analizar dos aspectos. Primero, cuáles son las condiciones que deben reunir los marcos de origen y de destino de los conceptos jurídicos para que un trasplante sea admisible. Segundo, si los marcos de origen y de destino [...] reúnen tales condiciones, de tal modo que el trasplante de dicho concepto desde aquel hasta este pueda catalogarse como admisible. (Bernal Pulido, C., 2015b, p. 60).

Tal método será adoptado en esta investigación. Ahora bien, como el trabajo se centra en aspectos relativos a la jurisprudencia y las prácticas institucionales que caracterizan el funcionamiento de la Corte Constitucional colombiana en el campo examinado, es necesario analizar qué aspectos influyen en la existencia de una cultura jurídica constitucional y una cultura política democrática y participativa más o menos consolidadas y qué hace que la aplicación de la norma constitucional sea más o menos efectiva en la protección

de los derechos fundamentales en uno y otro contexto, tras las constituciones de 1988, en Brasil, y de 1991, en Colombia.

Como se considera que los aspectos relativos a la cultura jurídica pueden ser objeto de cambio, aunque la promoción de una cultura democrática, inclusiva y de protección de los derechos humanos deba ser una tarea colectiva y multidisciplinaria, se pretende demostrar la importancia de que el propio poder Judicial actúe para impulsar ese cambio desde adentro, ya que su tarea esencial es proteger tales valores y derechos en el marco constitucional y convencional del país.

Es importante registrar que muchas investigaciones han analizado el trabajo de la Corte Constitucional colombiana bajo diferentes perspectivas. Algunas de esas investigaciones serán consideradas, para **sistematizar** aspectos complementarios de las prácticas institucionales de la Corte, a fin de identificar los elementos que las caracterizan.

Concentrarse en el campo del derecho al agua contribuye, también, a analizar la emergencia de decisiones innovadoras inspiradas en principios del pluralismo jurídico local y regional (constitucionalismo pluralista<sup>11</sup>). Entre ellas, es posible destacar decisiones que superan la comprensión antropocéntrica o biocéntrica del medio ambiente, para pensarlo desde el punto de vista ecocéntrico y/o en la perspectiva de la existencia de derechos bioculturales, como en los casos de las decisiones que protegieron al río Atrato y a la Amazonía como sujetos de derechos, en Colombia.

Tal perspectiva, explícita en la Constitución de Ecuador y en la legislación específica de Bolivia<sup>12</sup>, no es incompatible con la protección medioambiental

---

<sup>11</sup> En ese sentido, entre otros análisis, ver los estudios sobre la intersección entre Derecho y Antropología (Rodríguez & Lopera, 2016) o sobre la necesidad de diálogos interculturales para avanzar en decisiones constitucionales que afecten, por ejemplo, los territorios indígenas (Maldonado, 2006).

<sup>12</sup> En la Constitución de la República de Ecuador (2008), la protección a la naturaleza está prevista en su capítulo séptimo, artículos 71 a 74, y en Bolivia, en la Ley de Derechos de la Madre Tierra, Ley 071 de 2010.

reforzada prevista en las constituciones ecológicas de Colombia y Brasil, de modo que la comparación con Colombia también es relevante para pensar en soluciones para el problema del agua en Brasil, a partir de la Constitución y del bloque de constitucionalidad local, en un contexto geopolítico que agrava las disputas por agua y tierras.

La sistematización<sup>13</sup> (Holliday, 2006, p. 29) es un método originario del campo educativo que se utiliza para comprender, de modo más holístico, cierta experiencia empírica. Esto se hace con el objetivo de **mejorar la propia práctica, compartir con otras prácticas semejantes las lecciones de la propia experiencia, reflexionar teóricamente sobre la experiencia o construir una teoría sobre los conocimientos adquiridos a partir de la práctica social objeto de interés**. La preocupación por la sistematización de una práctica, por tanto, puede estar vinculada a la **intención de preservarla, mejorarla o permitir su transferencia a otros contextos**. En ese sentido, la **sistematización** difiere de la simple **evaluación** o de la **investigación** en el campo de las ciencias sociales aplicadas.

Cabe señalar que la sistematización en el campo educativo suele ser utilizada como un instrumento de investigación-acción, con la participación de los propios actores involucrados en la experiencia, lo que se podría hacer a futuro en Colombia, a fin de profundizar el trabajo aquí iniciado. Sin embargo, se considera que **los principios del método** sirven para **auxiliar las investigaciones que analizan experiencias concretas**, y son especialmente útiles en el campo del **derecho comparado**, cuando el **objeto de la comparación es una práctica jurídica determinada**<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Para Holiday (2006, p. 24), “la sistematización es aquella interpretación crítica de una o varias experiencias que, a partir de su ordenamiento y reconstrucción, descubre o explicita la lógica del proceso vivido, los factores que intervinieron en dicho proceso, cómo se relacionaron entre sí y por qué lo hicieron de ese modo” (traducción libre de “a sistematização é aquela interpretação crítica de uma ou várias experiências que, a partir de seu ordenamento e reconstrução, descobre ou explicita a lógica do processo vivido, os fatores que intervieram no dito processo, como se relacionaram entre si e porque o fizeram desse modo”).

<sup>14</sup> No se tienen noticias de otros trabajos en el campo del derecho comparado que utilicen los principios de la **sistematización de experiencia** (Holliday, 2006) en el método comparativo. Su uso en esta tesis puede ser considerado un aporte original de la investigación para los estudios de ese campo del Derecho.



También es relevante señalar que las investigaciones en torno a una práctica concreta deben considerar la dimensión dialéctica de la relación entre teoría y práctica (Holliday, 2006, pp. 47-50). Tal dimensión tiene presente que los procesos sociales son complejos, históricos y contradictorios, y que están insertados en otros procesos sociales más amplios, igualmente complejos, históricos y contradictorios.

Una visión global e interdisciplinaria de la práctica examinada y del contexto de su generación y aplicación no solo es fundamental para su análisis, sino también para evaluar su transferibilidad a otro contexto.

En ese caso, se deben tener en cuenta, además de los aspectos propuestos por Bernal Pulido (2015b), los aspectos históricos y contextuales del surgimiento y desarrollo de la práctica y los desafíos para su implementación en un contexto distinto, pero compatible en términos conceptuales, normativos y funcionales. Tal es el caso de Brasil, que tiene una cultura jurídica y política distinta (más autoritaria y excluyente), que necesita ser cambiada, para aplicar bien los principios de su propio sistema constitucional.

**PARTE I – EL DESAFÍO DEMOCRÁTICO: El derecho al agua es contramayoritario**

*La importancia de la cultura jurídica y de las prácticas institucionalizadas para la efectividad de un modelo deliberativo democrático e incluyente de protección a los derechos fundamentales*

## **CAPÍTULO 1. Los DESCAs, su relación con el constitucionalismo y la democracia y el contexto de comparación entre Brasil y Colombia**

La efectividad de los DESCAs se puede analizar bajo diferentes perspectivas. Es relevante destacar que su judicialización es una realidad en América Latina, no porque sea, en abstracto, esencial para su satisfacción, sino porque las falencias de los otros poderes en el cumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo son persistentes, y muchas veces la ciudadanía no tiene alternativa distinta a la vía judicial para lograr la satisfacción de un derecho.

En situaciones como estas, es relevante pensar en la importancia del papel del poder Judicial a la hora de dar respuestas constitucionalmente adecuadas y proteger la democracia y los mecanismos de garantía de los derechos, a fin de que no se convierta, también, en uno de los poderes que incumplen su mandato constitucional.

La cuestión relativa al fortalecimiento y la democratización del acceso a la justicia es relevante en América Latina, debido a los precedentes<sup>15</sup>, en diversos campos del Derecho y en distintas épocas, de restricción de la intervención judicial en períodos autoritarios. También, porque se inculpa al propio poder Judicial de los problemas de exceso de litigación o de congestión judicial, y se suele resolver tales problemas por medio de la eliminación del derecho sustantivo o de la restricción del acceso a la justicia.

Así, el tratamiento inadecuado, tanto teórico como práctico, de la deliberación judicial en el campo de los DESCAs puede ser un motivo más de lesión a tales derechos, como se verá, especialmente cuando los mecanismos de acceso a la justicia corren el riesgo de ser restringidos por medidas autoritarias. Por tanto, hay un círculo vicioso que necesita ser superado por

---

<sup>15</sup> Los ejemplos más tajantes pueden ser vistos en los actos institucionales, especialmente, los números 02 (Ato Institucional N.º 2, 1965) y 05 (Ato Institucional N.º 5, 1968), emitidos durante la dictadura militar de Brasil, que vetaban el acceso a la justicia para cuestionar lesiones a derechos originadas en actos practicados con fundamento en dichos instrumentos.

medio del entendimiento de que derechos y democracia no deben ser tratados como campos políticos o jurídicos opuestos, si se quiere avanzar en la efectivación de los derechos fundamentales.

### **1.1. Constitucionalismo vs. democracia: ¿se justifica oponer los dos conceptos? Eligiendo un camino intermedio**

En las últimas décadas, corrientes del constitucionalismo que defienden una perspectiva más liberal o más social del derecho se han enfrentado con visiones distintas sobre el papel político de la Constitución y de los derechos fundamentales. Aun así, ambas consideran que la democracia puede estar en riesgo en el momento presente, por distintas razones.

Unos defienden que la presencia de amplios catálogos de derechos en las constituciones restringe el poder político de los órganos elegidos democráticamente y aumenta desmesuradamente el papel del poder Judicial en el control de las políticas públicas, las cuales deberían ser objeto de construcción política y ciudadana<sup>16</sup>. En ese sentido, hay una idea común de que debe prevalecer la competencia de los representantes elegidos para la toma de decisiones en el campo de las políticas públicas.

Cabe señalar que autores que defienden tal postura no desconocen la importancia de tener parlamentos o gobiernos legítimos y, por tanto, exceptúan la importancia de la decisión judicial en los casos en que el proceso deliberativo democrático no “inspira confianza”<sup>17</sup> (Ely, 1997, 130). Por otro lado, justifican la intervención judicial en caso de “desacuerdos persistentes, sustanciales y de

---

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo, Ely (1997), Waldron (2005) y Bellamy (2007).

<sup>17</sup> Los motivos de desconfianza, para Ely, ocurren cuando: “1) quienes detentan el poder bloquean los canales de cambio político o se aseguran de permanecer en el poder y excluir a los demás, o 2) cuando aunque a nadie se niegue en realidad voz o voto, los representantes comprometidos con una mayoría efectiva sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría, por simple hostilidad, o por negarse perjudiciadamente a reconocer una comunidad de intereses y, al hacerlo, niegan a aquella minoría la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos” (Ely, 1997, p. 130).

buena fe”<sup>18</sup> (Waldron, 2006, p. 1360) sobre derechos entre los miembros de una comunidad comprometidos con el Estado de derecho. Esto, suponiendo, además, que el parlamento y el sistema judicial funcionen adecuadamente y que exista un compromiso general de respetar los derechos de las minorías. Así las cosas, la intervención judicial sería necesaria, ante la existencia de desacuerdos legítimos sobre el contenido o los límites de un derecho (Waldron, 2006, p. 1360).

Sin embargo, una democracia que reconozca límites más amplios a la actuación del poder Judicial puede ser fuerte, siempre y cuando respete y empodere la participación ciudadana y no debilite el papel de los demás poderes. También es relevante anotar que, a pesar de la larga penetración de doctrinas estadounidenses o anglosajonas por fuera de los países que comparten el mismo modelo de Constitución, la idea de que los derechos sociales deben ser protegidos constitucionalmente prevalece en la doctrina sobre el diseño constitucional, como lo mencionan Landau (2015, p. 301) y Cass Sunstein (2001). De modo que la fuerza de la penetración de la defensa de modelos liberales de Constitución puede tener menos que ver con su capacidad de resolver problemas de países con tradición o realidades distintas, que con el protagonismo de aquellos países en el “mercado” de las ideas jurídicas.

De otra parte, en una corriente distinta, autores afirman que democracia y derechos son dos caras de la misma moneda, y que la protección constitucional de los derechos fundamentales es esencial para la efectividad de la democracia. Esta, arguyen, necesita mecanismos jurídicos para asegurar la isonomía entre las personas y, por ende, garantizar el acceso a bienes y servicios mínimos, necesarios para propiciar las condiciones de efectiva participación y deliberación<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Traducción libre de la autora de “persisting, substantial, and good faith disagreement about rights” (Waldron, 2006, p. 1360).

<sup>19</sup> Ver, por ejemplo, Sen (2010), Dworkin (2015), Ferrajoli (2011 y 2015) y Atienza (2017). Todos estos autores incorporan la noción de democracia sustantiva, en la cual, para que las personas puedan desarrollar sus capacidades o tener condiciones mínimas de vida digna, es necesario que tengan acceso a libertades públicas y derechos sociales básicos.

Ronald Dworkin (2014, pp. 399-403) propone una concepción sustantiva de democracia, en la que la legitimidad política está vinculada a la idea de “dignidad humana” (Dworkin, 2014, p. 402), que, a su vez, debe estar basada en principios abstractos que “triunfan sobre las políticas colectivas gubernamentales” y deben ser interpretados a partir de los elementos necesarios para que exista “igualdad de consideración y respeto” con relación a todas las personas. Para el autor, ese es el fundamento de la moral política que debe orientar la interpretación del derecho.

Es relevante observar que tal teoría igualitarista se produce en un escenario de Constitución liberal. Así, con mucha más razón, la preocupación filosófica y política con la dignidad humana como categoría interpretativa de los derechos, especialmente de los derechos fundamentales, debe estar presente en los sistemas jurídicos que la incorporan explícitamente como fundamento constitucional, como en los casos de Brasil y Colombia.

Preocupado por los aspectos sustanciales y procedimentales de la idea de democracia, Habermas (2005) demuestra el vínculo que existe entre autonomía pública y privada o entre derechos subjetivos y soberanía popular, y propugna por que el derecho moderno asegure la participación plural de personas dotadas de los mismos derechos de participación en la formación de las normas jurídicas. Así las cosas, el derecho tiene que asegurar un contenido mínimo aplicable a todos y, también, crear mecanismos de participación ciudadana en la producción de las normas, es decir, de participación de aquellos que serán afectados por estas.

Cabe destacar que, en la práctica, la idea de oposición entre democracia y derechos genera un círculo vicioso de autoritarismo y exclusión.

La experiencia histórica demuestra que los ambientes donde hay desigualdad social, exclusión de grupos sociales vulnerables y disputa por recursos mal distribuidos son más propicios para fomentar comportamientos

autoritarios e individualistas, porque acentuar las desigualdades concentra el poder y disminuye la capacidad de sentir empatía y solidaridad por el otro. Además, en ambientes excluyentes, las políticas de inclusión social no son instituidas como “ordenadores institucionales”<sup>20</sup> (Hoyos, 2016), es decir, no son pensadas como un elemento que contribuye a moldear positivamente la conducta social y reducir la violencia.

En ambientes autoritarios y excluyentes, la opción estatal suele ser el aumento de la vía represiva, aunque represente un camino más costoso e ineficiente. De modo que se puede decir, sin temor a equivocarse, que la cuestión de las cárceles y de las muertes violentas de la población más vulnerable en América Latina no es un “problema social”, sino un proyecto político.

Por otro lado, cuando las políticas sociales son mantenidas a lo largo del tiempo, suelen generar un círculo virtuoso de cohesión social, confianza institucional y solidaridad, que son valores esenciales para la democracia y la seguridad colectiva. La situación contraria, impuesta, por ejemplo, por políticas neoliberales, produce un efecto disgregador, con un aumento de los índices de violencia, pobreza y concentración de riquezas, que son claramente destituidoras de derechos (Oxfam Internacional, 2017).

Volviendo a los modelos de Constitución antes mencionados, cabe destacar dos aspectos que condicionan las diferencias de posición entre las dos grandes corrientes del constitucionalismo citadas *grosso modo*: la concepción de democracia, con énfasis en su aspecto procedimental o sustantivo, y los factores contextuales que influenciaron la elección y el mantenimiento de los diferentes modelos de Constitución (liberal o social) y las diferentes concepciones de

---

<sup>20</sup> Como explicó el autor en la Conferencia “Ordenadores institucionales. Educación en el proceso social democrático” (no publicada), realizada en el coloquio “Educación, participación y democracia”, los días 19, 20 y 21 de octubre de 2016, en la Universidad de Los Andes, en Bogotá, entre los ordenadores sociales están el sistema educativo, el sistema represivo o penal y las políticas públicas de inclusión social. Los tres ordenadores deben ser pensados de forma conjunta, si se quiere promover la ciudadanía y la democracia, con una reducción de la violencia y la desigualdad social.

democracia (sustantiva o procedimental, y esta última, directa, deliberativa, representativa y/o participativa).

En cuanto a la concepción de democracia, están en juego discusiones sobre el poder de las mayorías, los aspectos procedimentales de la deliberación, los aspectos contramayoritarios vinculados a la representación y la protección de los intereses de minorías, la separación de poderes, la participación popular y la importancia de que existan garantías de acceso a bienes o servicios básicos para la población. Esto se discutirá a partir de la concepción de democracia procedimental, participativa y sustantiva que, conforme se entiende, está prevista en las constituciones de Colombia y Brasil.

En lo que se refiere a elementos contextuales, la desconfianza histórica en las instituciones, la existencia de rupturas políticas frecuentes y, en el caso de América Latina, una histórica exclusión social, entre otros factores, influenciaron el modelo constitucional adoptado en los años recientes en la región, inclusive en Brasil (a partir de 1988) y Colombia (a partir de 1991), cuyas constituciones optaron por un modelo de Estado democrático y social de derecho.

Es importante destacar que, como se sabe, el modelo de Constitución adoptado en Brasil y Colombia no es exclusivo de América Latina, y que razones contextuales parecidas influenciaron la adopción de un modelo similar en muchos países de la Europa continental<sup>21</sup>, inclusive en la Península Ibérica, región, ella misma, compuesta por centros débiles (Santos, 2017, p. 134) o periferias con relación al contexto europeo.

Así, preocupaciones relacionadas con la inestabilidad institucional, la desigualdad y el autoritarismo político de un pasado reciente también influyeron en el diseño constitucional de España (1978) y Portugal (1976), países de

---

<sup>21</sup> Sobre la desconfianza institucional en Alemania, las similitudes con la situación de Brasil y la necesidad de una movilización ciudadana para compensar la falta de tradición de una cultura constitucional estable, ver Cittadino (2004, p. 110).



tradición del *civil law*, especialmente en el campo de la protección reforzada de los derechos fundamentales, tras el fin de las dictaduras de Franco (1939 a 1976) y Salazar (1933 a 1974).

Sobre las opciones constitucionales mencionadas, aunque la idea de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos o fundamentales sea un discurso corriente desde el punto de vista del derecho internacional y del constitucionalismo, y que tal principio esté consagrado explícitamente en el artículo 5.º de la Declaración de Viena de 1993 (Organización de las Naciones Unidas, 2013), las tensiones estructurales de la Guerra Fría, que separaron la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales de la protección de los derechos civiles y políticos, nunca fueron totalmente superadas.

Tales tensiones o su polarización (representativas de la oposición entre distintos modelos de Estado) suelen ser reduccionistas y, como lo destaca Bernal Pulido (2005, p. 295), ignoran que la fundamentación de los derechos sociales en el Estado social no niega las libertades.

Esa falsa oposición no considera otras posibilidades de distribución de bienes y recursos en el régimen capitalista, y omite que la propiedad privada es una convención (Murphy & Nagel, 2005) que, por lo tanto, puede ser regulada de formas diversas, inclusive imponiéndosele una **función social y ecológica**, como en Brasil y Colombia.

Las restricciones al uso y a la disposición de la propiedad, entonces, no son incompatibles con el derecho a la propiedad privada ni con la propiedad de los medios de producción, uno de los fundamentos del modelo económico capitalista adoptado en los países analizados. Es importante resaltar que restricciones mucho más severas al derecho a la propiedad privada se suelen encontrar en países capitalistas llamados de primer mundo, inclusive en materia

de tributación de renta, de tasación de dividendos y de impuestos sobre la transmisión sucesoria o grandes fortunas.

Sin embargo, no hay que menospreciar las críticas centrales de teóricos del constitucionalismo en aquellos puntos compatibles con los problemas que enfrentan las democracias contemporáneas de Latinoamérica. En ese campo, una concepción de democracia que resuelva apenas parte de los problemas criticados (procedimentales o sustanciales) no aporta soluciones suficientes para compatibilizar derecho y democracia, especialmente cuando se trata de analizar la aplicación de los DESCAs, en caso de que sean judicializados.

En ese sentido, se puede entender que deliberar en temas de DESCAs no es cuestión de sí o no, sino de cuándo y cómo. Además, que el papel del poder Judicial debe fortalecer tanto el derecho como la democracia. Esa es la posición de Roberto Gargarella (2013b) y de Pisarello (2007), que diseñan propuestas de deliberación dialógica en ese campo, las cuales serán explicadas y desarrolladas a continuación. Además, serán complementadas a partir de sus insuficiencias, observando el caso colombiano y la incorporación de las normas del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y del pluralismo jurídico interno a la deliberación constitucional, para diseñar el modelo propuesto en el presente estudio, sin desperdicio de la experiencia de diálogo social consolidada en el campo del derecho laboral.

## **1.2. Los DESCAs, sus garantías, las objeciones a su judicialización y los temas pendientes del debate para su efectividad**

Como sostienen Ferrajoli y Pisarello, las “debilidades teóricas” de los derechos económicos y sociales (Ferrajoli, 2014, p. 9) o los “perjuicios de tipo ideológico” relacionados con el tratamiento de tales derechos (Pisarello, 2007, p. 14) contribuyen a fomentar las restricciones políticas para su implementación, de modo que es necesario avanzar en ese campo, para superar las limitaciones

doctrinales acerca de la protección judicial de tales derechos, crítica que es muy pertinente para el estado del arte del tema en Brasil.

La experiencia acumulada de los países que implementaron, en décadas recientes, constituciones de perfil social o transformativo<sup>22</sup> permite hacer, en la actualidad, análisis críticos sobre la deliberación judicial en DESCA, a partir de experiencias concretas y de modelos variados de actuación (deliberación dialógica de distintos estilos, litigios de interés público, litigios estratégicos, sentencias estructurales), con suficiente consolidación doctrinal en muchos aspectos y con lagunas o inconsistencias en otros. Los aspectos pendientes del debate se relacionan, sobre todo, con cuestiones políticas y económicas emergentes, como los límites del control del presupuesto público por parte del poder Judicial y la validez constitucional de la imposición de políticas de “austeridad” en contextos que recortan gastos relacionados con derechos sociales, pero que no recortan otros gastos públicos, especialmente gastos financieros y superfluos, como ocurre en Brasil.

Cabe resaltar que las ideas de transformación constitucional y de estabilidad política y social que debe proporcionar una Constitución no son incompatibles, pues la estabilidad deseada por países salidos de procesos autoritarios y excluyentes es la que preserva los derechos fundamentales y la democracia. Los cambios deseados, a su vez, son los que apuntan en el sentido de **más inclusión social** y **más democracia** o, por lo menos, de no regresión de los estándares de democracia y de derechos conquistados. Por ello, la propia

---

<sup>22</sup> Ese término fue acuñado por Karl E. Klare (Klare, 1998, p. 150) “[by] transformative constitutionalism I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country’s political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law”. “Por constitucionalismo transformativo me refiero a un proyecto a largo plazo de promulgación, interpretación y aplicación constitucional comprometido (no en aislamiento, por supuesto, sino en un contexto histórico de desarrollos políticos propicios) con transformar las instituciones políticas y sociales de un país y las relaciones de poder en una dirección democrática, participativa e igualitaria. El constitucionalismo transformativo connota una empresa de inducir un cambio social a gran escala a través de procesos políticos no violentos basados en el derecho” (traducción libre de la autora).

Constitución suele imponer límites a su modificación, creando las llamadas áreas de coto vedado (Bayón, 2000).

El deseo de transformación constitucional puede no prever, a un solo tiempo y en distintos contextos, la ampliación de derechos, especialmente de los derechos económicos y sociales, y el restablecimiento o la profundización de la democracia, como en la definición de Karl E. Klare (Klare, 1998, p. 150). En los casos de Brasil y Colombia, los dos tipos de cambios (social y político) hicieron parte de las luchas constituyentes que derivaron en el modelo constitucional vigente. Sus pilares básicos, que incluyen una declaración de derechos fundamentales y unas reglas democráticas mínimas, están protegidos en contra de una reforma o sustitución constitucional.

Además, los dos elementos (derechos y democracia), como se discute en este capítulo, no son excluyentes. Al contrario, se refuerzan mutuamente, y fueron históricamente restringidos para una parte de la población tanto en Brasil como en Colombia, países que están situados entre los más desiguales y discriminatorios del mundo en el acceso a bienes y servicios para clases sociales o grupos étnicos distintos a los descendientes o sustitutos de los blancos colonizadores.

En lo que se refiere a los derechos sociales, Pisarello (2007, p. 14) señala que su tratamiento como inferiores a los demás derechos fundamentales (tesis de la “minoría de edad” de los derechos sociales) se puede agrupar en cuatro niveles discursivos, todos pasibles de críticas: argumentos (descriptivos o prescriptivos) de “historia” de los derechos, argumentos (axiológicos) de filosofía normativa, argumentos de teoría jurídica basados en la supuesta diferencia de estructura normativa de los derechos en cuestión y argumentos de dogmática constitucional vinculados a los límites deliberativos del poder Judicial.

Tales discursos justificarían el tratamiento diferenciado de derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales, con base en la idea de

“generaciones” de derechos; oposición entre derechos de “libertad” y derechos de “igualdad”; diferencia “estructural” entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, en cuanto a costes y tipo de tutela exigida; idea de que los derechos sociales no son derechos fundamentales y, por tanto, no pueden ser tratados como derechos subjetivos ni ser exigidos judicialmente, o que las políticas públicas no pueden ser objeto de deliberación judicial, entre otras objeciones.

Gargarella (2013b) reconoce la existencia de varias de las objeciones indicadas, pero destaca dos de ellas, así como sus réplicas, para formular un modelo deliberativo dialógico que pretende compatibilizar la protección sustantiva y las garantías procedimentales de la deliberación en ese campo, a partir de una concepción de democracia sustantiva, participativa y deliberativa. Las dos objeciones que el autor destaca son: (i) la tesis de la separación de los poderes y (ii) la objeción democrática relativa al predominio de la decisión de las mayorías, lo que se analizará adelante.

Pisarello (2007), por su parte, propone un modelo de deliberación dialógico, participativo y multinivel que reconozca la importancia de las varias garantías de los derechos sociales, inclusive la garantía de acceso a la justicia.

Los modelos propuestos por los autores mencionados fueron confrontados con el modelo deliberativo utilizado por la Corte Constitucional colombiana (en especial, con la deliberación sobre el derecho al agua). El modelo deliberativo de esa Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales contempla el diálogo constitucional multinivel, la apertura a soluciones dialógicas innovadoras y la protección de la democracia sustantiva, procedimental y participativa.

Tal modelo, que reconoce y valora la importancia de los actores sociales en la deliberación dialógica, es especialmente relevante en escenarios de histórica desconfianza institucional, en los cuales, como alerta Pisarello (2007,

pp. 17-18), no se puede esperar que la protección a los derechos sociales dependa apenas de reformas y/o mediaciones jurídico-institucionales.

En ese sentido, es relevante no perder de vista (Pisarello, 2007, pp. 17-18) que cabe a “los destinatarios y titulares de los derechos fundamentales [...] la tarea de su conquista y defensa”, de modo que tener “[m]ejores garantías y más democracia, en definitiva, serían dos elementos centrales en la tarea de reconstrucción del estatuto jurídico y político de los derechos sociales” (2007, p. 18), lo que también puede ser objeto de lucha y protección por la vía judicial.

La experiencia histórica del derecho internacional y, en particular, del derecho laboral demuestra que el modelo dialógico, democrático y garantista de la tutela del derecho del trabajo, construido en la primera posguerra, no está superado. Tampoco se puede ignorar, en el ámbito de los derechos económicos y sociales, que la importancia de la centralidad del trabajo para la protección de la dignidad humana no puede ser menospreciada<sup>23</sup>. La lucha por la protección al trabajo humano debe, por tanto, seguir paralela a la lucha por el reconocimiento e implementación de otros derechos fundamentales sociales, especialmente los que garantizan la autonomía y la subsistencia, como el derecho al agua, punto focal de este trabajo.

En ese sentido, el modelo propuesto en esta investigación es fruto de la consolidación de la experiencia histórica e internacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin excluir la experiencia laboral, y de la sistematización de una experiencia particular (la colombiana) capaz de demostrar, en la práctica, las fortalezas y las falencias de los modelos teóricos discutidos en el campo de los DESCAs y de aportar elementos para su perfeccionamiento, a partir de los problemas empíricos enfrentados.

---

<sup>23</sup> Mauricio Godinho Delgado (Godinho, 2006) indica que la protección al trabajo subordinado sigue siendo la más efectiva política pública de inclusión social realizada desde la implementación de los Estados de bienestar social.

Es importante destacar que la sistematización (Holliday, 2006) de una experiencia no desconoce que las condiciones particulares del contexto en el que surgió forman parte de la explicación de por qué aparece en un determinado lugar y no en otro. Eso, sin embargo, no invalida el interés por la experiencia favorecida por un contexto peculiar, cuando esta puede ser transferida a otros contextos institucionalmente compatibles que tienen problemas semejantes por solucionar.

Ese es el sentido teórico y metodológico de aprender a partir de la práctica, que, en el caso del derecho constitucional comparado, tiene un largo campo de aplicación, como se verá.

### **1.2.1. Los DESCAs, la garantía de acceso a la justicia, las principales críticas a la justiciabilidad de los derechos sociales y sus objeciones**

Además de Pisarello (2007) y Gargarella (2013b), otros autores comparten las objeciones relativas a las supuestas diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales, muchas de las cuales pueden ser consideradas pacíficas en la doctrina. Se pueden citar, como ejemplo, las manifestaciones de Holmes & Sunstein (1999), Langford (2009 y 2013), Abramovich & Courtis (2014), Morales (2015) y Landau (2015), las cuales se pueden resumir de la siguiente forma.

En el aspecto histórico, no se puede afirmar que los derechos civiles y políticos se consolidaron antes que los derechos económicos y sociales, ni que aquellos derechos fueron anteriores en el plano internacional, con relación a los derechos sociales.

La historia de Europa, Estados Unidos y América Latina demuestra que minorías políticas, sociales o económicas fueron preteridas históricamente en el campo de los derechos fundamentales, los cuales siguen bajo amenaza para tales sujetos. Se puede citar, por ejemplo, el tardío derecho al voto de mujeres,

pobres y negros; el tratamiento discriminatorio en el acceso a la justicia; las restricciones a la libertad de expresión y a la presunción de inocencia en diversos períodos, entre tantas otras violaciones selectivas de derechos, existentes hasta hoy.

De otra parte, además de cuestionar la idea de que hubo un desarrollo universal y lineal de los derechos civiles y políticos separado de los derechos económicos y sociales, Pisarello (2007, pp. 19-25) relata que antes del reconocimiento de los derechos económicos y sociales como “derechos”, a partir de las luchas sociales de los siglos XIX y XX, existieron muchas políticas vinculadas a ayudas a los más pobres, por ejemplo, para permitirles el acceso a la tierra, la alimentación y la educación.

Aunque fuesen consideradas como “asistencia social”, tales políticas pueden ser consideradas como antecedentes de los derechos a prestaciones sociales, y fueron fruto de luchas concomitantes por condiciones dignas de vida y por derechos civiles y políticos.

Por otro lado, en el plano internacional, como destacan Carneiro (2008) y Domènech (2016), derechos sociales, especialmente derechos laborales, fueron reconocidos antes de los derechos civiles y políticos.

En el caso del derecho laboral, el organismo creado para su protección, la Organización Internacional del Trabajo<sup>24</sup> (OIT), y muchos de sus convenios fueron anteriores a la creación de la misma Organización de las Naciones Unidas (ONU). Sus deliberaciones han sido pioneras en varios temas que han contribuido al desarrollo de los derechos fundamentales conexos a la protección laboral, y se han referido, muchas veces, a cuestiones frente a las cuales es más difícil lograr un consenso en el ámbito de la ONU. Tal fue el caso del derecho a

---

<sup>24</sup> Creada en 1919 (mientras que la ONU fue creada en 1945), la OIT aprobó sus primeros convenios en el mismo año de su creación, y reguló temas como las horas de trabajo en la industria, el desempleo, la maternidad, el trabajo nocturno de las mujeres y los menores y la edad mínima para el trabajo en la industria (Convenios 01 a 06, 1969).



la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y tribales, asegurado por el Convenio 169 de la OIT (Convenio 169, 1989) y utilizado en diversos campos del derecho.

Es verdad que la judicialización de los DESC, incluidos los derechos ambientales (DESCA), se expandió con más fuerza en las cuatro últimas décadas, especialmente en Latinoamérica, India y Sudáfrica, lo que se puede explicar por la combinación de normas constitucionales protectoras, acceso a la justicia, contextos de extrema pobreza y desigualdad social e ineptitud u omisión de las autoridades públicas a la hora de resolver los graves problemas existentes. Tales demandas, sin embargo, tienen precedentes en varias regiones del globo, como, por ejemplo, los remedios estructurales (*structural injunctions*) en Estados Unidos (Osuna, 2015)<sup>25</sup>.

La receptividad a las demandas sobre DESC dependía de factores vinculados a la **cultura judicial**, como relata Langford (2009), es decir, a la existencia de jueces con acceso a información en ese campo<sup>26</sup> y con “concepciones más amplias de la naturaleza y alcance de los derechos humanos” (Langford, 2009, p. 105). La importancia de ese elemento (cultura jurídica, más allá de la cultura judicial) será considerada cuando se compare la deliberación constitucional colombiana con la brasileña.

Por otro lado, eso no quiere decir que el aumento de la apertura a tales demandas fuera lineal en el tiempo. Factores contextuales, políticos y económicos han interferido en esa tendencia. Por ejemplo, la protección a los derechos civiles y políticos sufrió retrocesos en ambientes autoritarios o en

---

<sup>25</sup> El autor menciona, en el análisis de tres importantes casos colombianos, precedentes de Sudáfrica, India, Argentina y Canadá, además del célebre caso estadounidense *Brown vs. Board of Education*, de 1954.

<sup>26</sup> Langford (2009, p. 105) menciona que “[e]n una causa pionera por derechos a la vivienda en Sudáfrica, el solicitante, abogado, envió con anticipación al domicilio particular del juez varios libros sobre el tema, lo que parece haber tenido algún efecto sobre la decisión final (Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa and Others vs Grootboom and Others*, 2000)”. Ver la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica sobre el caso (Constitutional Court of South Africa, Tribunal Pleno, Case CCT 11/00. *Government of the Republic of South Africa and Others vs Grootboom and Others*, MP Yacoob J). Un importante estudio sobre el papel de la cultura jurídica en la protección de los derechos humanos en América Latina, en el campo penal, se puede consultar en González-Ocantos (2016).

países bajo dictaduras (Langford, 2009, p. 105 y Pisarello, 2007, p. 25), en el mismo período en que se expandió en otros países. En contextos políticos de tal tipo, hubo situaciones en las que el sistema jurídico fue más receptivo a las demandas o la regulación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que a las demandas relacionadas con derechos civiles y políticos. Tal fue el caso de Nigeria<sup>27</sup>, con relación a las demandas para la defensa de los derechos ambientales.

Finalmente, Pisarello (2007, p. 26) también destaca experiencias reformistas en las cuales las conquistas de derechos sociales no se dieron por la vía constitucional, sino mediante la legislación ordinaria, como en los casos de Nueva Zelanda, Australia y Reino Unido.

Cabe destacar que, pese a que en América Latina existen leyes sobre políticas sociales, su aplicación no siempre es efectiva, lo que hace que también se presenten demandas o conflictos para la implementación de derechos fundamentales disciplinados legalmente, pero incumplidos por la administración pública. Los derechos a la vivienda y al agua son ejemplos de políticas públicas con un grave déficit de implementación en Brasil, a pesar de que existen suficientes mecanismos jurídicos para protegerlos.

Así, tanto en el sentido “histórico” como en el sentido “evolutivo”, se nota la importancia de entender la indivisibilidad de los derechos humanos y la inadecuación de la idea de generaciones de derechos, o de que hay etapas progresivas o evolutivas para su realización. Tal idea (de generaciones de derechos) oculta las “discontinuidades” (Pisarello, 2007) históricas de la regulación de los derechos fundamentales, las desigualdades en su implementación entre distintos grupos sociales, la complementariedad de las luchas por los derechos sociales, civiles y políticos y los factores contextuales,

---

<sup>27</sup> Langford (2009, p.105) cita el caso nigeriano. En entrevista realizada a Felix Moroka (Langford, 2003, p.113), este declara que en los años noventa, ante la dictadura existente en Nigeria, una demanda que se hizo posible fue la protección medioambiental. En el siglo XIX, Pisarello menciona el caso de Prusia, de Bismark, cuando se concedieron derechos sociales, mientras que los derechos sindicales y de participación política eran suprimidos.

inclusive geopolíticos, que dificultaron o favorecieron la implementación de algunos tipos de derechos, y no de otros, en determinados períodos y lugares.

En lo que se refiere a los argumentos de teoría normativa y dogmática, Pisarello (2007), entre otros autores mencionados, también critica la subordinación axiológica de los derechos sociales a los derechos civiles y políticos, por ejemplo, mediante argumentos que sugieren la existencia de una diferencia estructural entre tales derechos y de diferencias en su forma de tutela.

En resumen, Pisarello destaca que no hay por qué oponer los derechos de libertad a los derechos de igualdad, pues no hay libertad efectiva sin el acceso a bienes que suplan las necesidades básicas esenciales para la supervivencia y la dignidad. Además, como ya se dijo, los derechos sociales, en constituciones como las de Brasil y Colombia, no ignoran las libertades públicas.

En ese sentido, los derechos fundamentales deben ser tratados como “indivisibles e interdependientes susceptibles de fundamentación común” (Pisarello, 2007, pp. 52-53). La idea de igualdad, por tanto, no se opone al derecho a la dignidad, a la libertad, a la seguridad ni a la diversidad. Las teorías que se refieren a los derechos fundamentales con base en esa oposición axiológica, además, no son compatibles con la opción valorativa de las constituciones de Brasil y de Colombia y de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento interno de los dos países, que incluyen la dignidad humana, el derecho a la igualdad ante la ley, la seguridad y la no discriminación entre los derechos expresamente reconocidos.

En cuanto a los argumentos relativos a la diferencia estructural entre los dos tipos de derechos y su tutela, hay consenso en el sentido de que no hay derechos sin costes (Holmes & Sunstein, 1999, y Gargarella, 2013b), las tutelas de derechos civiles y políticos o económicos y sociales pueden ser positivas o negativas (Pisarello, 2007, y Gargarella, 2013b) y, en los dos casos, hay decisiones técnicamente complejas y “policéntricas” (Fuller, 1979), es decir, con

múltiples afectados, múltiples intereses en juego y aspectos técnicos complejos para decidir (Langford, 2009, y Morales, 2015).

Sobre los conflictos policéntricos, tanto en Brasil como en Colombia se admite la intervención de los afectados y de expertos, situación que es común en los conflictos ambientales. El manejo democrático y jurídicamente adecuado de la intervención de los interesados, los expertos y las partes tiene desarrollo reciente en la jurisprudencia y en la dogmática procesal, como se discutirá cuando se aborde el modelo deliberativo propuesto.

Otro aspecto de las decisiones policéntricas que suele ser utilizado como un argumento contrario a la justiciabilidad de los DESCAs es la complejidad de su ejecución; sin embargo, el incumplimiento de las decisiones judiciales no tiene que ver con su complejidad o con el número de afectados.

En Brasil, la resistencia selectiva a cumplir las leyes, fenómeno también presente en Colombia (Villegas, 2009), persiste en la fase de ejecución de las sentencias judiciales. La congestión judicial es más alta en la fase ejecutiva del proceso que en la fase de conocimiento: supera, en promedio, el 50 %<sup>28</sup> de los nuevos casos que ingresan en esa fase, y puede llegar a más del 90 % en el caso de las ejecuciones fiscales.

Tal dato (la congestión en la ejecución de las sentencias) no se mide en Colombia, según información del Consejo Superior de la Judicatura<sup>29</sup>, pero se

---

<sup>28</sup> Tal información está incluida en el informe “Justiça em números” del Consejo Nacional de Justicia de Brasil del año 2017, que tomó como base la consolidación estadística de 2016 (Conselho Nacional de Justiça - Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2017). Dos factores justifican la congestión en esa fase: el incumplimiento espontáneo de las decisiones y las metas institucionales relativas a la fase de conocimiento, que movilizan, implícitamente, al aparato institucional a priorizar los procesos en esa fase, cuestión cultural que necesita ser modificada.

<sup>29</sup> Esto, de acuerdo con el oficio UDAEOF16-2198 de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura (anexo III de la tesis), que informa que “el reporte realizado por los funcionarios judiciales se refiere a las decisiones proferidas en el despacho, pero no se detalla cuántas de ellas se cumplen con baja definitiva del caso”. En Brasil, la medición de ese dato es reciente, ya que, anteriormente, un caso era considerado “resuelto” después de dictada la sentencia. Los análisis de las causas de incumplimiento son una tarea pendiente, aunque se pueda inferir, como en el caso laboral, la existencia de la subcontratación por empresas económicamente precarias como uno de los factores predominantes de ejecuciones frustradas.

supone, por la similitud con otros indicadores relativos al perfil de las demandas y de la cultura jurídica de incumplimiento de las normas en los dos países, que las sentencias incumplidas se pueden acercar a la tasa brasileña, lo que implica un estudio más profundo de las causas de tal fenómeno, para ir más allá de la complejidad de los casos.

Lo mismo se dice de los derechos que involucran la necesidad de diseñar e implementar políticas públicas. Las críticas a la duración de la ejecución de las sentencias no tienen en cuenta que los tiempos necesarios para planificar y ejecutar políticas en el ámbito de la administración pública también son largos, de modo que las críticas negativas de la doctrina pueden ser desproporcionadas, especialmente por las frecuentes discontinuidades de las políticas implementadas en el ámbito del poder Ejecutivo, que se pueden minimizar cuando la política está amparada por una decisión judicial.

Por tanto, ante la omisión sistemática, reiterada y grave del Estado en América Latina para implementar los derechos de la ciudadanía, se pregunta si es adecuado debilitar teóricamente la justiciabilidad de los derechos fundamentales, a lo que se contesta negativamente.

Se entiende que debilitar la garantía de acceso a la justicia, con el argumento de evitar una violación a la democracia, en lugar de compatibilizar la democracia y la garantía judicial de acceso a los tribunales, puede servir para suprimir un derecho esencial para fortalecer a la misma democracia.

Eso no quiere decir que se recomiende la judicialización de los derechos económicos y sociales como una estrategia de lucha política. Tal decisión (judicializar o no un conflicto) compete exclusivamente a los actores interesados y depende de un cálculo estratégico de riesgo y conveniencia (de tipo costo-beneficio) que va más allá de lo estrictamente jurídico. En muchas circunstancias, sin embargo, la demanda judicial es el único camino disponible

para proteger un derecho o una garantía legal o constitucional, evaluación que se hace siempre a partir de las circunstancias del caso concreto.

Es posible decir, no obstante, que el fortalecimiento de la democracia, inclusive con la protección de las garantías ciudadanas por el poder Judicial, puede fomentar otras herramientas de solución de conflictos que contribuyan a disminuir la necesidad de accionar ese poder para resolver cuestiones de fondo relativas a políticas públicas y DESCAs. Eso puede ocurrir, por ejemplo, cuando el poder Judicial garantiza la participación en una consulta pública o el acceso a información sobre riesgos ambientales; de modo que la judicialización de conflictos en DESCAs puede darse para proteger distintos niveles de derechos y garantías ciudadanas.

Los factores que hacen que personas, organizaciones sociales o instituciones del Estado elijan la vía judicial como una forma de combatir las violaciones a los derechos humanos escapan, por tanto, a los propósitos de esta investigación. Se sabe, sin embargo, que el fortalecimiento de la democracia amplía las herramientas de defensa ciudadana, y que la doctrina sociológica reciente considera que para el éxito de una demanda judicial policéntrica o que involucra conflictos colectivos, la lucha política no termina cuando se enjuicia la acción.

La visibilidad del problema durante las fases de instrucción del proceso y de implementación de las sentencias sigue siendo un campo de lucha jurídica, política y social paralela a los actos procesales practicados, con el fin de garantizar la discusión del tema en la agenda pública y una mayor probabilidad de efectividad del resultado de las demandas, especialmente cuando estas involucran grupos económica o políticamente poderosos (ver Langford, Rodríguez & Rossi, 2017).

Dejar este tema (el análisis estratégico de la justiciabilidad de los derechos) por fuera del centro de la investigación es reconocer que el poder

Judicial actúa por provocación y que no le cabe ese tipo de cuestionamiento, aunque sea una cuestión relevante para los actores interesados en la demanda.

Se puede decir, por otro lado, que la calidad, la efectividad y el tiempo de respuesta del poder Judicial contribuyen a que exista o no confianza institucional en su actuación, y que, por tanto, pueden incentivar o desincentivar el uso de la vía judicial en la lucha por los derechos.

Para mantener la confianza institucional importa, en la discusión objeto de esta investigación, prescribir cómo debe actuar el poder Judicial, para, después de provocado, darle una respuesta adecuada al conflicto desde los puntos de vista legal, procedimental, temporal, convencional y constitucional.

En el modelo propuesto, responder adecuadamente significa actuar dentro de los límites de la competencia constitucional, de forma multinivel (constitucionalismo multinivel), observando el modelo de democracia deliberativa y participativa previsto en el ordenamiento jurídico o exigido por las peculiaridades del caso o del derecho en cuestión. Además, observar las garantías sustantivas y procedimentales que protegen el ejercicio del derecho.

La discusión, por tanto, se hace en el marco del derecho a un proceso justo y adecuado (Greco, 2002) compatible con las características del derecho fundamental que será examinado, con las peculiaridades del caso y con las garantías democráticas necesarias para la protección del derecho, lo que no se confunde con el activismo judicial.

Ser activo en la respuesta judicial no debe ser sinónimo de ser activista, como destaca Claudia Toledo (2018).

El activismo no tiene un “concepto unívoco” (Toledo, 2018, párr. 1). Con relación a él, pueden existir conceptos o concepciones distintas, por ejemplo, como sinónimo de **progresismo**, que es el uso más común en el campo de la

sociología jurídica, o de **actuación excesiva**, que es el uso más corriente en los estudios de filosofía política, derecho constitucional o ciencias políticas, donde el término suele tener una carga peyorativa implícita, como destaca Toledo (2018, párr. 1).

(...) por su origen etimológico, el sufijo “ismo” es frecuentemente asociado con una connotación negativa, motivo por lo cual es pertinente tratar el activismo judicial no como una actuación cualquiera del poder judicial, sino como su actuación excesiva, de la cual resulta una injerencia judicial indebida en la competencia de los demás poderes del Estado<sup>30</sup>.  
(Toledo, 2018, párr. 1).

En sentido similar al defendido por Toledo (2018), pero yendo más allá de lo indicado, la actuación “activista” del poder Judicial puede darse cuando este no observa los límites de la separación de poderes. Así mismo, cuando no respeta los límites de las reglas de protección de los derechos ciudadanos, por actuar en disconformidad con tales reglas o no actuar cuando la ley determina que lo haga, es decir, cuando es **activo**, **indiferente** o **deferente**, y la ley determina que se **abstenga** de intervenir en derechos y libertades públicas o que **actúe para impedir la omisión o la acción violatoria** de derechos.

En una connotación negativa de la actuación del poder judicial, por tanto, puede ser considerado “activista” un juez cuyas decisiones, que pueden ser o no progresistas (pues existe el llamado **activismo regresivo**) o ser o no “activas” (el llamado “pasivismo” judicial por “deferencia”<sup>31</sup> o “indiferencia”<sup>32</sup>), sean tomadas a partir de creencias personales y/o de un pragmatismo consecuencialista<sup>33</sup>, sin respetar la integridad del sistema constitucional, las

---

<sup>30</sup> “[P]or sua origem etimológica, o sufixo ‘ismo’ é frequentemente associado a uma conotação negativa, motivo por que se entende pertinente tratar o ativismo judicial não como qualquer atuação do judiciário, mas como sua atuação excessiva, da qual resulta ingerência judicial indevida na competência dos demais poderes do Estado” (Toledo, 2018, párr. 1). Traducción libre de la autora.

<sup>31</sup> Ver Bustamante y Bustamante (2016), cuando analiza el STF y sus omisiones en el ámbito de los límites procedimentales de la actuación del poder Legislativo.

<sup>32</sup> Ver Benjamin (2018), cuando identifica omisiones judiciales injustificadas en el campo ambiental, donde la ley es muy “activista”, es decir, muy protectora del derecho a la integridad ambiental y, por tanto, debería provocar una actuación judicial.

<sup>33</sup> Un artículo reciente de Conrado Hübner Mendes (Mendes, 2018a) reveló los trazos de la cultura jurídica autoritaria y excluyente en la mala aplicación del derecho, inclusive, de teorías liberales consecuencialistas (como el análisis económico del derecho). Según el autor, en el STF es común fundamentar decisiones de



normas del derecho internacional de los derechos humanos y las garantías fundamentales de los ciudadanos.

Cuando el concepto de “activismo” judicial empleado en el campo del constitucionalismo o de la filosofía política se traslada de un contexto político y jurídico de Estado liberal a un contexto político de Estado social, y ese Estado, históricamente, rechaza la aplicación de los derechos humanos, puede condenar la conducta del juez que “constituye” derechos y legitimar la conducta del que “destituye” derechos. Esta hipótesis, que es preocupante en Brasil, justifica la necesidad de realizar estudios a partir de un mapa conceptual que no ignore los problemas del contexto latinoamericano y el modelo constitucional (Estado social) vigente en las constituciones de América Latina.

La creatividad judicial para resolver problemas complejos y la actuación activa de una Corte para impulsar los cambios determinados en la Constitución o la implementación de un derecho subjetivo previsto en el ordenamiento jurídico del país no exceden, por tanto, su límite funcional.

Así las cosas, la ausencia de un formalismo o positivismo estricto, por sí sola, no transforma a una Corte en activista, especialmente cuando su actuación está amparada por la Constitución vigente y por los tratados internacionales adoptados por el país, y cuando la respuesta, en los límites de su competencia material y territorial, resuelve problemas concretos causados por la acción abusiva o la omisión del Estado o por la violación de derechos fundamentales por parte de actores privados.

---

gran repercusión en la vida política, social o económica del país utilizando argumentos pragmatistas, de estilo consecuencialista, pero sin utilizar datos empíricos o investigaciones serias que fundamenten la decisión. Mendes denominó ese fenómeno como “consequenciachismo” (“consecuencreísmo”, en una traducción libre al español), lo que sería “un estado de espíritu, un pensamiento deseoso, la confusión entre lo que es y lo que se quería que fuera” (Mendes, 2018a). En ese sentido, la experiencia consolidada de la Corte Constitucional colombiana también puede dar buenos ejemplos a Brasil. La necesidad de datos empíricos para fundamentar las decisiones frecuentemente se suple con pareceres de expertos o con fundamento en la investigación de una fuente fiable. Los casos del derecho al agua también lo demuestran, por el carácter técnico o policéntrico de muchas de sus decisiones.

En ese mismo sentido, Manuel Atienza (2017), cuando advierte sobre la necesidad de conectar el derecho a la praxis y a los problemas específicos del mundo latino, reconoce los desafíos específicos que el derecho tiene que resolver en América Latina (y en sistemas latinos europeos basados en el *civil law*), relativizando las críticas de teorías originadas en contextos anglosajones. Henao (2013) también se manifiesta en ese sentido, en cuanto a la judicialización de políticas públicas, al igual que Rodríguez (2011), en cuanto a la necesidad de producir dogmática, teoría, estudios socio-jurídicos y educación jurídica compatibles con los problemas de América Latina.

Por tanto, aunque se consideren importantes y pertinentes muchos de los análisis hechos, por ejemplo, por Rodríguez & Franco (2015) y Landau (2015), la Corte Constitucional colombiana puede haber sido **progresista** en muchos ejemplos citados por ellos, sin ser “activista”, en el sentido negativo del término.

La creatividad y las soluciones innovadoras tomadas de modo institucionalizado en esa Corte Constitucional revelan la necesidad de replantear el concepto de activismo en los campos sociológico y de las ciencias políticas, cuando se aplica a los análisis de la actividad del poder Judicial en el contexto latinoamericano. Esto, porque, cuando el orden jurídico es protector de un bien jurídico o, como afirma Benjamin (2018), cuando el orden jurídico “es activista”, no cabe al poder Judicial no serlo, es decir, no cabe al poder Judicial ser “deferente” o “indiferente” con el poder político o el poder económico, cuando violan un bien o derecho. Ese es, precisamente, el caso de la jurisdicción en materia ambiental o “del agua” (Benjamin, 2018), como se verá.

En su marco legal, Brasil ofrece una respuesta conceptual distinta a ese problema, al prever el derecho a un proceso justo y adecuado (Greco, 2002), que es el derecho al tratamiento procesal de casos complejos, con la participación de los afectados y de la sociedad. Así mismo, incorporó al propio Código Procesal el deber de proteger la dignidad humana, conforme a los nuevos

principios del proceso civil previstos en ese código (Código de Proceso Civil, 2015, artículo 8.º).

Colombia, por su parte, da una respuesta institucionalizada, por medio del constitucionalismo multinivel, en el que las fuentes del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos se incorporan al proceso deliberativo ordinario, en contenido y método. Algunos autores (Thornhill, 2016) califican tal proceso como responsable de la creación de un nuevo modelo democrático. Esto es totalmente compatible con el orden jurídico de Brasil, como se verá en la comparación de los dispositivos normativos y de los instrumentos de derecho internacional vigentes en los dos países.

Es a partir de ese marco conceptual que se analizará y sistematizará el modelo deliberativo de la Corte colombiana. Un eventual “activismo”, en el sentido de exceso de la actividad judicial (regresivo o progresista), se podrá indicar en los análisis de los casos.

Por tanto, se asume que cuando el orden jurídico demanda una firme protección de un bien jurídico, un poder Judicial activo y creativo no es, necesariamente, un poder “activista”. Solamente hay “activismo”, en el sentido negativo del término, cuando tal poder actúa de oficio donde no puede hacerlo o cuando, una vez demandado, sobrepasa los límites de su competencia funcional, al conceder beneficios que la ley no permite o dejar de concederlos, pese a que la ley lo determina.

Además, la justiciabilidad de los derechos fundamentales está reconocida en las constituciones de Brasil y de Colombia y en pactos internacionales adoptados por ambos países. Así mismo, están dadas las condiciones históricas para su judicialización, pues existe tanto una previsión constitucional, convencional o legal de derechos sociales configurados como derechos fundamentales justiciables en los órdenes jurídicos vigentes, como una resistencia histórica de los poderes políticos constituidos a implementarlos.

Por tanto, en los países mencionados, la judicialización de los derechos fundamentales tiene un significado concreto práctico, al contrario de lo que pasa en países con constituciones liberales, pues los modelos constitucionales vigentes en Colombia y Brasil tuvieron la clara intención de impulsar la promoción de cambios sociales incluyentes en el campo de los derechos.

Las objeciones en contra de la exigibilidad o la justiciabilidad de los derechos sociales intentan subordinar los mecanismos de protección de tales derechos a requisitos incompatibles con los modelos constitucionales vigentes en Brasil y Colombia. Tales requisitos suelen estar basados en teorías producidas en contextos distintos (Henaó, 2013, p. 67), fundamentadas política o filosóficamente en valores que no se adecuan a los principios de los sistemas jurídicos examinados o creadas para resolver problemas diferentes.

La cuestión de la judicialización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en Brasil y Colombia, por tanto, no puede ser una discusión de sí o no, sino de cómo y cuándo el juez debe intervenir, lo que se discutirá a partir del método deliberativo sistematizado en la investigación.

### **1.2.2. El constitucionalismo dialógico, multinivel y democrático. La construcción de un modelo deliberativo a partir de teorías dialógicas y de la sistematización de la experiencia colombiana**

Gargarella (2013b, pp. 110-117), al proponer un modelo de deliberación en DESC, pretende superar dos objeciones a la justiciabilidad de tales derechos: (i) la objeción a la separación de poderes y (ii) la objeción democrática.

En el primer caso, pretende superar el argumento de que la justiciabilidad de los DESC “implicaría dejar que la justicia tomase el lugar de los legisladores, que son los constitucionalmente encargados de resolver cuestiones que tienen que ver con el presupuesto” (Gargarella, 2013b, pp. 110-111).

En lo que se refiere a la segunda objeción, el autor pretende superar el argumento de la “falta de legitimidad de la justicia para resolver cuestiones relacionadas con el diseño de políticas públicas, en general” (Gargarella, 2013, p. 111).

Gargarella (2013b, pp. 112-114) contesta a estas objeciones con base en una concepción de separación de poderes no estricta y basada en el sistema de frenos y contrapesos, que permite a los poderes convivir en diálogo y controlarse recíprocamente. Ese es el modelo adoptado por las constituciones de Brasil y de Colombia, que prevén la independencia y la armonía entre los poderes, lo que supone la posibilidad de colaboración armónica entre ellos (Henao, 2013, p. 68), pero, también, la existencia de mecanismos de control recíproco de las actividades de los agentes públicos y políticos.

No hay que ignorar que el sistema democrático, por la vía electoral, decide qué políticas públicas serán implementadas por los gobernantes elegidos. En ese sentido, el poder Judicial no debe intervenir en la actuación discrecional de los poderes Legislativo y Ejecutivo en el diseño y la ejecución de tales políticas, salvo que esos poderes omitan regular o implementar un derecho fundamental o que la regulación o implementación de un derecho viole el orden jurídico. Esto ocurre, por ejemplo, cuando no observan la equidad y la isonomía de tratamiento entre los beneficiarios de una política o cuando contrarían las normas previstas en la Constitución o en las leyes.

También es necesario tener en cuenta que la implementación de políticas públicas genera “consecuencias prácticas y reacciones” (Henao, 2013, pág. 68), las cuales pueden ser, en parte, predecibles, si se conoce quiénes serán los afectados (negativa o positivamente) por ellas. En ese sentido, el poder Judicial debe ser consciente de los variados tipos de resistencias que pueden advenir de sus órdenes, lo que se tratará cuando se analicen los casos que involucran órdenes estructurales y sus impactos en la eficacia de las decisiones.

Sobre la objeción democrática, el autor (Gargarella, 2013b, pp. 117-121) afirma que las constituciones de Latinoamérica positivizaron los derechos sociales, entendidos como derechos exigibles. Además, propone pensar en un modelo de democracia deliberativa en ese campo, que contemple los siguientes aspectos: **“(1): Control judicial del carácter inclusivo del proceso de creación legislativa”, “(2): Control judicial del carácter deliberativo del proceso de creación legislativa”, “(3): Decisión judicial construida dialógicamente” y “(4): Decisión construida en diálogo con los otros poderes”.**

Partiendo del modelo propuesto por Gargarella, se agregan otras seis premisas: **(5) control inclusivo de la creación de políticas públicas por el poder Ejecutivo y (6) control deliberativo de la creación de políticas públicas por el poder Ejecutivo. Ambos controles operan cuando la participación de los afectados es esencial para el resultado de la política que se va a implementar o cuando tal participación está protegida legal, convencional o constitucionalmente**, como es el caso de la protección de los derechos de las comunidades tribales e indígenas (Convenio 169,1989), de las consultas tripartidas en el ámbito laboral (Convenio 144, 1976) o de las decisiones en el campo del derecho al agua (por ejemplo, el deber de escuchar a los comités de cuenca).

Además de la decisión, **(7) su cumplimiento se debe construir dialógicamente, (8) la deliberación debe incorporar el constitucionalismo multinivel (diálogo entre fuentes internas e internacionales) y plural (diálogo entre fuentes internas multiculturales o pluriétnicas y las demás normas del ordenamiento) y (9) las garantías democráticas deben ser objeto de protección judicial reforzada (protección multinivel), para fortalecer los mecanismos institucionales y extrainstitucionales de protección de los derechos, incluida la participación social y política y la**

**autotutela de los derechos (esto es, la protección de los derechos por los propios ciudadanos) ejercida por fuera del ámbito del poder Judicial.**

De otro lado, por el mismo razonamiento de que los aspectos sustantivos de la democracia no se pueden separar de sus aspectos procedimentales, se entiende que las cortes deben comprometerse con la democracia sustantiva, por el contenido de sus decisiones, y con la democracia procedimental, es decir, con los procedimientos que gobiernan su propia actuación.

Esa necesidad de coherencia entre forma y contenido obliga a las instituciones judiciales a actuar con transparencia, pluralismo en la participación de los afectados, imparcialidad e independencia ante los demás poderes del Estado, ante los poderes políticos y económicos y ante interferencias internas del propio poder Judicial. Así, se agrega otro requisito al modelo: **(10) las prácticas institucionalizadas de *accountability* de una corte deben ser igualmente tratadas como necesarias para la efectividad de su actuación en la protección de los derechos fundamentales, así como los aspectos sustantivos y procedimentales necesarios para la aplicación de los derechos. Tales prácticas también sirven de instrumentos de protección institucional y pueden dar más estabilidad y resiliencia a la Corte en momentos de turbulencia democrática.** Ese aspecto, por tanto, no es secundario en la eficacia de la deliberación judicial, especialmente por sus efectos virtuosos en el campo de los derechos humanos (Uprimny, 2018) y del blindaje institucional, como se explica a continuación.

En lo que se refiere a la protección de las garantías ciudadanas, no cabe duda de que los derechos son fruto de luchas sociales por su reconocimiento e implementación (o no retroceso). También es pacífico el entendimiento de que la efectividad de los derechos depende de garantías<sup>34</sup> múltiples (institucionales, extrainstitucionales o sociales), de modo que la lucha por su reconocimiento, por

---

<sup>34</sup> En la definición de Víctor Abramovich & Christian Courtis (2006, p. 65), “garantías son mecanismos o técnicas de tutela de los derechos, destinados a asegurar su efectividad”.

la creación y fortalecimiento de institutos e instituciones que los protejan y por la defensa de su protección por vía judicial (acceso formal y sustancial a la justicia) son formas complementarias de búsqueda de su efectividad, siendo el acceso a la justicia una vía de potencial protección, inclusive, de las otras garantías ciudadanas.

En el sentido propuesto por Pisarello (2007) y Abramovich & Courtis (2006), para la efectividad de los derechos no solo es esencial su protección sustantiva, sino también las garantías para su creación, implementación y protección por autoridades o instituciones públicas (garantías políticas y jurisdiccionales) y por los propios interesados.

Son ejemplos de garantías políticas, según los autores mencionados, aquellas dirigidas a los actores elegidos políticamente (poderes Legislativo y Ejecutivo). Con relación al poder Legislativo, son ejemplos de garantías políticas los principios de reserva legal (garantía formal) y de generalidad, universalidad y contenido mínimo de la ley (garantías materiales), cuya elaboración está vinculada a los límites constitucionales y convencionales, a las leyes de procedimiento legislativo y al reglamento interno de los órganos legislativos, lo que es pasible de controles de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, en cuanto al aspecto procedimental<sup>35</sup>.

En el campo de la administración pública, son ejemplos de garantías para la protección de los derechos el poder de policía, incluidas las auditorías fiscales (control de pago de tributos, vigilancia sanitaria, fiscalización de la educación, inspectoría del trabajo, entre otras); la existencia de órganos de control autónomos (tribunales de cuentas, contralorías y defensorías del pueblo); los límites vinculantes de gastos en el presupuesto, el debido proceso administrativo y las políticas de cuotas para la protección de personas vulnerables, entre otras.

---

<sup>35</sup> Ver, en ese sentido, las críticas que hacen Bustamante & Bustamante (2016) a las omisiones o el “pasivismo” del STF al examinar las nulidades del proceso legislativo brasileño, confrontadas con el “activismo” del mismo órgano en el control de los aspectos sustantivos de las normas.



Otros tipos de garantías institucionales, estas secundarias, son las garantías jurisdiccionales, que “permiten típicamente a la o las víctimas de la violación presentar un reclamo, denuncia, demanda o queja ante el incumplimiento por el sujeto obligado” (Abramovich & Courtis, 2006, p. 79). La demanda puede ser presentada por el propio afectado o por una institución encargada de proteger los derechos individuales o colectivos de las personas afectadas. Para presentar la demanda, es necesario identificar “la conducta debida”, “el sujeto obligado” y “las acciones y remedios adecuados” (Abramovich & Courtis, 2006, pp. 80-81), lo que no plantea problemas en el campo de la justiciabilidad de los derechos sociales en Brasil y Colombia, ante su expresa exigibilidad en las constituciones de los dos países y la justiciabilidad prevista en los instrumentos internacionales aplicables<sup>36</sup>.

El tercer grupo de garantías de los derechos son las garantías extrainstitucionales o sociales, incluida la participación social, que debe ser protegida tanto para la autotutela de los derechos, como para democratizar las garantías institucionales anteriormente mencionadas, como se defiende en el modelo dialógico propuesto. Ese grupo de garantías también puede ser protegido por los medios institucionales (políticos y jurisdiccionales) ya mencionados.

Pisarello (2007) y Abramovich & Courtis (2006) citan, como garantías sociales o de participación, los derechos civiles y políticos básicos, como los derechos al voto y la participación política; los derechos de asociación y reunión; el derecho de petición y la libertad de expresión. Otras garantías de tal naturaleza son el derecho de acceso a la información sobre los actos de gobierno y acceso a datos relativos a políticas públicas que estén en poder de los órganos públicos. También están las garantías relativas a la participación ciudadana, como, por ejemplo, la iniciativa popular en la producción legislativa, la participación en audiencias públicas, las consultas ciudadanas, las formas de impugnación

---

<sup>36</sup> En ese sentido, ver la Observación General n.º 09 (E/C.12/1998/24) del Comité de Derechos Económicos y Sociales de la ONU (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, 1998).

pública, el control ciudadano del presupuesto público y otras formas de autotutela, como el derecho a la huelga, las protestas y los boicots.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene un relevante papel en el refuerzo de tales garantías, pues dicta criterios sustanciales y procedimentales para la realización de los derechos protegidos en el sistema internacional.

Entre los criterios mencionados están los principios para su interpretación e implementación, que son transversales a la regulación de los varios derechos humanos reconocidos internacionalmente y a los métodos de trabajo para diseñar e implementar políticas públicas a partir del “Enfoque Basado en Derechos (EBD)” (Barco, 2014), recomendados por la ONU y por sus comités de derechos humanos.

Los principios rectores de los derechos humanos son los de **universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad** previstos en la Declaración universal de derechos humanos (1948), aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948, y aplicables al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966) (PIDESC), conforme al artículo 3, letra c, de la Resolución 421 E (V) de la ONU (Resolución 421 E (V), 1950), expedida por la Asamblea General de Naciones Unidas, en 1950.

En cuanto al diseño e implementación de políticas públicas, su EBD, además de la **progresividad**, prevé la **igualdad y no discriminación**, la **participación ciudadana**, la **transparencia** y la **rendición de cuentas** como los principios que deben observar los agentes públicos en la toma de decisiones (Barco, 2014). La **atención especial o prioritaria a los más vulnerables** también está prevista explícitamente en diversas disposiciones normativas del sistema internacional, como se discutirá con relación al derecho al agua, que les

da un tratamiento especial a las mujeres, los niños y las niñas y los discapacitados.

Una corte constitucional que tiene la tutela de los derechos fundamentales como competencia central, como la colombiana, termina por incorporar en sus prácticas deliberativas los principios rectores y los métodos de trabajo mencionados. En ese sentido, uno de los elementos que llaman la atención de investigadores que analizan la Corte Constitucional colombiana es, precisamente, la **institucionalización de sus prácticas deliberativas en consonancia con las tutelas que examina** (Landau, 2015) y el **uso sistemático del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos** en la fundamentación de sus decisiones (Thornhill, 2016).

Las prácticas deliberativas institucionalizadas y transparentes, amparadas en las normas constitucionales, procesales y en los parámetros internacionales del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, le dan más **estabilidad** a un tribunal en contra interferencias externas, contrario a lo que ocurre cuando los magistrados actúan como “islas”, como se verá en el caso del STF de Brasil (Mendes, 2010). En un sentido similar, Sadursky (2019) destaca el papel de las prácticas para la **resiliencia institucional**, analizando el caso polonés.

Ese elemento (la adopción de prácticas deliberativas transparentes e institucionalizadas) no es, por tanto, secundario, sino esencial a un arreglo institucional que pretenda generar calidad deliberativa, independencia judicial, imparcialidad y confianza institucional.

### **1.2.3. Una visión ampliativa del concepto de diálogo, los desafíos emergentes de la deliberación estructural en DESCA y la importancia de preservar la experiencia consolidada en el campo laboral**

A partir del modelo sistematizado en el apartado anterior, que complementa los modelos de Gargarella (2013b) y Pisarello (2007) para deliberación en derechos

económicos y sociales, es necesario destacar algunos aspectos que todavía no han sido sistematizados por la doctrina, cuando se trata de un modelo de deliberación judicial en DESCA. Estos aspectos se definen a continuación, como premisas del modelo propuesto en la investigación: **(i) la no superación del modelo estándar de protección de los derechos sociales basado en la centralidad del trabajo y de la previdencia social; (ii) la participación que debe ser especialmente protegida en los diálogos internos o externos al poder Judicial es aquella relativa a las minorías históricamente excluidas; (iii) los varios tipos de debate y de diálogos constitucionales son necesarios y deben ser usados de modo complementario, según la necesidad, en la deliberación en DESCA, y (iv) es necesario superar el tabú según el cual el poder Judicial no debe discutir los límites presupuestales para la implementación de derechos sociales, en tiempos de neoliberalismo financiero y de políticas de “austeridad” selectiva.**

En ese sentido, en primer lugar, se considera esencial no abandonar el modelo de protección al trabajo como modelo estándar de protección de los derechos sociales, y proteger otros derechos fundamentales que funcionan como derechos “estructurales” o “esenciales” frente a otros, como es el caso del derecho al agua.

Con relación a tales aspectos, es necesario avanzar en una jurisprudencia contraria a las políticas de austeridad selectiva; además, en tratándose de países de América Latina, también es necesario tener en cuenta la cuestión geopolítica que está detrás de la imposición de políticas restrictivas de los gastos públicos, y no ignorar los impactos que esas políticas generan en contextos donde hay pobreza, desigualdad social y dependencia política y económica de otros centros hegemónicos.

En lo que se refiere a la importancia de los procedimientos dialógicos para el control del carácter deliberativo e inclusivo del proceso legislativo, del diseño e implementación de políticas públicas, así como de la participación de los

afectados en los tribunales, es necesario pensar que esa regla busca asegurar la participación de las minorías que tienen un déficit de representación histórico en cada contexto.

Los actores que son política, social o económicamente hegemónicos suelen estar bien representados o, mejor dicho, hiperrepresentados en los espacios deliberativos institucionalizados; inclusive, en algunos tribunales, como el STF, donde actores económicos tienen (o tuvieron) canales<sup>37</sup> de acceso creados institucionalmente o declarados públicamente, sin mecanismos de control interno por parte del poder Judicial o de control externo por la ciudadanía.

En ese sentido, Gargarella (2013b) está de acuerdo con Ely (1997) en cuanto al papel del poder Judicial en la protección de “minorías reducidas en número y aisladas” (Gargarella, 2013b, pp. 123-124), con el fin de abrir canales de cambio político, lo que sirve para proteger la participación popular en el ámbito de los poderes Ejecutivo y Legislativo, pero también ante el poder Judicial.

En lo que se refiere a la deliberación dialógica y a la implementación dialógica de las decisiones, se considera, como Gargarella (2001, pp. 324-326), que el binomio deliberación y representación plena de los afectados contribuye a la **imparcialidad** de las decisiones, por la posibilidad de alcanzar los siguientes objetivos: **conocer mejor el problema y las opciones de solución y saber cuáles son las más adecuadas; mejorar el argumento de los interlocutores; descubrir errores de razonamiento; mejorar la capacidad de convivir y permitir el intercambio de argumentos y el cambio de opinión.** Tales

---

<sup>37</sup> Cítase, por ejemplo, la manifestación pública sobre un proceso sensible que hizo la presidenta del STF, magistrada Carmen Lúcia, en una cena con grandes corporaciones multinacionales interesadas en diversos procesos que cursaban ante el STF o en disputas políticas del país *post-impeachment* (Justificando, 2018a); la creación de un consejo compuesto solamente por empresarios, para discutir con el STF los problemas del país, con reuniones sobre procesos en trámite, como la reforma laboral, que tiene al menos 18 acciones de control de constitucionalidad ante el STF (Consultor Jurídico, 2017), y el uso de información de un empresario obtenida en una conversación “informal”, como argumento del ministro del STF, Luis Roberto Barroso, para votar en contra de la inconstitucionalidad de las normas restrictivas del acceso a la justicia, en un voto que aún no ha sido publicado, proferido en la acción directa de inconstitucionalidad ADI 5766 (Justificando, 2018b).

aspectos son esenciales en la deliberación o resolución de conflictos policéntricos.

La representación política plural, según el autor, también puede resolver un problema “**epistémico**” (Gargarella, 2001, p. 325), que es la posibilidad de resolver un problema ajeno como si fuera propio, es decir, mejorar la capacidad de ponerse en el lugar del otro. Por otro lado, ayuda a resolver un problema “**motivacional**” (Gargarella, 2001, p. 325), que es obligar a solucionar el problema del otro, porque él está presente para hacerse respetar. También mejora la legitimidad o la confianza en la deliberación, pues los grupos específicamente afectados por el problema participan en la decisión.

Si la imparcialidad es importante en la toma de decisiones en los espacios públicos en general, con mucha más razón lo es en el campo de las decisiones judiciales, donde la propia naturaleza de la decisión exige imparcialidad e independencia en las deliberaciones. De modo que la deliberación judicial dialógica es un campo en el cual el encuentro de los avances teóricos con las experiencias prácticas es fundamental para su sistematización e implementación.

Sobre las posibilidades de diálogo en el campo judicial, cabe señalar que el fundamento de una sociedad democrática es su pluralismo; por tanto, hay que aceptar la lógica del conflicto como inherente a las relaciones sociales, lo que no significa que las formas de interacción social siempre estén fundadas en disputas. En ese sentido, en las deliberaciones judiciales, hay que reconocer la posibilidad de adoptar la cooperación y la lógica no agonal en la solución de los casos, aunque la eventual composición pueda ser apenas una parte de la solución final. Jueces y tribunales, por tanto, deben ser aptos para lidiar con los varios tipos de debates involucrados en la resolución de conflictos, como, por ejemplo, la disputa, la controversia, el diálogo racional y el consenso (Regla,

2013)<sup>38</sup>, ante la dimensión práctica de la tarea judicial. En ese sentido, Atienza (2016) recuerda la necesidad de que los juristas articulen razones y habilidades prácticas en el manejo del derecho, como orizos y zorros a la vez, o “zorizos” (Atienza, 2016).

Además, doctrinalmente se considera que los tipos de diálogo constitucional en los que el poder Judicial debe o puede participar incluyen tres grandes formas de interacción que son complementarias para la formación de una **cultura judicial democrática, transparente y protectora de los derechos humanos**:

(1) **Desde el punto de vista de la participación social y democrática**, cuando se habla de diálogo constitucional, se hace referencia al diálogo del poder Judicial con partes, expertos y afectados (diálogo social) y al diálogo con los demás poderes o actores públicos (por ejemplo, con los poderes Legislativo y Ejecutivo o con órganos de control, para deliberar participativamente o para implementar dialógicamente las decisiones). En estos casos, es necesario observar las discusiones anteriores relativas a la protección de las minorías con déficit de representación y tomar en serio sus argumentos.

(2) **Desde el punto de vista de las fuentes del derecho (diálogo constitucional multinivel/transconstitucionalismo)**, se refiere al diálogo entre las diversas fuentes del derecho utilizadas en la toma de decisiones en el campo de los DESCA: fuentes internas, inclusive las fuentes tradicionales del pluralismo jurídico (normas y costumbres de la población indígena, por ejemplo); fuentes internacionales generales y normas del Sistema Interamericano; directrices interpretativas del sistema internacional de derechos humanos, como las

---

<sup>38</sup> Por ejemplo, Aguiló Regla (2013) expone cuatro modos de debatir dialogando, con grados diferentes de conflicto y cooperación: **la disputa** (debate conflictivo y actoral), **la controversia** (debate conflictivo y temático), el **diálogo racional** (debate cooperativo y temático) y el **consenso** (debate cooperativo y actoral). Del debate también pueden resultar modos diferentes de solución del conflicto, y en conflictos complejos, es común que existan variados modos de decidir micro conflictos que forman parte de una controversia más amplia. En ese sentido, el diálogo constitucional comporta la apertura a varios tipos de argumentación y diálogo que pueden estar implícitos en una litis.

observaciones o comentarios de los comités de expertos de la ONU y de la OIT, y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de otros tribunales internacionales a los cuales el país esté vinculado.

(3) **Desde el punto de vista de la apertura y la transparencia institucional (interacciones del poder Judicial por fuera de los procesos)**, se puede observar que, además de los mecanismos de transparencia institucional (oidorías, agenda pública, relación con la prensa, etc.), las cortes suelen participar en espacios institucionalizados de **diálogo con la sociedad** (diálogo con la academia, relación con la prensa, entre otros) **y con otras cortes y jueces (diálogo judicial)**, que pueden servir para reflexionar críticamente sobre su propia práctica. Esto ocurre, por ejemplo, en foros y encuentros de jueces y cortes (Allard & Garapon, 2005, y Zagrebelsky, 2006), que sirven para reforzar un *ethos* judicial considerado como virtuoso (relativo, por ejemplo, a normas de transparencia institucional y comportamiento ético de sus miembros) y realizar discusiones sobre formas de lidiar, procedimental y sustantivamente, con temas novedosos, inclusive en el campo de los derechos fundamentales. Ejemplo de lo anterior es el reciente y pionero encuentro de jueces y miembros del Ministerio Público ante el Foro Mundial del Agua, en Brasil, que generó una Carta de Compromisos en torno a tal derecho (Brasilia Declaration of Judges on Water Justice, 2018). No obstante, en esos foros, hay que tener cuidado con los flujos y trasplantes jurídicos inadecuados o con la prevalencia de intereses hegemónicos, como ocurre en todos los espacios de intercambio de ideas.

El diálogo judicial mencionado en el párrafo anterior puede ser importante para generar prácticas que promuevan la apertura controlada y transparente de una corte ante la sociedad y sus pares, con una reducción del riesgo de captura de la institución por grupos de poder político o económico, lo que protege la propia independencia e imparcialidad, cuando se promueve el **diálogo horizontal**. En ese sentido, se observa que la Corte Constitucional de Colombia es más abierta que el STF de Brasil al diálogo social, al diálogo constitucional multinivel y al diálogo judicial de forma **institucionalizada**. En el caso del STF,



su relación con la prensa, con la academia y con la sociedad es, casi siempre, **individualizada**, como se detallará más adelante.

En el modelo propuesto, los tres tipos de diálogo deben complementarse, siempre de forma **institucionalizada**. La apertura del poder Judicial a las interacciones mencionadas puede derivar en un modelo virtuoso de deliberación, en el que los procedimientos son institucionalizados y transparentes, a fin de contribuir a mejorar la calidad y el diseño de la deliberación judicial, lo que debe ser el objetivo de tales interacciones.

Al contrario, si las interacciones favorecen aún más el acceso privilegiado de las élites, el tratamiento desigual de los justiciables e intervinientes o la falta de transparencia y control recíproco en una eventual colaboración o cooperación entre órganos<sup>39</sup>, estas no mejorarán la deliberación judicial, sino que podrán empeorarla, debido a la presión política, económica o geopolítica. Por esa razón, las prácticas críticas de *accountability* son esenciales para los tribunales.

Las formas dialógicas de actuación de las cortes para la protección de los DESCAs analizadas serán ejemplificadas con casos y prácticas comparados, que servirán para examinar la cultura jurídica e institucional predominante (más o menos democrática y transparente y más o menos proclive a la protección de la democracia y de los derechos fundamentales) en Colombia y Brasil.

Para pensar el modelo propuesto, es necesario considerar dos aspectos finales, relacionados con el momento coyuntural de la protección de los derechos sociales, ante las prácticas neoliberales que afectan directamente el modelo de

---

<sup>39</sup> Por ejemplo, en Brasil, se critica el riesgo que generó la cooperación sin transparencia y control público y social en la “Operación Lava-Jato”, considerada por algunos críticos como un mecanismo de *lawfare*. En contraste, una forma de cooperación productiva en un momento político determinado fueron los pactos republicanos firmados por el STF, el Congreso y la Presidencia de la República (Pacto de Estado, 2004; II Pacto Republicano, 2009) para desarrollar proyectos comunes relacionados con temas de interés público vinculados al sistema de justicia (cárceles, acceso a la justicia, medios alternativos de resolución de conflictos, entre otros), con el fin de implementar derechos vinculados al acceso a la justicia de responsabilidad de los tres poderes. Actualmente, hay críticas en contra un posible III Pacto, considerando el riesgo de manifestación previa del STF sobre la agenda de reformas del poder Ejecutivo, con relación a la cual tendrá que pronunciarse judicialmente.

gastos públicos y de desarrollo económico: la superación (o no) del modelo estándar de protección del derecho del trabajo y de la previdencia social y la legitimidad del poder Judicial para decidir cuestiones relativas al presupuesto público, especialmente, cuando se trata de la apreciación de la legitimidad de políticas regresivas de derechos.

Sobre la necesidad de pensar en un modelo de protección de los derechos sociales, Christian Courtis (2007) considera que se debe ir más allá del modelo de protección social basado en el trabajo y la seguridad social, ante el deterioro de la centralidad del trabajo en la economía y la ausencia de mecanismos que garanticen otros derechos sociales no vinculados al sistema de protección laboral.

En ese sentido, el autor propone (Courtis, 2007, p. 190):

la necesidad de pensar categorías que nos sirvan para articular seriamente la relación entre derechos sociales y políticas públicas destinadas a satisfacerlos, de generar estándares que permitan evaluar en términos jurídicos esas políticas y, por ende, de plantear casos en los que se puedan exigir a los poderes públicos aquellos derechos incluidos en constituciones y pactos de derechos humanos.

Pese a estar de acuerdo con el autor en cuanto a la necesidad de avanzar en la protección de otros derechos sociales, inclusive por medio del perfeccionamiento de instituciones y mecanismos para la implementación y control de políticas públicas en otros campos, no se entiende que eso pueda ocurrir al margen de la protección reforzada del trabajo y de su centralidad en la economía, aunque las formas de trabajo protegido puedan ser variadas. En un Estado social es urgente, por ejemplo, promover la protección preferente del capital productivo con relación al capital financiero, generar “empleos verdes” que fomenten recuperación ambiental y un modelo de desarrollo más sostenible y promover el trabajo digno, también invertir en ciencia y tecnología para contribuir a resolver los problemas de interés nacional y social e, incluso, los ambientales.

No abandonar tal paradigma como premisa estructural de protección a los DESC es fundamental, porque el **origen de la actual debilitación del trabajo** y de su protección **es el mismo de la debilitación de otros derechos sociales** (neoliberalismo financiero), debido a las interferencias de la financiarización de la economía en las cuentas públicas y en la regulación económica y financiera. En Brasil, esto es más grave, por la ausencia de contención de los gastos financieros del Estado, en el ámbito de las medidas de “austeridad” implementadas, y porque no se ha realizado una auditoría a la abusiva deuda pública, a pesar de la expresa recomendación constitucional.

Por otro lado, es preocupante la experiencia de reformar la previdencia social, para pasar de un sistema basado en la solidaridad a un sistema basado en la capitalización de los ingresos individuales, sin un control suficiente del contribuyente y sin responsabilidad de los bancos por las malas gestiones de los fondos que administran. Las experiencias de Chile y de otros países<sup>40</sup> pueden servir para denunciar que tal sistema no funciona a largo plazo y necesita ser discutido.

Cabe recordar que el sistema de protección laboral en las constituciones de Brasil y Colombia es reforzado y es fruto del reconocimiento de la **desigualdad estructural** de la posición de los actores en la relación contractual de trabajo subordinado, lo que no ha cambiado en las relaciones de trabajo contemporáneas.

---

<sup>40</sup> Datos recientes permitirían constatar que los sistemas pensionales sin solidaridad no funcionan. Chile tendría que cambiar su modelo, por los impactos negativos que la financiarización generó en su sistema de jubilación, con pagos ínfimos a los pensionados (Reverbel, 2017), lo que incrementó los índices de pobreza y de suicidio entre adultos mayores. Un estudio de la OIT (Ortiz et al, 2019) indica que el 60 % de los países que privatizaron el sistema de pensiones en Europa Oriental y América Latina abandonaron el modelo privado por los siguientes motivos: a) las tasas de cobertura se estancaron o disminuyeron; b) los niveles de beneficios se deterioraron; c) hubo un aumento de la desigualdad de género y de ingresos; d) los altos costos de transición crearon enormes presiones fiscales; e) altos costos administrativos; f) deficiencias en la gobernanza, por la captura de las funciones de regulación y supervisión; g) concentración en el sector de los seguros privados; h) beneficios solo para el sector financiero; i) efecto limitado en los mercados de capitales en los países en desarrollo; j) los riesgos demográficos y del mercado financiero se trasladaron a los individuos y k) deterioro del diálogo social. En Colombia, el regreso de los usuarios al sistema público de pensiones es una tendencia en los últimos años. Las causas del abandono de las administradoras de planes de pensión privadas son similares a las del diagnóstico internacional.

En ese campo, los instrumentos nacionales e internacionales de protección construidos a lo largo del siglo XX son variados y complejos. Además, fueron pioneros al discutir, en 1998, los riesgos que representa la globalización neoliberal para el trabajo, y al destacar ocho convenios como fundamentales para la protección del trabajo digno, que son obligatorios para todos los miembros de la OIT.

Precisamente, en el ámbito de la OIT, es notoria la protección de normas sustantivas mínimas y de normas que protegen las garantías institucionales y extrainstitucionales para la tutela de los derechos laborales, así como el diálogo entre los interesados en la toma de decisiones que los afectan, exactamente, en la forma por la que propugnan los modelos dialógicos de Pisarello (2007), Abramovich & Curtis (2006) y Gargarella (2013b), como se ejemplifica a continuación. Tal experiencia institucional es, al mismo tiempo, dialógica y de protección estructural de un derecho esencial para la protección de otros derechos, tal como ocurre con el agua. Por ese motivo, no puede ser desperdiciada.

Por ejemplo, la OIT reconoce, de manera articulada, varias formas de proteger los derechos laborales y los conexos a estos: **1)** la importancia de la **lucha política** (garantía extrainstitucional), al proteger la libertad sindical, el derecho de sindicación y la negociación colectiva en los Convenios 087 (1948) y 098 (1949), para promover la defensa y la mejoría de los derechos laborales; **2)** la necesidad de **participación de los afectados en la regulación de sus derechos** (garantía extrainstitucional), al proteger el **diálogo social tripartido** (garantía social), por medio de la realización de una **consulta efectiva de organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores** en las actividades de la OIT (Convenio 144, 1976) y de **consultas previas libres e informadas**, cuando se trata de la regulación de temas que afecten a pueblos tribales e indígenas (Convenio 169, 1989); **3)** la protección especial y reforzada de **derechos mínimos** (garantía institucional política frente a los poderes políticos) en la Declaración de la OIT de 1998, que protege el trabajo digno y

destaca ocho convenios fundamentales y obligatorios: Convenios 87 (1948), 98 (1948), 29 (1930), 105 (1957), 138 (1973), 182 (1999), 100 (1951) y 111 (1958), en un contexto político y económico hostil a su protección (globalización neoliberal), y **4)** la importancia de **estructurar un aparato institucional para fiscalizar y tutelar la aplicación de las leyes** (garantías institucionales, políticas y jurisdiccionales), como la inspectoría laboral, por medio de los convenios de gobernanza prioritarios 081 (1947) y 129 (1969), además de otros órganos que puedan promover las medidas administrativas en ese campo (Convenio 150, 1978), sin descartar el monitoreo<sup>41</sup> que hace la OIT sobre las condiciones efectivas de acceso a la justicia laboral, garantía jurisdiccional protegida en otras normas internacionales.

El modelo internacional de protección laboral, además, protege otros derechos fundamentales del trabajador, al amparar su dignidad, como se nota en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Montejo, 2014). Esto también es útil como referencia de la protección indirecta del derecho fundamental al agua por medio de la protección de otros derechos previstos en los sistemas universal e interamericano, como se demostrará.

Además, ante modelos económicos globales que privilegian el capital financiero<sup>42</sup> y tornan explícitas las disputas por los recursos económicos

---

<sup>41</sup> Por ese monitoreo, Brasil fue incluido en la lista de incumplidores de los convenios internacionales de la OIT, después de la Reforma Laboral de 2017 (Ley 13467, 2017), especialmente por los recortes de derechos, la restricción del acceso a la justicia, las conductas antisindicales y el incumplimiento del Convenio 144 (1976).

<sup>42</sup> En grandes líneas, es lo que se llama neoliberalismo financiero. La globalización neoliberal, según Marcus Faro de Castro (2005, pp. 2-3), presupone dos pilares, con impactos directos en las políticas económicas y sus normativas: la **mercantilización** (o la transformación de bienes y servicios en mercancías) y la **financiarización abierta** (o la sumisión de las prestaciones pecuniarias de la economía real a los mercados financieros, sin control cambiario). En ese contexto, las reformas legales, según Castro, autorizan “minimizar o suprimir los instrumentos de intervención directa en la economía” (2005, p. 8), junto con la creación del sistema de agencias reguladoras independientes. Tales agencias están “dedicadas a la principal tarea de ‘proteger la ecuación financiera’ de los contratos, enfocando la rentabilidad de las inversiones y marginando las preocupaciones de los consumidores y la protección de los derechos sociales, económicos y culturales” (2005, p. 8). Traducción libre de la autora de: “debruçadas sobre a principal tarefa de ‘proteger a equação financeira’ dos contratos, focalizando a rentabilidade dos investimentos e marginalizando preocupações com os consumidores e com a proteção dos direitos sociais econômicos e culturais”.

(inclusive medioambientales) y financieros del Estado, la importancia de fortalecer la indivisibilidad de los derechos humanos, especialmente en países considerados en “vías de desarrollo”, es fundamental. Esto porque los derechos civiles y políticos también suelen ser restringidos, como una forma de fragilizar la resistencia social en contra el retroceso, para que el Estado reduzca los gastos relacionados con derechos económicos, culturales y sociales, en el marco de las (mal denominadas) “políticas de austeridad”, defendidas o impuestas como receta para el “equilibrio” de las cuentas públicas.

Se observa, de modo cada vez más evidente, que ese modelo económico-financiero vulnera intencionalmente la democracia, para someter la política y la Constitución<sup>43</sup> a los intereses del mercado financiero. En ese contexto, las ideas y prácticas políticas autoritarias ganan fuerza y son fomentadas, inclusive, en el campo del derecho (por ejemplo, por medio del *lawfare*<sup>44</sup>).

Así mismo, la lógica que fragiliza el trabajo es la misma que debilita el presupuesto público, al defender la reducción del tamaño del Estado<sup>45</sup> y de los impuestos, sobre las recetas financieras.

Por otro lado, en América Latina y otros países en vías de desarrollo, los efectos del neoliberalismo son todavía más perversos, ante la imposición, en la

---

<sup>43</sup> Juristas y economistas señalan la fuerza de ese fenómeno. Por ejemplo, Ferrajoli (2011 y 2015), Hespanha (2014), Valim (2017), Faro de Castro (2005 y 2006), Stiglitz (2016) y Dowbor (2017). Chang (2015) llaman la atención sobre la importancia de mirar el contexto específico y las necesidades del país, para pensar su proyecto de desarrollo a partir de sus intereses y necesidades. Esto debería debatirse mejor, para evitar el tratamiento del tema económico como un dogma indiscutible, a partir de una teoría única, como es el neoliberalismo, cuyos resultados empíricos demuestran su fracaso en la generación de desarrollo sostenible y su éxito en generar pobreza y concentración de renta.

<sup>44</sup> Charles Dunlap (2008, p. 146), mayor general, juez adjunto y abogado general de la Fuerza Aérea de Estados Unidos, tradujo el término como un tipo de intervención en asuntos estratégicos, actualmente utilizado por muchos países: “I now define ‘lawfare’ as the strategy of using –or misusing– law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective. As such, I view law in this context much the same as a weapon. It is a means that can be used for good or bad purposes”. “Yo ahora defino ‘*lawfare*’ como la estrategia de usar –o abusar– de la ley como un sustituto de los medios militares tradicionales para lograr un objetivo operacional. Como tal, considero que la ley, en este contexto, es lo mismo que un arma. Es un medio que puede usarse para fines buenos o malos” (traducción libre de la autora).

<sup>45</sup> Reducción del Estado para los ciudadanos, no para el capital. Todos los cambios de regulación neoliberal les dan una mayor protección estatal a las empresas, especialmente a las transnacionales, a la banca y a los inversionistas extranjeros.

división internacional del trabajo, de la producción local de bienes con bajo valor agregado (Orbegozo, 2015). Esto está generando un proceso de desindustrialización masivo en la región<sup>46</sup> e incentivando la extracción mineral y la producción agrícola en zonas ambientales anteriormente protegidas o destinadas a otras actividades o tipos de ocupación. Tal modelo de explotación causa un fuerte impacto en el medio ambiente; en las poblaciones campesinas, afrodescendientes e indígenas, y en el acceso al agua, ante las disputas por el uso de la tierra y por los elevados niveles de agua que se consumen en tales actividades, que aumentan los riesgos de contaminación y escasez.

Esa combinación de factores torna irreal pensar que tal modelo (la financiarización de la economía y la mercantilización de los recursos ambientales) pueda implementar derechos sociales o que la idea de la renta básica universal pueda ser el centro de las políticas públicas de inclusión social en América Latina, con Estados presionados para desarrollar el modelo económico neoliberal y reducir sus ingresos tributarios. Esa política (la renta mínima) es, además, muy susceptible a cambios contingentes, como se nota en los discursos conservadores que resurgen a partir del neoliberalismo y que, por tanto, ponen en riesgo la autonomía y la supervivencia de las personas, al inviabilizar, al mismo tiempo, el pleno empleo y la renta básica universal ante la “desregulación” del trabajo y la “regulación” de la economía, a fin de proteger a los rentistas y no al capital productivo.

Así, la generación de trabajo y de renta productiva en los países capitalistas de América Latina no puede dejar de ser considerada como una parte fundamental de las políticas sociales, como lo determinan las constituciones de Brasil y Colombia al poner el **trabajo digno** y el **pleno empleo** entre los

---

<sup>46</sup> Ese fenómeno es reconocido por la CEPAL (ONU), y está directamente vinculado a la apertura de mercados originada en las políticas del Consenso de Washington, que generó privatizaciones, el abandono de las políticas desarrollistas y de sustitución de importaciones y la demanda de materia prima por parte de China (país que no se sometió al Consenso de Washington, y que aprovechó la ola de *outsourcing* comandada por las empresas multinacionales de los países desarrollados, para implementar su industrialización, pero con un control del valor de su moneda). Esto generó impactos directos en el empleo y la renta de la región, además de la explotación extrema de recursos naturales.

principios fundantes del Estado. Las políticas de renta mínima vinculadas al fomento de otras políticas de inclusión, como el programa “bolsa familia” de Brasil, que condiciona la ayuda financiera estatal a la asistencia de niñas y niños a la escuela, son importantes para proteger a la infancia del trabajo infantil y de otras formas de explotación; además, fomentan el **incremento de la renta** en el **mercado interno**. Sin embargo, serían difícilmente implementadas como una política universal en la región, por los motivos ya mencionados y por la necesidad de realizar otros gastos públicos esenciales.

En ese sentido, es fundamental tener en cuenta la importancia de proteger todos los derechos y recursos que les garantizan **autonomía** a las personas, como el **trabajo autónomo o dependiente**, y los **bienes y recursos necesarios para fomentar el trabajo productivo**, como, por ejemplo, el **agua**, la **tierra** y las **fuentes de energía**. Tales bienes y recursos, al igual que las personas, como lo reconoce el derecho del trabajo, no pueden ser tratados como simple mercancía, pues son necesarios para la vida, la autonomía, la subsistencia y la generación de empleo y renta.

Las políticas de protección a la centralidad del trabajo digno contribuyen, además, a **disminuir la demanda de subsidios públicos** y a darle al usuario consumidor final capacidad para pagar las tarifas públicas, incluidas las de los servicios de acceso al agua potable y al alcantarillado. De modo que, en el campo del derecho al agua, la sostenibilidad financiera también depende del fomento al trabajo productivo, al empleo y a la renta. Los reflejos del desempleo sobre el acceso al agua tienen, inclusive, implicaciones penales, como ocurre en Brasil con la pena de prisión por hurto de agua para consumo básico, ya que el mínimo vital gratuito de agua no está garantizado, y el acceso al agua potable no se considera un derecho fundamental.

De otro lado, en lo que se refiere al presupuesto público, el tabú de la discrecionalidad de los órganos políticos en la administración de los gastos públicos es cada vez más difícil de sostener, ante los evidentes abusos en la



asignación de recursos para pagar servicios de deudas no auditadas y la imposición de recortes de gastos públicos esenciales, para privilegiar gastos financieros, como ocurre en Brasil. De modo que la idea de aplicar la teoría de la “reserva del posible” para contener gastos sociales perdió credibilidad, ante los abusos progresivos en los recortes selectivos de gastos sociales.

Además de los principios normativos vinculantes para la composición del presupuesto público, Élidea Graziane Pinto (2016) destaca que en Brasil existe un “microsistema de tutela del costeo de los derechos fundamentales”, que es necesario tener en cuenta, y como dice Gargarella (2018), hay que considerar que “[s]on las políticas públicas las que deben orbitar en torno al sistema de garantías constitucionales y no a la inversa”.

En ese sentido, como complemento a los principios rectores de los derechos humanos para la formulación y ejecución de políticas públicas, el Comité de Expertos del Consejo de Derechos Económicos y Sociales de la ONU (CDESC), por medio de su Observación General n.º 19, consolidó unos criterios para analizar las **medidas regresivas**, con los cuales deben ser examinadas las recientes políticas de **austeridad** de la región, especialmente de Brasil, ante el principio constitucional e internacional de **progresividad** de los derechos humanos, vigente tanto en Brasil como en Colombia. Esto justifica la intervención judicial para anular o modificar las medidas abusivas, conforme ha sido aplicado en precedentes internacionales, como en el caso de Portugal (Martins, 2014).

Tales criterios son, según la Observación General n.º 19 del CDESC sobre el derecho a la seguridad social (2008, párr. 42): **la existencia de una justificación razonable para las medidas restrictivas; el examen amplio de las alternativas a la restricción de derechos; la participación genuina de los grupos afectados en el examen de las propuestas y en la proposición de alternativas a las medidas; la ausencia de discriminación directa o indirecta en las medidas impuestas; el impacto sostenible en la realización del derecho a la seguridad social; la ausencia de un impacto irrazonable en los**

**grupos privados del acceso al mínimo esencial de seguridad social y la revisión independiente de las medidas en el nivel nacional.**

Hay otros criterios emergentes en discusión en el Comité, que servirían para identificar el retroceso injustificado de los derechos y los efectos nocivos de las políticas de austeridad en la seguridad social, por ejemplo, **la dilapidación de recursos por corrupción, la evidencia de exenciones fiscales injustificadas, la pérdida tributaria y la ausencia de presión fiscal con relación al PIB** (Uprimny, 2016), **entre otros**. Tales criterios están vinculados al examen de los presupuestos públicos, cuando hay regresión de derechos, lo que se puede aplicar en Brasil y Colombia, pues así lo permiten la interpretación sistemática de las normas vigentes y la vinculación de ambos países a las normas internacionales que protegen los derechos humanos, entre ellas el PIDESC y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su protocolo facultativo, este último, pasible de quejas contra los dos países y aplicable al campo del derecho al agua, como se verá.

Para aplicar el modelo propuesto en esta investigación y acoger los procedimientos participativos que deberán estar cada vez más presentes en los procesos judiciales complejos, es fundamental mejorar la **cultura democrática** del poder Judicial e **incorporar las normas del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos a la práctica deliberativa cotidiana de los jueces**, utilizando todos los recursos normativos presentes en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. El déficit en esta materia se nota más en Brasil que en Colombia, donde la formación jurídica constitucional de los magistrados, la actuación calificada de los defensores de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional contribuyen a **mejorar la aplicación de instrumentos variados de protección y a conformar un modelo estructurado e institucionalizado de protección de los derechos fundamentales**.

Por el déficit existente en Brasil, el cambio cultural es más urgente que las medidas de cambio normativo o de diseño institucional, ya que una cultura

autoritaria distorsiona la aplicación de buenas disposiciones normativas, dificulta los avances institucionales e impide la transparencia y la democratización de las instituciones. En ese sentido, el examen de la cultura jurídica vigente en Brasil y Colombia será uno de los elementos del análisis comparativo, a fin de que se comprendan los retos a los que se enfrentan Brasil, para aplicar los DESCAs, y Colombia, para tener consciencia y valorar las conquistas del modelo constitucional vigente, a fin de perfeccionarlo y protegerlo de los retrocesos que, al parecer, se quieren imponer, especialmente, en contra de los avances del sistema de justicia local.

### **1.3. Concepto y elementos configuradores de la cultura jurídica**

A fin de precisar lo que se entiende por cultura jurídica<sup>47</sup>, su impacto en el derecho y en las prácticas jurídicas y su relación con la cultura política, se examinarán algunos elementos conceptuales necesarios para el posterior análisis de los casos.

El concepto de cultura no es unívoco, y puede ser analizado bajo diferentes perspectivas. En un sentido amplio, involucra aspectos externos, vinculados a la relación del hombre con la naturaleza y el medio social, o internos, referidos a creencias, conocimientos y hábitos de individuos y miembros de una sociedad<sup>48</sup>.

Los estudios de sociología jurídica o de ciencias políticas utilizan el concepto de cultura jurídica como una categoría para analizar el derecho como fenómeno social. Por tanto, tienen como foco de análisis la manera como la normatividad es comprendida y aplicada en contextos específicos.

---

<sup>47</sup> El interés por la cultura jurídica no tiene que ver con las escuelas del culturalismo jurídico, que pretenden resaltar la dimensión cultural del derecho en teorías tridimensionales del derecho, como la de Miguel Reale (Reale, 2001), sino con discutir el derecho en cuanto a su praxis social y cómo esta influencia su aplicación, a pesar de lo que digan el texto constitucional y las disposiciones normativas vigentes.

<sup>48</sup> Para más información acerca de las varias perspectivas en que el término “cultura” puede ser analizado, ver la entrada específica en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Prinz, 2016).

En tiempos de globalización, ese análisis también es relevante para entender los aspectos **geopolíticos** relativos a los **cambios jurídicos, las migraciones de ideas y la manera como los flujos jurídicos globales encuentran idiosincrasias y relaciones de poder locales que impactan la importación, recepción y aplicación de teorías, instituciones, modelos jurídicos y disposiciones normativas.**

Ferrajoli (2010, p. 15) define la cultura jurídica como la suma de tres conjuntos de saberes o enfoques: 1) “el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas o filósofos del Derecho en una determinada época”; 2) “el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el Derecho propios de los operadores jurídicos profesionales”, y 3) el “sentido común relativo al Derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad”.

La cultura jurídica, por tanto, está influenciada por un conjunto de factores que van más allá de las disposiciones normativas que conforman el derecho positivo. Y, como indica Ferrajoli, entre el derecho positivo y la cultura jurídica hay una “relación de interacción recíproca” (2010, p. 15), de modo que el derecho es, a un mismo tiempo, “objeto y producto de la cultura jurídica”.

Para los fines de este trabajo, se pretende destacar los dos últimos enfoques mencionados por Ferrajoli, cuyo objeto es más cercano a los estudios de la sociología jurídica o de las ciencias políticas, y que, en Brasil, merecen atención, especialmente para intentar explicar el papel que el contexto ejerce en los cambios o en la conservación de la cultura jurídica, en una sociedad marcada por desigualdades profundas y rupturas político-institucionales relativamente frecuentes, casi siempre como forma de mantener el poder bajo el control de las élites dominantes.

Boaventura Santos y otros (Santos, Marques, Pedroso & Ferreira, 1996, p. 42), en un sentido semejante, denominan cultura jurídica al “conjunto de

orientaciones a valores y a intereses que configuran un patrón de actitudes frente al derecho y a los derechos y frente a las instituciones del Estado que producen, aplican, garantizan o violan el derecho y los derechos”<sup>49</sup>.

Perdomo y Friedman (2003) llaman la atención sobre el hecho de que la cultura jurídica es una variable empírica “extremadamente importante” para comprender la dinámica de los sistemas jurídicos, que funciona como “el combustible que hace que la máquina de la ley se mueva y trabaje”<sup>50</sup>. Tan es así que, como explican los autores (Perdomo & Friedman, 2003), diferentes sociedades pueden tener normas legales iguales o muy semejantes, como Brasil y Colombia en el campo de los derechos fundamentales, y, aun así, tener una “ley viva” muy distinta.

La cultura jurídica y la cultura política se relacionan, e influyen el patrón de litigación, la cultura del cumplimiento o incumplimiento de las normas y los sesgos de su aplicación. En ese sentido, Bayón (2011) llama la atención sobre el hecho de que el control de constitucionalidad de un país necesita ser examinado en su **contexto**, pues, más allá del modelo formal previsto en la Constitución, es el conjunto de elementos que conforman el sistema (el modelo de Corte Constitucional y la forma de nombramiento de sus miembros, el modelo de Constitución, el modelo de control de constitucionalidad –difuso o concentrado–, el sistema político y de coalición de partidos, la cultura jurídica y la cultura política) lo que determinará, en la práctica, si el control constitucional será realmente fuerte o débil o más o menos democrático y dialógico.

En países política y económicamente dependientes, como los de América Latina, las relaciones geopolíticas son uno de los factores que inciden

---

<sup>49</sup> Ese concepto es utilizado en un sentido semejante al que adoptan Perdomo y Friedman (Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe - kindle version, 2003): “the cluster of attitudes, ideas, expectations, and values that people hold with regard to their legal system, legal institutions, and legal rules”. “El conjunto de actitudes, ideas, expectativas y valores que las personas tienen con respecto a su sistema legal, instituciones legales y normas legales” (traducción libre de la autora).

<sup>50</sup> Traducción libre de la autora de: “the fuel that makes the law machine move and work”. Perdomo y Friedman (2003).

directamente en las relaciones de poder, en la política y en la cultura jurídica, lo que se debe considerar en el análisis contextual. Por otro lado, elementos de la formación de la sociedad inciden directamente en cómo se da la relación entre sociedad, política y derecho, lo que forma un caldo de cultivo (modificable) que puede favorecer o rechazar la concretización de derechos, es decir, su “constitución” (Young, 2012) o destitución.

Para entender la relación entre política y cultura jurídica en Brasil y Colombia, se explicarán elementos históricos y sociales del contexto de esos países, que determinan, todavía hoy, en gran medida, la cultura política y democrática y, por tanto, también la cultura jurídica y la forma de aplicación de los derechos fundamentales en los dos países.

Es importante destacar que tal situación no es estanca, y puede sufrir avances o reveses, pasibles o no de resistencia por las instituciones o sociedades del momento, de modo que la protección a la democracia es una tarea permanente en la formación política de una sociedad que quiera mantener una cultura jurídica abierta a la efectivización de los derechos humanos. Por otro lado, tener consciencia de los condicionantes históricos de la situación actual de los países analizados ayuda a enfrentar los desafíos de avanzar hacia la implementación de los cambios necesarios, inclusive, cambios culturales.

En el caso de Brasil, es necesario entender los elementos colonialistas y neocolonialistas, incluso más persistentes que elementos semejantes en la historia de Colombia, que mantienen la subalternidad y la exclusión de grupos socialmente vulnerables, lo que impide o dificulta los cambios sociales, a pesar de lo que diga la Constitución. Esto se da, inclusive, por la omisión o acción autoritaria y excluyente del poder Judicial en la aplicación de los derechos fundamentales.

Cabe aducir, pensando en la metáfora de Perdomo y Friedman sobre la dinámica del derecho, que si la cultura jurídica es el “combustible” (Perdomo &

Friedman, 2003) que pone en marcha a un ordenamiento jurídico, los parámetros de justicia, previstos en las normas de derechos humanos y fundamentales, pueden ser comparados con otro fluido necesario para la misma dinámica del sistema: el “aceite”<sup>51</sup>. El papel de tal fluido es prevenir que el movimiento de los engranajes cause daños graves a las partes que están en movimiento. Cuando falta, ciertamente las piezas más débiles se dañan.

Eso es lo que ocurre actualmente en el mundo, cuando el sistema económico entra en un choque frontal con la democracia y los derechos humanos y ambientales y propone la eliminación de los criterios de justicia social.

Nótese que, con el neoliberalismo financiero aplicado como teoría económica y modelo político, los valores relacionados con la dignidad humana entran en declive, ya que los bienes y las relaciones jurídicas se transforman en mercancía. Eso causa un cambio total de paradigma político que impacta directamente en el derecho y su aplicación, especialmente porque, como se vio, no hay un “vacío institucional” (Castro, 2006) o normativo en el mito del “libre” mercado.

En el campo cultural, el neoliberalismo fomentó la pérdida de los sentimientos de empatía por el otro y por los proyectos de largo plazo, contribuyendo a formar una **cultura “presentista”**, de **resultados inmediatos**, propicia para introducir cambios normativos y económicos dañinos para el futuro de las nuevas y las viejas generaciones. Esto se nota, precisamente, en la explotación ambiental no sostenible y en la desregulación del trabajo y de la previdencia social, que, para ser aceptados, necesitan **romper cultural, política y jurídicamente con la idea de solidaridad intergeneracional**.

---

<sup>51</sup> Esa idea se puede extraer de un paralelo con discusiones de la filosofía o del psicoanálisis que se interesan en el amor o las emociones y su papel en la política y en el derecho. Específicamente, con relación al amor en la política y en la justicia, ver, respectivamente, Badiou (Badiou & Truong, 2012) y Nussbaum (Nussbaum, 2015). Una analogía semejante se utiliza en el plano de las relaciones interpersonales, como en Dunker (2018).

En los campos político y social, al promover la desigualdad creciente, esa corriente también fomenta el retorno a las **formas extremas de autoritarismo**, necesarias para la **deconstrucción de las conquistas jurídicas y sociales de la democracia**, lo que explica el recrudecimiento de los discursos de odio y de los fascismos, con un aumento de la violencia en contra de las minorías.

Cuando esa teoría encuentra, además, **sociedades autoritarias y excluyentes**, con dirigentes políticos afines a tal ideario, los resultados para los procesos de inclusión social y aplicación de los derechos humanos son desastrosos. Si, además de eso, el sistema de justicia no controla los abusos de los poderes económico y político, los retrocesos sociales se aceleran.

La organización de la sociedad en Brasil y Colombia y las condiciones geopolíticas a las que los dos países están sometidos dificultan romper el ciclo histórico de desigualdad y exclusión. Sin embargo, en Colombia, hubo un ingrediente nuevo en la Constitución de 1991, que introdujo un cambio significativo del discurso y de la práctica en los campos jurídico y político: la creación de la Corte Constitucional, con un diseño institucional **abierto al acceso ciudadano** y con la **misión expresa de proteger los derechos fundamentales**.

Eso no pasó en Brasil, que mantuvo el diseño básico y la composición del antiguo STF, menos preparado para impulsar la jurisprudencia exigida por una Constitución democrática y transformativa, y menos apto para dialogar con una sociedad plural en los campos social y político.

Los **escombros de la incompleta transición a la democracia** cobran su precio hoy en Brasil, y colocan en jaque la capacidad de la Constitución y del STF de dar respuestas a la actual amenaza de retroceso político y social. **Desnudar ese proceso y mirar el ejemplo de una corte que logró, en gran medida, alcanzar sus objetivos institucionales puede ayudar a diseñar salidas para el actual impase de Brasil, lo que se intenta hacer en esta investigación.** Para lograrlo, es necesario exponer dónde están los **nudos del**



**problema**, que también pueden dar algunas **pistas acerca de cómo implementar una solución**.

### **1.3.1. La cultura jurídica en Brasil y Colombia y la participación del contexto local en su configuración y mantenimiento**

Estudiosos de la sociedad en Brasil apuntan que, desde el período colonial, especialmente hasta la transición hacia la modernidad, entre los años 20 y 30 del siglo XX<sup>52</sup>, la sociedad brasileña se caracterizó por el aislamiento de su entorno regional, la dependencia de intereses externos y las desigualdades extremas entre los estamentos que componían su población (principalmente, blancos terratenientes, negros e indígenas), y que hoy, con poca movilidad social, componen la base de las clases sociales<sup>53</sup>.

A pesar de las similitudes históricas, sociales y económicas entre Brasil y Colombia, algunas diferencias favorecieron la construcción de una cultura constitucional más consolidada y de una idea de nación más fuerte en Colombia (Bushnell, 2018) que en Brasil. Para esto, fueron relevantes, además de las diferencias entre los modelos de colonización español y portugués, otros dos aspectos: la forma como Colombia lidió con la esclavitud y con la asimilación cultural de su pluralismo interno y el proceso de independización del país, con la promulgación de las primeras constituciones republicanas.

Hay, por otro lado, aspectos semejantes entre los dos países, que contribuyeron negativamente a mantener la situación de desigualdad social, subalternidad de grupos sociales y económicos y dependencia externa: el acceso desigual a la tierra y la violencia generada en torno a su disputa, la esclavitud negra, las desigualdades sociales y regionales internas y los bloqueos

---

<sup>52</sup> Pádua Fernandes (2005) cita autores clásicos que explican la transición de Brasil de una sociedad agraria, esclavista y predominantemente rural a una sociedad industrial y urbana, entre otros, Euclides da Cunha (1984), Gilberto Freyre (2003), Víctor Nunes Leal (1997) y Sérgio Buarque de Holanda (1995).

<sup>53</sup> Los grupos intermedios de mestizos y blancos pobres y de africanos libres dan una característica de pluralidad social menos estudiada en Brasil, pero que no cambia la estructura desigual de la sociedad.

políticos y económicos a los proyectos de desarrollo soberano nacional, originados en intereses geopolíticos hegemónicos.

Tales aspectos generaron problemas recurrentes de desprotección a los DESCAs, debido a los modelos de desarrollo elegidos o impuestos en la región, con impactos directos, hasta hoy, en el mantenimiento de la pobreza y la desigualdad, en la degradación del medio ambiente y en la desprotección del acceso al agua, por la producción extractiva y agrícola intensiva y degradante, que ha sido dominante en la matriz económica desde los tiempos coloniales.

En cuanto al período colonial, como excolonia de Portugal, Brasil no superó algunas marcas que influyeron en la formación de una sociedad desigual y dependiente, con una cultura autorreferente determinada, en gran parte, por la dimensión de su territorio, la concentración de la ocupación poblacional en zonas alejadas de las fronteras internacionales, el dominio de una lengua poco utilizada en la comunicación internacional y el aislamiento histórico del entorno cultural latinoamericano (se dice que el país se desarrolló, política y culturalmente, mirando hacia el atlántico y “de espaldas” a América Latina).

Sobre las características de la colonización portuguesa, Portugal era un Estado unitario y centralizador, a diferencia de España, donde la existencia de distintos reinos en su territorio<sup>54</sup> y, por tanto, de un pluralismo interno, pudo haber favorecido la consolidación de una mayor autonomía de sus colonias y la fragmentación de las tierras del dominio español, además de la formación de sociedades locales culturalmente más plurales, aunque también muy desiguales, dependientes y con un predominio político y económico de las clases sociales vinculadas a los excolonizadores.

---

<sup>54</sup> La “España invertebrada”, como dice Ortega y Gasset (1946), pudo haber trasladado a sus colonias elementos de su pluralismo interno. Esta referencia se encuentra en João Antonio de Paula (2000, p. 90), entre otros. Este autor menciona que Ortega y Gasset hizo la “terrible” afirmación de que la única institución unitaria de España fue la inquisición.

La existencia de grupos autóctonos más organizados en el territorio de las excolonias españolas también pudo haber favorecido una más fuerte influencia de los pueblos originarios en las culturas locales, especialmente en las regiones andina y centroamericana, en contraste con lo que sucedió en Brasil.

En el caso de Colombia, las ideas liberales de igualdad y los ideales republicanos (Melo, 2018, pp. 122-123) facilitaron el reconocimiento legal de la igualdad entre indígenas y blancos y la entrega gradual de las tierras de sus resguardos, antes que en Brasil. Además, con relación a los afrodescendientes<sup>55</sup>, la política de liberación gradual después de la independencia, la compra de la libertad con fondos públicos y el fin de la esclavitud, en 1851 (Melo, 2018, pp. 122-123), con la indemnización a los propietarios, revelan, a pesar de las críticas por la lentitud (Noyes, s.f.) o insuficiencia de las medidas, la preocupación por crear políticas públicas para enfrentar el problema de compatibilizar los intereses esclavistas y económicos con los ideales políticos de libertad del país. Este proceso logró avances más tempranos en Colombia que en Brasil, último país a abolir (oficialmente) la esclavitud en el mundo.

El reconocimiento de la ciudadanía a indígenas y afrodescendientes en Colombia no se dio de modo inmediato a la independencia, de manera semejante a lo que ocurrió en Brasil. Las luchas del siglo XX fueron fundamentales para las conquistas de los derechos previstos en las constituciones de 1991 (La Rosa & Mejía, 2017, p. 73), de Colombia, y de 1988, de Brasil.

Tales luchas siguen vigentes en los dos países, para implementar los derechos reconocidos en sus constituciones, en un escenario de resistencia en contra los efectos de los nuevos “movimientos colonizadores del siglo XX” (La Rosa & Mejía, 2017, p. 71) y del siglo XXI y de “la puesta en marcha de proyectos agroindustriales, madereros y mineros [...] en zonas que nunca antes habían

---

<sup>55</sup> Colombia tiene la tercera población afrodescendiente en América, después de Estados Unidos y Brasil, como señalan La Rosa & Mejía (2017).

enfrentado de manera masiva la presencia mestiza y blanca” (La Rosa & Mejía, 2017, p. 71), como la Amazonía, ocupada más recientemente con proyectos extractivos y agroindustriales que aumentaron los conflictos locales, tanto en Brasil como en Colombia<sup>56</sup>.

Por otro lado, la cultura del blanqueamiento<sup>57</sup>, que fue más “exitosa”<sup>58</sup> en el Cono Sur, pudo haber influido aún más negativamente en el tratamiento dado a los pueblos indígenas y a las poblaciones afrodescendientes, a partir del período republicano de Brasil. Por esa razón, hasta hoy, la exclusión social y cultural de tales poblaciones es más marcada en la parte sur de América Latina, lo que se nota cuando se comparan aspectos de las culturas jurídica y política de Brasil y Colombia<sup>59</sup>.

Así, a pesar de que ninguno de los dos países adoptó una política de compensación para los exesclavos que les ayudara a empezar una actividad productiva propia después de la liberación, la aceptación de la mano de obra negra, en las precarias formas de contratos entonces existentes en el mercado de trabajo libre, fue mayor en Colombia que en Brasil, ante la opción brasileña de sustituir esa mano de obra en el campo con inmigrantes europeos, lo que dificultó la inserción laboral de la población afrodescendiente. La indemnización de los propietarios también pudo haber disminuido la resistencia a la integración,

---

<sup>56</sup> Brasil y Colombia son los países con mayor cantidad de asesinatos de líderes ambientales, campesinos e indígenas, lo que no es casual, debido a las características del modelo de explotación y de ocupación legal o ilegal de tierras y a la resistencia a la contaminación de los recursos hídricos, como se verá. Se afirma que, por la gravedad de la situación, se podría reconocer **un estado de cosas inconstitucional** relacionado con tal cuestión en ambos países, debido a la configuración de una **violación sistemática** de la libertad política y de la protección de la vida de los defensores de derechos humanos.

<sup>57</sup> Tras la abolición de la esclavitud en Brasil, a finales del siglo XIX, el incentivo a la inmigración blanca fue la política estimulada, como factor de “eugenesia”, con una gran ocupación de europeos en la parte sur del país y de japoneses y árabes, especialmente en Sao Paulo.

<sup>58</sup> Sobre la evolución de las leyes de inmigración en Colombia, ver María Angélica Gómez Matoma (Matoma, 2009), que explica la baja migración al país por la debilidad de su economía y los períodos de desincentivo político a la práctica migratoria.

<sup>59</sup> La representación política de la población indígena es débil en el Congreso (no hay una cuota indígena en el Congreso brasileño); la violencia contra los grupos indígenas sigue siendo frecuente, y se recrudece en gobiernos autoritarios o conservadores; hay constantes bloqueos a la política de demarcación de los resguardos indígenas y poca jurisprudencia que reconozca la validez de las costumbres o tradiciones indígenas frente a la legislación ordinaria, en comparación con lo que ocurre en países vecinos, especialmente de la región Andina.

a pesar de las similitudes en las condiciones de vida de los afrodescendientes en los dos países.

Varios autores apuntan que la forma “señorial” de propiedad de la tierra en el período colonial de Brasil también contribuyó al sometimiento abusivo de los negros e indígenas a los colonizadores, pues, además de la concentración de la propiedad, los dueños de la tierra tenían poderes absolutos en los límites de su posesión, ante la total ausencia de instituciones de mediación política, inmediatamente superiores a ellos, que hicieran una regulación social, como lo resaltan Jessé de Souza<sup>60</sup> (Souza, 2017) y Comparato (Comparato, 2017)<sup>61</sup>.

Eso no ocurría con la misma intensidad en las colonias españolas, debido a la existencia de una estructura estatal básica más antigua, vinculada a la corona, como las audiencias reales y los virreinos. Aunque hubo gobernadores tanto en Colombia como en Brasil, el éxito en el control de los dominios territoriales concedidos privadamente en Brasil fue casi nulo. Esto generó consecuencias que trascienden hasta hoy, como la resistencia de los propietarios de la tierra a promover el trabajo rural digno en sus posesiones y a someterse a la legalidad en general, especialmente en los campos del derecho laboral y ambiental.

A pesar de las similitudes del estilo mercantilista de las colonizaciones española y portuguesa, el interés de Portugal por Brasil durante el siglo XVI era periférico<sup>62</sup>, al contrario de lo que pasaba en España con relación a sus colonias de América, donde ya se explotaban el oro y la plata. Esto explica el retraso en la creación de estructuras estatales formales vinculadas a la corona portuguesa

---

<sup>60</sup> “El jefe de la familia y señor de las tierras y los esclavos tenía una autoridad absoluta en sus dominios, y obligaba hasta ‘al rey’ a sus compromisos, disponiendo de un altar dentro de la casa y un ejército particular en sus territorios” (Souza, 2017, p. 42). Traducción libre de la autora desde el portugués.

<sup>61</sup> Comparato señala: “El señor, además de los poderes económicos decurrentes de la propiedad, gozaba aun de prerrogativas políticas, como la jurisdicción sobre todos los que vivían en sus tierras, el derecho de portar armas y el de cobrar tributos” (Comparato, 2017, pp. locales del Kindle 758-760). Traducción libre de la autora desde el portugués

<sup>62</sup> Básicamente, consistía en la explotación maderera del “Pau Brasil” (árbol del que se extraía la rara, en Europa, y muy apreciada, entre los nobles, tinte de color rojo) y la explotación agrícola de la caña de azúcar.

en el territorio colonial brasileño, factor que aumentó el poder local de los terratenientes.

Solo con la amenaza de ocupación extranjera en tierras brasileñas y, posteriormente, con el descubrimiento de grandes yacimientos de oro en Minas Gerais, en el siglo XVII, Brasil se tornó estratégico y muy rentable para Portugal (Russel-Wood, 1998). Esto también explica que, ante la invasión napoleónica a la península Ibérica, a comienzos del siglo XIX, la corona portuguesa se trasladara a Brasil, contrario a lo que ocurrió con la corona española, que permaneció en Europa para defender su territorio.

Tal circunstancia, que dejó a las colonias hispánicas sin comando directo y autorizadas para resistir al dominio francés, precipitó sus procesos de independencia a comienzos del siglo XIX, lo que solo se dio más tarde en Brasil, en 1822, con el retorno de la familia real a Portugal. Sin embargo, tal proceso, así como otras de las tantas transiciones políticas incompletas de Brasil, se dio por medio de la separación del reino de Brasil de la metrópolis portuguesa, con el mantenimiento del régimen monárquico bajo el comando del príncipe heredero del trono portugués.

Russel-Wood (1998) registra que la colonia de Brasil era vista por Portugal apenas como una fuente de riquezas, y relata que la explotación se daba, básicamente, por medio del cobro de impuestos, por parte de la metrópolis, y el fornecimiento de materias primas, por la colonia. Brasil no podía procesar su riqueza y sufría una restricción total a la implementación de manufacturas.

Por otro lado, como relata el mismo autor, “[la] corona desarrollaba una política de imperialismo cultural” (Russel-Wood, 1998), y sistemáticamente negaba la autorización para crear universidades en el territorio brasileño, además de prohibir la prensa, cerrar las imprentas que intentaban instalarse y censurar previamente las publicaciones:

Salvo por los colegios jesuíticos, no existía oportunidad para una educación más elevada en la colonia, haciendo que las personas nacidas en Brasil fueran enviadas a las universidades europeas en búsqueda de títulos superiores. Había un minucioso examen del comercio de libros y de la posibilidad de diseminación de ideas, especialmente en el siglo XVIII, ante el creciente temor, casi paranoico, a las ‘ideas jacobinas’. Eso era especialmente perturbador para los intelectuales brasileños frente a la prohibición del establecimiento de una prensa en territorio colonial. Trabajos escritos en Brasil -fuesen tratados técnicos, ligados a la erudición humanista o hasta catequismos- tenían que ser sometidos a los censores en Portugal antes de ser publicados. (Russel-Wood, 1998)<sup>63</sup>.

El propio Gilberto Freyre (2003, p. 66) reconoce que las élites coloniales brasileñas eran menos letradas que las de las colonias vecinas, al referirse a las élites coloniales hispánicas como constituidas por “*bacharéis letrados*”<sup>64</sup>, en oposición a los poco letrados dueños de tierras de Brasil.

Los ideales de la “Ilustración” y de la revolución francesa estuvieron más presentes en el proyecto colonial español que en el modelo de colonización portugués. Eso, posteriormente, generó impactos en los proyectos de nación de las excolonias españolas y se refleja, hasta hoy, en el desprecio cíclico de Brasil por las políticas de educación pública, de las ciencias y las artes.

La prohibición de crear cursos superiores en Brasil solamente se levantó después del traslado de la familia real a Brasil, en 1808<sup>65</sup>, cuando se crearon las primeras universidades, con casi tres siglos de retraso en comparación con los

---

<sup>63</sup> Traducción libre de la autora de: “Afora os colégios jesuíticos, não existia oportunidade para uma educação mais elevada na colônia, fazendo com que as pessoas nascidas no Brasil fossem enviadas para as universidades européias em busca de títulos superiores. Havia um minucioso exame do comércio de livros e da possibilidade de disseminação de idéias, notavelmente no século XVIII, face ao crescente temor, beirando mesmo a paranóia, acerca das ‘idéias jacobinas’. Isso era especialmente perturbador para os intelectuais brasileiros face à proibição do estabelecimento de uma imprensa em território colonial. Trabalhos escritos no Brasil –fossem eles tratados técnicos, ligados à erudição humanista, ou até mesmo catequismos– tinham que ser submetidos aos censores em Portugal antes de serem publicados”.

<sup>64</sup> La expresión puede estar vinculada a la referencia a abogados letrados o personas tituladas en estudios superiores y más ilustradas que los miembros de las élites de Brasil.

<sup>65</sup> El traslado de la familia real a Brasil, un hecho inédito en su época, se dio bajo un acuerdo de protección militar con Inglaterra, a cambio de la apertura comercial de la colonia a las “naciones amigas” de Portugal. Tal intercambio favoreció el comercio de los productos de la revolución industrial inglesa y la apropiación de las riquezas generadas por la enorme cantidad de oro descubierta en el subsuelo de la colonia. Ese estilo de sumisión de los negocios locales a intereses geopolíticos sigue presente hasta hoy.

países de colonización hispánica<sup>66</sup>. Los primeros cursos jurídicos apenas fueron creados en 1827.

La obligación de enviar a los hijos a Europa a cursar los estudios superiores hizo que el acceso a este nivel de educación fuera un privilegio aún más elitista en Brasil que en las colonias vecinas. Esto retrasó la producción de ideas políticas propias en el país, fenómeno que persiste hasta hoy, pues Brasil sigue siendo incapaz, especialmente cuando está sometido a gobiernos más conservadores, de fomentar la educación y la cultura de calidad y de producir consensos mínimos para un proyecto político nacional de largo plazo, lo que debilita la cultura constitucional y democrática en períodos cíclicos y repetidos.

Además, el acceso a la tierra fue restringido en Brasil por la Ley de Tierras de 1850 (Ley 601,1850)<sup>67</sup>, que determinaba que la compra era el único modo de adquisición, lo que dificultó aún más el acceso de los exesclavos, que no fueron beneficiados con políticas de concesión de tierras, como sí ocurrió con los inmigrantes blancos. Ese es otro factor que explica el perfil racial de la desigualdad en Brasil, donde los negros siguen siendo segregados y víctimas preferentes del racismo y la violencia institucionalizados<sup>68</sup>.

El movimiento que determinó el fin de la monarquía tampoco tuvo participación popular. Tal proceso se aceleró con el fin de la legalización de la

---

<sup>66</sup> La creación de universidades en las colonias españolas data de mediados del siglo XVI, como la Universidad de Santo Tomás de Aquino, en República Dominicana, y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en Perú, seguidas de muchas otras, hasta el final del mismo siglo, en distintas excolonias.

<sup>67</sup> Además de dividir las tierras de la colonia entre las familias blancas indicadas por el colonizador (sistema de capitanías hereditarias), con el fracaso de tal forma de ocupación, las políticas de tierras en el Brasil colonial favorecieron la acumulación de tierras por los blancos, al no permitir la distribución de tierras a los grupos económicamente excluidos, ya que la Ley de Tierras de 1850 exigía su “compra” como forma exclusiva de adquisición, con excepción de una estrecha franja de tierras en las fronteras internacionales, que podían ser objeto de donación. Decía la Ley: “Art. 1º Ficam prohibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra” (Ley 601, 1850, art. 1º).

<sup>68</sup> El mapa del encarcelamiento revela que el 60 % de la población carcelaria de Brasil está compuesta por jóvenes mulatos y negros, y que cerca de 2/3 de las muertes violentas, causadas incluso por la policía, son de jóvenes negros. Ver el mapa del encarcelamiento de Brasil (Presidencia de la República. Secretaria Geral, 2015b) y el índice de vulnerabilidad juvenil a la violencia y la desigualdad racial (Presidencia de la República. Secretaria Geral, 2015b). Tales índices se encuentran en grado de empeoramiento con las restricciones de las políticas sociales.



esclavitud, en 1888, sin indemnización para los dueños de esclavos, lo que hizo que la monarquía perdiera parte del apoyo político que la sostenía. El cambio de régimen se dio mediante un golpe de Estado militar, con apoyo oligárquico, que expulsó a la familia real del país. Hubo algún inconformismo popular, debido a que la monarquía era identificada como la responsable del fin de la esclavitud (Comparato, 2017), y también por cierta preocupación acerca de la pérdida del papel “moderador”<sup>69</sup> del rey. El pueblo estuvo al margen del proceso que generó el cambio de régimen, así como estuvo al margen de la participación política en la sociedad colonial esclavista.

Todas las características mencionadas hicieron que la sociedad brasileña fuera muy poco incluyente, además de refractaria a las ideas democráticas<sup>70</sup>. Esto influyó la cultura jurídica hasta los presentes días, en los que persiste la dificultad de enfrentar a los poderes políticos abusivos y de tornar efectivas las normas internas de derechos fundamentales, especialmente las normas internacionales de derechos humanos incorporadas al ordenamiento interno.

Pádua Fernandes (2005) resalta los rasgos de la relación entre “derechos humanos y la cultura jurídica brasileña”, o cómo se da, según él, la “producción legal de la ilegalidad”, lo que demuestra la persistencia de las culturas política y jurídica autoritarias en el país, después de la Constitución de 1988. El autor afirma que:

Estados que presenten una cultura jurídica con esos dos rasgos (el aislacionismo y el irrespeto a los derechos humanos), cuando integren tratados de derechos humanos, tenderán a reducir la efectividad de tales tratados, aun cuando las

---

<sup>69</sup> El rey representaba el “poder moderador” en la Constitución de 1824, pues tenía poderes de decisión en caso de conflicto entre los otros poderes. Además, podía representar una mirada acerca de los intereses nacionales que no estaban directamente vinculados a los intereses privados de las oligarquías. Esto se perdió en Brasil tras la instauración de una república sin pueblo, y solo se recuperó, con episodios esparcidos e interrumpidos autoritariamente por gobiernos de perfil nacional-desarrollista, a lo largo del período republicano. En el campo del derecho al agua, una iniciativa imperial, reconocida hasta hoy en Brasil, fue la recuperación de la Foresta de Tijuca (replantada por esclavos), en Río de Janeiro, para combatir la escasez hídrica de la capital, causada por la plantación intensiva de café en las nacientes de los ríos cercanos a la ciudad. Actualmente, esa es la más grande foresta urbana del mundo.

<sup>70</sup> Una obra reciente (Schwarcz, 2019) destaca el autoritarismo brasileño a lo largo de la historia colonial y republicana con sus características más relevantes (esclavitud y racismo, mandonismo, corrupción, desigualdad, violencia e intolerancia) y las persistentes marcas de ese pasado en los “fantasmas del presente”.

Constituciones nacionales se armonicen con ellos (en ese caso, también el derecho constitucional tendrá poca efectividad). Podrá ocurrir que la propia eficacia formal de esos tratados sea negada; o que sean interpretados de forma que generen efectos contrarios a su finalidad<sup>71</sup> (2005, p. 9).

Según Fernandes (2005), esas características están presentes en la cultura jurídica de Brasil hasta hoy, a pesar de lo que digan la Constitución de 1988 y los tratados firmados por Brasil.

Eso no significa que el país esté cerrado a la migración de ideas o a los trasplantes jurídicos, sino que sus características poco democráticas y excluyentes facilitan la importación de ideas contrarias al fortalecimiento de la democracia y de la inclusión social, a pesar del perfil de su Constitución.

Por su parte, el constitucionalismo colombiano, desde la independencia del país, consolidada entre 1810 y 1821, fue un difusor de la **cultura política liberal** (liberalismo político), con variaciones más o menos conservadoras, más o menos centralistas, lo que quizás explique la vigencia de una misma Constitución entre 1886 y 1991 y la inexistencia de dictaduras del estilo de aquellas de los países del Cono Sur durante el siglo XX.

Por otro lado, hay un aspecto común en las culturas jurídicas colombiana y brasileña relacionado con el incumplimiento de las reglas, que es la denominada **cultura de las “normas de papel”** (Villegas, 2009). Tal fenómeno es común frente a reglas de diferentes tipos y, en parte, es un reflejo de las grandes desigualdades sociales existentes en los dos países. Esto hace que los ricos se sientan inmunes a la ley, y que los pobres no se sientan representados por los poderes constituidos. Además, hay una falta de legitimidad y confianza en el poder Legislativo y en las instituciones del Estado, que, a su turno, no son

---

<sup>71</sup> “Estados que apresentem uma cultura jurídica com esses dois traços (o isolacionismo e o desrespeito aos direitos humanos), quando integrem tratados de direitos humanos, tenderão a reduzir a efetividade desses tratados, mesmo quando as Constituições nacionais com eles se harmonizem (nesse caso, também o direito constitucional terá pouca efetividade). Poderá ocorrer que a própria eficácia formal desses tratados seja negada; ou que sejam interpretados de forma a gerar efeitos contrários à sua finalidade” (traducción libre de la autora).

un ejemplo de cultura de la legalidad, por incumplir, ellas mismas, muchas de las leyes del país<sup>72</sup>.

Como resalta Villegas (2011), los motivos de incumplimiento de las reglas en sociedades muy desiguales, como las de Brasil y Colombia, necesitan ser comprendidos, para que las políticas públicas necesarias para promover una cultura de la legalidad sean pensadas teniendo en cuenta las razones por las cuales diferentes grupos incumplen las leyes en sociedades con tales características.

El autor (Villegas, 2011) señala que hay tres perfiles básicos de incumplidores de reglas: el “vivo”, el “rebelde” y el “arrogante”<sup>73</sup>, los cuales, como tipos abstractos, actúan movidos por razones distintas, que son, respectivamente, de naturaleza estratégica, moral y cultural.

Cada tipo de incumplidor, por tanto, es estimulado por un tipo de problema del funcionamiento del Estado relacionado con la **cultura de legalidad**. Así, según el autor, se puede decir que:

[I]a viveza es producto de la ineficacia del Estado para imponer sanciones; la rebeldía es resultado de la falta de legitimidad del poder político, y la arrogancia es producto de la ausencia de una cultura de la legalidad (Rule of Law). (Villegas, 2011, p. 176).

Como se dijo, la cultura del incumplimiento de las reglas tiene **motivaciones diferentes**, algunas, inclusive, legítimas, como la **resistencia a las reglas abusivas** en contextos autoritarios. Así mismo, las políticas públicas que tengan por objetivo mejorar la cultura de legalidad deben ser diferentes, para combatir cada problema específico. Sin embargo, los tres problemas deben ser atacados conjuntamente, a fin de que las políticas públicas sean más efectivas (Villegas, 2011), pues los tres aspectos se refuerzan mutuamente.

<sup>72</sup> El Estado encabeza la lista de los cien mayores litigantes del país, de acuerdo con el mapa de los grandes litigantes de Brasil, elaborado por el Consejo Nacional de Justicia (Conselho Nacional de Justiça, 2011).

<sup>73</sup> Esos tipos, según el autor, pueden combinarse entre sí, para formar al “déspota”, una especie de mezcla entre el “vivo” y el “arrogante”, y al “taimado”, una mezcla de “vivo” y “rebelde”.

Así, contra la viveza se requiere un poder estatal capaz de imponer sanciones efectivas a los detractores. La actitud de los rebeldes se contrarresta incrementando la legitimidad. Por último, la actitud arrogante necesita una cultura ciudadana de respeto por la ley. Ninguno de estos remedios está destinado exclusivamente a un tipo de comportamiento incumplidor. Todos son complementarios: la efectividad contribuye a mejorar la legitimidad; la cultura de la legalidad requiere la legitimidad del poder; la efectividad se obtiene más fácilmente cuando existe una cultura de la legalidad. Así, los remedios están interconectados e influyen unos sobre otros de manera recíproca. (Villegas, 2011, p. 176).

El razonamiento expuesto es relevante para pensar en la actuación de los tres poderes en el fomento de una **cultura jurídica y política ciudadana**. Incluso, el poder Judicial debe preocuparse por la **efectividad, legitimidad e imparcialidad** de sus decisiones y por la **promoción de una cultura constitucional, convencional y de legalidad en sus prácticas**, a fin de resguardarse de casuismos y de presiones políticas y económicas.

La **cultura constitucional**, además, no puede estar alejada de la cultura **democrática**, pues, en verdad, la “arrogancia” casi siempre es resultado del autoritarismo de los que no quieren someterse a la ley, de modo que es necesario enfrentar la ineffectividad del sistema en ese campo, teniendo en cuenta que las élites intentarán sobreponerse a las reglas y a las autoridades del sistema jurídico. La “rebeldía”, o la desobediencia, a su vez, puede ser la única reacción posible a la imposición autoritaria de reglas injustas o injustificadas, como ocurre en los casos de resistencia a la opresión legalizada, habida en los casos de esclavitud, dictaduras y segregaciones variadas, presentes históricamente en la región.

Ferrajoli (2011)<sup>74</sup> también destaca la importancia de la cultura jurídica y política constitucional en el fortalecimiento de la democracia y de los derechos fundamentales, en un doble sentido:

---

<sup>74</sup> De cierta manera, Waldron (Political Political Theory - Essays on Institutions, 2016), que aboga por una perspectiva liberal en el campo constitucional, también se preocupa por la cultura jurídica y política, al centrar su interés en cómo deben funcionar las instituciones (dinámica entre forma, proceso y estructura), en su obra sobre una teoría política. Esto también es objeto de interés de otros estudiosos de la Corte

[E]n el sentido de que el nexo entre democracia y constitución es un hecho cultural, hoy desaparecido del sentido común, y en el sentido, más general, de que el desarrollo de la cultura es un factor esencial de la construcción de la democracia.

(Ferrajoli, 2011, p. 109).

A partir de tal afirmación, el autor destaca dos aspectos relevantes para el cambio de la cultura política: **recuperar los vínculos jurídicos y culturales de la relación entre Constitución y democracia, en el sentimiento y las actitudes difundidas socialmente, y mejorar la formación cultural general y de los operadores jurídicos en la sociedad, en ambos aspectos.** En ese sentido, la Constitución colombiana, en su artículo 41, se preocupó por difundir su contenido y formar una cultura constitucional y democrática, al determinar, en el capítulo de los derechos fundamentales, la obligación de implementar el “estudio de la Constitución” y la “instrucción cívica”, así como el fomento de las “prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana”, aspecto que contribuye a fomentar una cultura constitucional y de participación democrática en el país.

Es sobre ese aspecto dinámico de los **vínculos jurídicos y culturales entre Constitución y democracia**, y como esto se refleja en la aplicación de los derechos fundamentales, que se analizará la **cultura de “constitución” o “destitución”** de derechos en Brasil y Colombia, a partir de la aplicación de los DESCAs por la Corte Constitucional colombiana y el STF de Brasil, con la expectativa de contribuir a que el poder Judicial en Brasil sea, en alguna medida, motor de su propio cambio<sup>75</sup> y, así, colabore con las transformaciones sociales y el fortalecimiento de la cultura democrática, participativa, legal, constitucional y convencional que el país necesita.

---

Constitucional colombiana y del STF mencionados en esta investigación, lo que indica la importancia del análisis dinámico del funcionamiento de las instituciones en el constitucionalismo contemporáneo.

<sup>75</sup> En ese mismo sentido, ver Conrado Hübner Mendes (Mendes, 2018b), que llama la atención sobre la necesidad de que el STF se reforme, para no ser reformado.

Eso no excluye la importancia de las luchas sociales<sup>76</sup> para la preservación de la democracia y de los derechos fundamentales y para la democratización de las instituciones del Estado, inclusive del propio poder Judicial.

#### **1.4. Conclusiones del capítulo**

Como se vio en este capítulo, las corrientes del constitucionalismo que defienden una perspectiva más liberal o más social del derecho se enfrentan con visiones distintas acerca de la justiciabilidad de los derechos sociales, en lo que se refiere a los riesgos de violación del principio de la separación de los poderes y los riesgos para la democracia, al considerar que las políticas sociales deberían ser temas de la agenda ciudadana y no políticas de Estado.

Se defendió la postura de que la positivación de los derechos fundamentales en las constituciones de matriz social y su expresa justiciabilidad no violan los principios democráticos y de separación de poderes.

Las constituciones con ese perfil, que son mayoría en el mundo, cumplen la función de positivizar compromisos referidos a luchas históricas por derechos y democracia en contextos sociales de poca estabilidad institucional y con deudas históricas persistentes de inclusión social, lo que también ocurrió en países de la Europa continental, como España y Portugal, y no solamente de América Latina.

En América Latina, es necesario superar las concepciones doctrinales que tratan la justiciabilidad de los DESCAs a partir del trasplante jurídico de teorías

---

<sup>76</sup> Cabe señalar que, en Brasil, es relevante registrar que existe una sociedad relativamente omisa en materia política, ante las rupturas de la democracia y la persistente desigualdad social, pero que también exista una sociedad inconforme con la siempre postergada creación de bienestar relacionado con la prestación de servicios públicos de calidad, los cuales son defendidos mayoritariamente, en encuestas sobre el papel del Estado, por personas de diferentes perfiles políticos y niveles económicos y sociales. Al respecto, véase la investigación sobre la percepción de la sociedad brasileña acerca del papel del Estado (Abers & Brandão, 2018), que indica que la opinión de la mayoría de los ciudadanos brasileños es favorable a que el Estado fomente el bienestar, las pensiones, la salud y la educación públicas.

originadas en el mundo anglosajón, donde prevalecen las constituciones liberales, así como la idea de “activismo” judicial para calificar las situaciones en las que el poder Judicial actúa para determinar la implementación de derechos sociales y ambientales positivados en las constituciones y en las leyes dentro de los límites de su competencia, respetando la integridad del sistema constitucional, las normas del derecho internacional de los derechos humanos y las garantías fundamentales de los ciudadanos.

La justiciabilidad de los DESCAs, por tanto, no se debe pensar como una cuestión de sí o no, sino de cómo y cuándo debe actuar el juez.

El método de deliberación dialógica propuesto en esta investigación puede servir para superar las objeciones a la justiciabilidad de los DESCAs. Para ello, se propone observar diez principios, elaborados a partir de las proposiciones de protección dialógica y multinivel de derechos realizadas por Gargarella (2013b), Abramovich y Courtis (2014) y Pisarello (2007), así como de la sistematización de la experiencia de la Corte Constitucional colombiana. Tales principios son (los cuatro primeros propuestos por Gargarella, 2013b):

- (1) Control judicial del carácter inclusivo del proceso de creación legislativa;
- (2) Control judicial del carácter deliberativo del proceso de creación legislativa;
- (3) Decisión judicial construida dialógicamente;
- (4) Decisión construida en diálogo con los otros poderes;
- (5) Control inclusivo de la creación de políticas públicas por el poder Ejecutivo;
- (6) Control deliberativo de la creación de políticas públicas por el poder Ejecutivo;
- (7) Cumplimiento dialógico de las decisiones;
- (8) Incorporación del constitucionalismo multinivel (diálogo entre fuentes internas e internacionales) y plural (diálogo entre fuentes internas multiculturales o pluriétnicas y las demás normas del ordenamiento) en la deliberación;
- (9) Protección judicial reforzada (protección multinivel) de los mecanismos institucionales y extrainstitucionales de garantías de los derechos fundamentales, y

(10) Consolidación de prácticas institucionales de *accountability* por las cortes constitucionales.

En ese modelo se deben incorporar los principios rectores de las normas del Sistema Universal de Derechos Humanos (**universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad**) y el método de implementación de políticas públicas a partir del Enfoque Basado en Derechos (EBD).

Además, para la implementación del modelo, se deben considerar los siguientes presupuestos:

- (i) La no superación del modelo estándar de protección de los derechos sociales basado en la centralidad del trabajo y de la previdencia social;
- (ii) la participación que debe ser especialmente protegida en los diálogos internos o externos al poder Judicial es aquella relativa a las minorías históricamente excluidas;
- (iii) los varios tipos de debate y de diálogos constitucionales son necesarios y deben ser usados de modo complementario, según la necesidad, en la deliberación en DESCA, y
- (iv) es necesario superar el tabú según el cual el poder Judicial no debe discutir los límites presupuestales necesarios para la implementación de derechos sociales en tiempos de neoliberalismo financiero y de políticas de “austeridad” selectiva.

Considerando la persistente cultura excluyente, autoritaria e incumplidora de normas, se considera central el cambio de **cultura jurídica**, para fortalecer la aplicación de los derechos fundamentales y los **vínculos culturales** entre **constitucionalismo, derechos, democracia y legalidad**.

En ese sentido, es fundamental el papel del poder Judicial en la promoción de **cambios internos en su cultura jurídica** y sus **prácticas institucionales**, especialmente en momentos políticos hostiles a la democracia y la inclusión social en los ámbitos nacional e internacional.



## **CAPÍTULO 2. Las constituciones de Brasil y Colombia y el contexto de su promulgación**

Para entender el contexto actual de comparación y los aspectos que influenciaron el diseño de los modelos constitucionales y de los sistemas de control de constitucionalidad vigentes en Brasil y Colombia, es necesario comprender los antecedentes históricos, sociales y políticos de las constituciones de 1988 y 1991 y analizar los factores que limitaron algunos de los avances propuestos durante la Asamblea Constituyente, especialmente en Brasil, donde la transición democrática incompleta originó los impases políticos contemporáneos. Además, para observar cómo la cultura política influencia la deliberación constitucional (Bayón, 2011), es necesario entender no solamente el funcionamiento de las cortes constitucionales, sino cómo funcionan y se relacionan entre sí los tres poderes de la República, lo que se examinará en este capítulo.

Sobre la estructura de las dos constituciones, es necesario tener en cuenta las implicaciones que tiene para la estabilidad o inestabilidad democrática el hecho de que la parte orgánica de una Constitución obstruya la parte dogmática (Gargarella, 2014b) o viceversa. Además, es necesario considerar que en sociedades plurales y con constituciones aprobadas a partir de acuerdos entre grupos divergentes, como en los casos de Brasil y Colombia, es común que haya tensiones internas entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución y/o entre diferentes dispositivos de su parte orgánica o de su parte dogmática.

Tales tensiones son, además, dinámicas, especialmente en América Latina, dada la permanente inestabilidad política y las usuales interferencias externas en la soberanía local. Estos aspectos suelen influenciar la aprobación de frecuentes reformas constitucionales que pueden cambiar significativamente

algún aspecto del diseño original de la Constitución<sup>77</sup>, de modo que toda comparación jurídica está históricamente<sup>78</sup> fechada. Cabe señalar que algunos cambios estructurales relevantes pueden ocurrir a partir del cambio de ciertos dispositivos de la parte dogmática, como ocurrió con las reformas liberalizadoras de Brasil y Colombia, que tuvieron implicaciones directas en la efectividad de los DESCAs, como se verá.

En este capítulo, se analizarán los elementos contextuales que conformaron el control de constitucionalidad en Brasil y Colombia, especialmente los antecedentes de las constituciones de 1988 y de 1991, respectivamente, así como la forma en que están diseñados los derechos fundamentales en las dos constituciones.

Estos elementos ayudan a comprender los condicionantes históricos del impase institucional actual de Brasil y los aspectos que pueden ser objeto de cambio cultural (sin necesidad de reforma constitucional) para perfeccionar el control de constitucionalidad y la aplicación de los derechos fundamentales, especialmente de los DESCAs, en el país.

Finalmente, se analizarán los dispositivos específicos relacionados con la participación popular, para comprender la diferencia de tratamiento que se da a esa cuestión en ambas constituciones, como elemento fundamental para comprender aspectos relevantes de la configuración de la cultura política de ambos países en cuanto a la apertura a la democracia participativa.

---

<sup>77</sup> Hasta 2017, la Constitución de Brasil de 1988 había sufrido 99 enmiendas (Supremo Tribunal Federal, 2018), y hasta 2018, la Constitución de Colombia de 1991, por lo menos, 47 reformas, de acuerdo con el número de actos legislativos registrados en la página del Senado de la República (Secretaría General del Senado, 2018).

<sup>78</sup> En ese sentido, Ferrante (2016, p. 611) y Scarciglia (2011, p. 26) citan a Gino Gorla, a propósito de su artículo “Diritto Comparato”, en la Enciclopedia del Diritto, Tomo XII, Giuffrè, Milán, 1964, p. 932.

## **2.1. Los antecedentes de las constituciones de 1988, en Brasil, y 1991, en Colombia**

Así como ocurrió en Colombia y otros países de la región, Brasil también pasó por un período de redemocratización, a finales del siglo XX, tras el fin de la dictadura militar, en 1985, y la promulgación de una nueva Constitución, en 1988, que contempló una amplia carta de derechos fundamentales, incluida la protección al trabajo y a otros derechos económicos y sociales, cuyos antecedentes serán analizados en comparación con el proceso de cambio constitucional colombiano.

En el caso de Colombia, a pesar de que el país no pasó por una dictadura militar semejante a la de otros países de América del Sur, tenía, en aquel momento, una “democracia restringida” (Febres-Cordero, 1997) que utilizaba frecuentemente el recurso a los poderes excepcionales del estado de sitio, para gobernar.

Tal situación desencadenó una crisis de legitimidad institucional, a finales de los años ochenta, cuyos factores estructurales fueron, según Febres-Cordero (1997, p. 5), entre otros, la falta de apoyo ciudadano a los políticos y las instituciones, la violencia generada por las guerrillas y el narcotráfico, la ineficiencia del Estado para suplir las necesidades básicas de la población, la corrupción administrativa y la escasa movilidad social.

A pesar de que el interés por reformar la Constitución en Colombia era antiguo, la convocatoria de una Asamblea Constituyente solo fue posible en 1990, debido a algunos acontecimientos que aceleraron el apoyo ciudadano y político al referido proceso (Febres-Cordero, 1997, p.13), como el asesinato de candidatos a la presidencia de la República que tenían amplio apoyo popular (Luis Carlos Galán, candidato liberal, asesinado en 1989, y Bernardo Jaramillo y

Carlos Pizarro, candidatos de la izquierda democrática, asesinados en 1990)<sup>79</sup>; la elección del liberal César Gaviria Trujillo como presidente de la República, en 1990, y el movimiento estudiantil que se levantó, en 1989, tras el asesinato de Galán, en contra de la violencia del narcotráfico, a favor de la democratización del país y en apoyo a la “séptima papeleta”<sup>80</sup>, con la que se pidió la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

El entonces presidente de la República, Virgilio Barco Vargas, que estaba a favor del movimiento de los estudiantes, utilizó el poder de emitir decretos excepcionales durante el entonces vigente estado de sitio (Decreto 1038, 1984), y emitió otro decreto (Decreto 927, 1990), que ordenaba la realización de un plebiscito para decidir acerca de la convocatoria de una asamblea nacional constituyente. Aunque, aparentemente, esto no era posible, pues el texto de la Constitución vigente<sup>81</sup> no lo permitía, el Decreto 927 de 1990 le ordenó a la Registraduría Nacional realizar el conteo de los votos sobre tal consulta e indicó el texto de la pregunta objeto de la votación (Ripoll, 2009):

¿Para fortalecer la democracia participativa vota por la convocatoria de una asamblea constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación integrada democrática y popularmente para reformar la constitución política de Colombia? Sí o No.

La Corte Suprema de Justicia, al revisar la constitucionalidad de ese acto, dictó sentencia el 24 de mayo de 1990 (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, SP59, 1990), en la que reconoció la exequibilidad del Decreto 927 de 1990 y relacionó la inestabilidad política del país con la existencia de un diseño

---

<sup>79</sup> Ripoll (2009, p. 114) también recuerda el asesinato de Jaime Pardo Leal, candidato de la Unión Patriótica, en 1987.

<sup>80</sup> La séptima papeleta consistió en la inserción espontánea de una papeleta adicional en las elecciones de Senado, Cámara, asambleas, concejos, alcaldes y consulta liberal. El texto de la séptima papeleta decía “Voto por Colombia. Sí a una asamblea constituyente”, y fue impresa de manera no oficial (circuló en los periódicos, por ejemplo), para que la gente manifestara su opinión. No hubo un conteo oficial de los votos. Los mismos estudiantes se encargaron de hacer un conteo informal, que indicó 1.342.000 votos favorables (Ripoll, 2009, p. 107), resultado que fue difundido por la prensa.

<sup>81</sup> El artículo 218 de la Constitución de 1886 preveía que solamente el Congreso de la República podría revisar y reformar la Constitución, en dos legislaturas ordinarias y consecutivas (Febres-Cordero, 1997, p. 21). Sin embargo, la poca credibilidad del Congreso para autorreformarse y los fracasos de iniciativas anteriores impulsaron la consulta popular convocada por el presidente Virgilio Barco.

institucional incompatible con la necesidad de dar respuestas a los conflictos existentes.

La Corte reconoció, según Ripoll (2009, p. 113), que “la reforma constitucional era cuestión de diseño institucional, y que había una relación directa entre tal diseño y la violencia”. Entre los argumentos para reconocer la constitucionalidad del acto presidencial, la Corte se refirió a la existencia de un legítimo interés popular en ampliar las formas de ejercer la democracia, y ratificó, por tanto, la necesidad del acto practicado por el presidente para restablecer el orden público. Además, confirmó el poder presidencial de hacerlo, esto es, de utilizar el medio considerado hábil para resolver los impases institucionales que afectaban el orden público:

[...] iv. Le corresponde al Presidente, acorde con la etiología de los regímenes políticos de América Latina, ser impulsor de la acción del Gobierno, clara y legítimamente utilizada en el presente caso para permitir registrar la expresión de la voluntad popular, acerca de la posibilidad de integración de una Asamblea Constitucional para fortalecer la democracia participativa y en la cual estén representadas las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación.

Esta situación no se ve disminuida sino acrecentada por las extraordinarias circunstancias del Estado de Sitio y el cometido que le corresponde al Presidente en el régimen de excepción para buscar ante todo el restablecimiento del orden público.

v. No abrir los caminos para registrar esa voluntad, significaría el desconocimiento del antecedente político de la denominada "séptima papeleta", que espontáneamente, se registró el pasado 11 de marzo, así como expresiones públicas de los partidos políticos y los candidatos presidenciales y conduciría a impedir tomar medidas que fortalezcan el orden institucional para enfrentar con eficacia los hechos perturbadores de la paz pública y podría generar nuevas causas de intranquilidad [...].

(Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, SP59, 1990).

El apoyo a la convocatoria de una Asamblea Constituyente en la elección de 27 de mayo de 1990 fue de 86,6 % de los votantes (Febres-Cordero, 1997, p. 21). Una vez elegido, César Gaviria Trujillo, con fundamento en el mismo decreto de estado de sitio que respaldó la consulta realizada (Decreto 1038, 1984), emitió un nuevo decreto (Decreto 1926, 1990b), para regular el funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

El decreto mencionado establecía los requisitos para ser elegido delegatario de la asamblea, así como las prohibiciones, entre las cuales estaba no aspirar a ninguna corporación pública entre 1992 y 1994 (Febres-Cordero, 1997, p. 21). También preveía el temario de la revisión, incluidos, el “Congreso de la República; justicia y ministerio público; administración pública; derechos humanos y libertades públicas; partidos políticos y oposición; régimen departamental, distrital y municipal; mecanismos de participación ciudadana y temas económicos” (Febres-Cordero, 1997, pp. 21-22).

La Corte Suprema de Justicia revisó el Decreto 1926 de 1990, declaró su exequibilidad por una pequeña mayoría de votos (14 de 26 posibles) y aprobó la realización de la consulta popular sobre la Asamblea Constituyente y sus reglas (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, SP138, 1990b). La decisión, sin embargo, retiró los límites en cuanto al contenido de la Constitución (Febres-Cordero, 1997, p. 22), con base en la teoría de que el poder constituyente pertenece al pueblo y, por tanto, este puede “crear el nuevo orden constitucional” (Espinosa & Landau, 2017, p.5).

Fueron elegidos 70 miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, y otros seis fueron designados por el Gobierno entre miembros de exguerrillas (cuatro con derecho a voz y voto, y dos apenas con derecho a voz), uno de ellos indígena, perteneciente al grupo guerrillero Quintin Lame (Banco de la República, 2017, párr. 1.º).

Hubo una representación política plural en la asamblea, inclusive, con la presencia de grupos históricamente excluidos de la representación política nacional, que era, tradicionalmente, bipartidista (liberales y conservadores). Por ejemplo, fueron elegidos 19 miembros del grupo Alianza Democrática M-19, desmovilizados de la guerrilla (Espinosa & Landau, 2017, p.5), y un indígena del partido Autoridades Indígenas de Colombia – AICO (Banco de la República, 2017).

La presencia femenina fue muy reducida (apenas cuatro mujeres). Sin embargo, los logros finales en el campo de los derechos de las mujeres fueron significativos, lo que probablemente se debió a la organización de las redes de mujeres en Colombia, a la movilización en torno a la comisión temática sobre la cuestión femenina y a la composición general (más progresista) de la asamblea.

En ese campo, tanto colectivos de mujeres como diputados constituyentes presentaron propuestas a la asamblea (Quintero, 2005), especialmente en cuanto a los derechos a la igualdad y la no discriminación, el acceso a cargos públicos, la protección del embarazo y la protección especial de las mujeres cabezas de familia.

El proyecto aprobado representó avances, también, en el campo de la participación popular y de los derechos y las libertades públicas, lo que fue superior, especialmente en términos de participación popular, al resultado que se logró en Brasil, como se verá más adelante. El proceso colombiano también fue más avanzado, al reconocer expresamente al país como una nación pluriétnica y multicultural<sup>82</sup>, lo que permitió la realización de políticas públicas específicas para distintos grupos étnicos, así como impulsar la protección de los resguardos indígenas y las tierras de comunidades tradicionales de afrodescendientes<sup>83</sup>.

Tras la Constitución de 1988, en Brasil, se lograron avances semejantes en la regularización de tierras ocupadas por comunidades tradicionales, pero con pasos todavía muy lentos en la implementación de tales derechos y con retrocesos notorios en las actuales políticas públicas de demarcación de tierras,

---

<sup>82</sup> El artículo 7 de la Constitución colombiana reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación, y su artículo 8 indica que es obligación del Estado y de las personas proteger la riqueza natural y cultural del país.

<sup>83</sup> No hubo elección de representantes de los movimientos negros en la Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, la participación de los movimientos organizados se dio de forma indirecta, “consistente en una política de alianzas, en la movilización de masas y en el lobby con constituyentes del Partido Liberal” (Castillo, 2007, pp. 263-264). Tales alianzas se dieron en torno a la comisión segunda, encargada del ordenamiento territorial, junto a los indígenas, con el fin de ser reconocidos como grupo étnico (Castillo, 2007, p. 264).

ante la presión económica por la ocupación de nuevas áreas de tierra en la región central del país y en la Amazonía. Un fenómeno semejante ocurre en Colombia, relacionado con la disputa económica por territorios ocupados por población indígena.

El análisis del proceso constituyente de Brasil, a su vez, revela, como en otros procesos históricos del país, los rasgos de una transición política incompleta y los bloqueos políticos a los avances requeridos por la sociedad, a partir de maniobras o acuerdos entre las élites o instituciones que ocupaban el poder.

Tales acuerdos se dieron bajo la influencia de actores internacionales con intereses políticos o económicos en el país, lo que no fue diferente en los años que antecedieron a la constituyente, debido a la persistente influencia de la Guerra Fría, que fue el trasfondo del apoyo estadounidense<sup>84</sup> a las dictaduras de América Latina, especialmente en el Cono Sur.

En ese contexto de polarización política internacional, Brasil, por más de veinte años, a partir de 1964, estuvo inmerso en una dictadura militar, con severas restricciones a los derechos civiles y políticos.

La narrativa política que generó el golpe de Estado resaltaba los riesgos de una supuesta amenaza “comunista”, de manera semejante al miedo difundido hoy con relación a los regímenes políticos de Venezuela y/o Cuba, para influenciar los resultados electorales en Brasil y Colombia y el *impeachment* de la presidenta de Brasil, Dilma Rousseff, en 2016.

---

<sup>84</sup> En Brasil, la Comisión Nacional de la Memoria y Verdad accedió a documentos que tuvieron sigilo desclasificado en años recientes, relacionados con la colaboración de los Estados Unidos en la deposición del presidente João Goulart, elegido en 1964. Elio Gaspari (Gaspari, 2017) menciona algunos mecanismos de colaboración antes y durante el golpe, como la presencia de la marina estadounidense en la costa de Brasil, autorizada por el presidente Kennedy, por sugerencia del embajador Lincoln Gordon, en los días que antecedieron al golpe.



Con la interrupción del gobierno elegido en 1964, los militares que ocuparon el poder se auto atribuyeron el poder constituyente, mediante una especie de decreto, denominado Acto Institucional n.º 01 (AI-01). Ese documento les daba poder para decretar el estado de sitio o prorrogarlo, sin autorización del Congreso, hasta por 30 días. Además, podían suspender las garantías de estabilidad y vitalidad de los funcionarios públicos, inclusive de los jueces, con la facultad de destituirlos, transferirlos y jubilarlos, sin que el poder Judicial pudiera apreciar la conveniencia y oportunidad de esas decisiones.

El AI-01 dispuso que la elección presidencial se llevaría a cabo el 3 de octubre de 1965, lo que dio a entender que la intervención militar tendría un corto plazo de duración. Sin embargo, esa intervención tenía la clara intención de influir en las futuras decisiones políticas del país, con la eliminación de posibles candidatos contrarios a la ideología del régimen, pues autorizaba la suspensión de derechos políticos por el plazo de 10 años y la cesación de mandatos legislativos federales, estatales y municipales, sin posibilidad de apreciación judicial.

En noviembre del mismo año, se aprobó la Enmienda Constitucional 16, que introdujo la letra “k” en el listado de competencias del STF, con la que se le permitió hacer el control concentrado de constitucionalidad por medio de “la representación en contra de la inconstitucionalidad de ley o acto de naturaleza normativa, federal o estatal, encaminada por el Procurador General de la República” (Emenda Constitucional 16, 1965).

Se nota, entonces, que el control concentrado de constitucionalidad de Brasil se inauguró en un período de ruptura de la democracia, lo que explica las interferencias en la independencia del STF por medio de la intervención directa en su composición. Esta situación guarda similitudes con el momento que vivió Brasil antes y después del *impeachment* de 2016, especialmente por las interferencias legislativas en la edad de jubilación de los funcionarios públicos, para impedir que la presidenta Dilma Rousseff nombrara otros magistrados, y por

las discusiones sobre el posible aumento del número de magistrados del STF o la revocación del aumento de la edad de jubilación en el servicio público, para que el presidente elegido en 2018 pueda nombrar más magistrados y cambiar el perfil de los integrantes de la Corte<sup>85</sup>.

El autoritarismo del régimen militar se profundizó drásticamente entre 1964 y 1968. Las elecciones fueron suspendidas, lo que hizo que perdiera el soporte político de sus partidarios iniciales, que estaban a favor de realizar elecciones directas en 1965, especialmente de parte de los políticos que pasaron a formar la denominada “Frente Amplia”, que reunía a los interesados en un proyecto político de “centro” y en la lucha por el retorno a la democracia.

El poder central del país fue ocupado sucesivamente por representantes militares elegidos de manera indirecta por el Congreso, entre 1969 y 1985. Los presidentes militares, a su vez, nombraban a los gobernadores, alcaldes y senadores, todos con poderes limitados para ejercer sus funciones. Las elecciones indirectas para Presidente de la República fueron instituidas en 1965 por el Acto Institucional n.º 02 (en adelante, AI-02).

El AI-02 disolvió los partidos políticos y determinó las reglas para crear nuevos partidos, lo que, en la práctica, obligaba al bipartidismo, por la rigidez de los requisitos. Además, instituyó las elecciones indirectas para todos los cargos ejecutivos, autorizó la declaración del estado de sitio sin autorización del Congreso, hasta por 180 días, y amplió el número de magistrados del STF, que pasó a tener 16 miembros, en lugar de 11, como una forma de influenciar en el perfil de su composición, ya que todos eran nombrados por el Presidente de la República.

---

<sup>85</sup> Jair Bolsonaro, elegido Presidente de la República de Brasil en 2018, propuso, durante su campaña, ampliar en diez cupos el número de magistrados del STF, con una lógica similar. Algunos de sus simpatizantes defienden reducir la edad máxima de jubilación, para que él pueda nombrar cuatro miembros del STF, y no dos, como ocurrirá en caso de que se mantenga la edad en 75 años (Cunto, 2018).

La restricción de derechos fue agravada por el Acto Institucional n.º 05 (AI-05) de 13 de diciembre de 1968, considerado como un “golpe dentro del golpe”, que marcó el protagonismo de los militares más conservadores en la conducción del régimen. Ese acto concentraba todos los poderes en manos de la Presidencia de la República, cerraba el Congreso, cesaba los mandatos de algunos políticos, prohibía la elección directa de los dirigentes políticos de todos los niveles y vetaba la apreciación por parte del poder Judicial de los actos emitidos con fundamento en el mismo AI-05.

El mismo acto apartó de sus cargos a tres ministros del STF (Hermes Lima, Víctor Nunes Leal y Evandro Lins e Silva), considerados, por sus decisiones, como opositores al régimen. Otros dos ministros se alejaron del tribunal, en la misma ocasión, debido a tal interferencia.

El Congreso fue reabierto en 1969, para elegir indirectamente al Presidente de la República. Entonces, era un “congreso mutilado” (Azevedo & Rabat, 2012), debido a las cesaciones de mandatos (173, en total, durante la dictadura; de estos, 78 diputados federales y 5 senadores, solo en 1968) y a la restricción de sus poderes políticos. En el mismo año, fue expedido otro acto institucional (Acto Institucional n.º 6, 1969), que restablecía el número de magistrados del STF, el cual volvió a tener 11 miembros.

La apertura del régimen militar (o civil-militar<sup>86</sup>) fue gradual, y su principal medida fue la revocación del AI-05, en 1979, no sin mantener las salvaguardas de intervención militar, para contener eventuales movimientos políticos y sociales de tendencia contraria al régimen.

Con la crisis económica y el alza del precio del petróleo, en los años setenta, empezaron a fortalecerse las manifestaciones contrarias al régimen

---

<sup>86</sup> Hoy se dice que la dictadura brasileña (Silva Filho, 2011), así como otras del Cono Sur, fueron dictaduras civiles-militares, y que recibieron apoyo de diversas empresas nacionales y multinacionales instaladas en los respectivos países. Elio Gaspari (2017) menciona la colaboración material de empresas nacionales y multinacionales como Ford, Volkswagen, Ultraz y Supergel con los aparatos de la represión militar, con el incentivo de la Federación de las Industrias de São Paulo.

militar. Esto ocurrió especialmente a partir de la segunda mitad de esa década, con las campañas por la amnistía de los perseguidos por la dictadura, aprobada en 1979, y con las elecciones directas, que fueron restablecidas para gobernadores y senadores en 1980, y realizadas, por primera vez, en 1982.

En 1983, el diputado federal Dante de Oliveira propuso una enmienda constitucional para restablecer las elecciones directas de Presidente y Vicepresidente de la República. Hubo una intensa movilización social en favor de tales elecciones (movimiento “Directas Ya”), pero el Congreso no aprobó la propuesta, y las elecciones presidenciales de 1985 fueron realizadas de manera indirecta por el Congreso, con el compromiso del candidato elegido, Tancredo Neves, de modificar la Constitución por medio de la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

El Presidente de la República elegido se enfermó antes de su posesión, y esto generó otra frustración popular durante el proceso de transición a la democracia. A pesar de la controversia acerca de la línea sucesoria, asumió el cargo el vicepresidente José Sarney, de perfil conservador y vinculado al grupo político que antes apoyaba al régimen militar. Sarney mantuvo el compromiso de realizar la transición a la democracia y la reforma constitucional, pero no convocó una Asamblea Constituyente exclusiva, sino una **constituyente congresual**, que fue aprobada por una enmienda a la Constitución (Emenda Constitucional 26, 1985).

La misma enmienda amnistió a los militares, que no fueron responsabilizados por los crímenes de la dictadura, convocó a las elecciones de 1986 para el Congreso Constituyente e incluyó a los senadores elegidos en 1982 en la asamblea unicameral que produciría la nueva Constitución.

En una perspectiva que refuerza la idea de una persistente cultura autoritaria y una frágil cultura de aplicación de los derechos humanos en el país,

D'Araújo (2012) se refiere así a la influencia militar en Brasil después de la dictadura:

Nuestra hipótesis es que la existencia de una gran autonomía militar antes, durante y después de la dictadura, asociada a los bajos niveles de respeto a los derechos humanos en la sociedad brasileña, y al bajo interés del Congreso y del gobierno en general por el tema de las Fuerzas Armadas, garantizaron espacios para que la corporación militar actuara como *veto player* siempre que se intentó volver a discutir o revisar la Ley de Amnistía de 1979 o algunas prerrogativas de la corporación<sup>87</sup>.

Sin embargo, el proceso de apertura, especialmente en el campo de ampliación de los derechos, fue imposible de contener totalmente, debido a la intensa movilización social que generó la discusión en torno a la Asamblea Constituyente. Tal proceso fue estimulado por el presidente Neves en su discurso (escrito) de posesión<sup>88</sup>, por la comisión que elaboró el anteproyecto de Constitución (Comisión Afonso Arinos)<sup>89</sup> y por la Presidencia de la Asamblea Constituyente, asumida por Ulysses Guimarães, uno de los políticos que luchaba por el retorno del país a la democracia, y que logró insertar en el reglamento de la constituyente la posibilidad de presentar enmiendas populares<sup>90</sup> y permitir la participación popular por medio de audiencias públicas en el Congreso.

---

<sup>87</sup> Traducción libre de la autora de: “Nossa hipótese é que a existência de uma grande autonomia militar antes, durante e depois da ditadura, associada aos baixos níveis de respeito aos direitos humanos na sociedade brasileira, e ao baixo interesse do Congresso e do governo em geral pelo tema das Forças Armadas, garantiram espaços para que a corporação militar atuasse como veto player sempre que se tentou rediscutir ou rever a Lei da Anistia de 1979 ou algumas prerrogativas da corporação”.

<sup>88</sup> Versiani (2010) cita parte del discurso leído por el vicepresidente José Sarney: “Convoco-vos ao grande debate constitucional. Deveis, nos próximos meses, discutir, em todos os auditórios, na imprensa e nas ruas, nos partidos e nos parlamentos, nas universidades e nos sindicatos, os grandes problemas nacionais e os legítimos interesses de cada grupo social. É nessa discussão ampla que ireis identificar os vossos delegados ao poder constituinte e lhes atribuir o mandato de redigir a lei fundamental do país. A Constituição não é assunto restrito aos juristas, aos sábios ou aos políticos. Não pode ser ato de algumas elites. É responsabilidade de todo o povo”.

<sup>89</sup> La comisión de juristas encargada de escribir un anteproyecto de Constitución estimuló el envío de sugerencias populares, lo que se dio de manera informal. El anteproyecto no fue enviado al Congreso por el Presidente de la República, quien, sin embargo, lo publicó en la Gaceta Oficial (Anteproyecto Constitucional, 1986). Había, de un lado, rechazo a dispositivos progresistas y, de otro, temor a la restricción de innovaciones constitucionales y de la soberanía de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, el documento, que se tornó público, fue fuente de inspiración de los parlamentarios constituyentes.

<sup>90</sup> Cualquier elector podía suscribir hasta tres enmiendas populares, que, para ser examinadas, debían ser suscritas por 30 mil personas y refrendadas por tres organizaciones de la sociedad civil. Fueron presentadas 122 enmiendas populares, casi todas sobre derechos civiles y políticos. El listado de las enmiendas se puede encontrar en los archivos compilados por la Asamblea Constituyente (Asamblea Nacional Constituyente, 1988).

Sobre la movilización social, Versiani (2010, p. 244) destaca que:

Intensa movilización, envolviendo diferentes sectores sociales, presionó por la creación de instrumentos jurídicos formales que garantizaron el derecho a la participación directa del conjunto de la sociedad en las decisiones de la Asamblea Constituyente. El argumento central era que las camadas populares, históricamente excluidas de los beneficios del desarrollo social y económico brasileño, deberían esta vez influenciar directamente la elaboración de la ley máxima del país, protagonizando la lucha política de intereses.

[...]

Una idea-valor presente y largamente diseminada era, pues, la de que la participación de la sociedad permitiría que el proceso Constituyente representara un avance en la lucha por la construcción de la ciudadanía del pueblo brasileño en bases más democráticas<sup>91</sup>.

El Congreso elegido estaba conformado por 559 miembros<sup>92</sup>, de los cuales 26 eran mujeres; 11, negros y ninguno, indígena. Los derechos de las minorías fueron discutidos en la “Subcomisión de los Negros, Poblaciones Indígenas, Personas Deficientes y Minorías”, vinculada a la Comisión del Orden Social.

El éxito (parcial) de las medidas logradas en cuanto a la igualdad e inclusión de género y a la protección de las tierras indígenas, de las tierras habitadas por remanentes de comunidades afrodescendientes (los llamados “quilombolas”<sup>93</sup>) y del medio ambiente fueron el resultado de la presencia constante de los movimientos populares y de los propios representantes de esas comunidades en el Congreso, especialmente de los indígenas, que no tenían

---

<sup>91</sup> Traducción libre de la autora de: “Intensa mobilização, envolvendo diferentes setores sociais, pressionou pela criação de instrumentos jurídicos formais que garantissem o direito à participação direta do conjunto da sociedade nas decisões da Assembleia Constituinte. O argumento central era que as camadas populares, historicamente excluídas das benesses do desenvolvimento social e econômico brasileiro, deveriam dessa vez influenciar diretamente na elaboração da lei máxima do país, protagonizando a luta política de interesses. [...] Uma ideia-valor presente e largamente disseminada era, pois, a de que a participação da sociedade permitiria que o processo Constituinte representasse um avanço na luta pela construção da cidadania do povo brasileiro em bases mais democráticas”.

<sup>92</sup> La asamblea estaba conformada por 487 diputados elegidos en 1986, 49 senadores elegidos en 1986 y 23 senadores elegidos en 1982 (Lima, Passos, & Nicola, 2013).

<sup>93</sup> Los “Quilombos” eran especies de territorios libres formados por personas que huían de la explotación esclavista o que compraban su libertad. Tenían una organización social propia y preservaron, por tradición oral, muchas costumbres africanas, especialmente vinculadas al lenguaje, la alimentación y la religión. La Constitución de Brasil autorizó el reconocimiento de esas tierras y la concesión de un título de propiedad colectiva a sus habitantes, previendo su reglamentación en el artículo 68 de las disposiciones constitucionales transitorias, de manera similar a lo que hizo Colombia en el artículo 55 de las disposiciones transitorias de su Constitución.

representación parlamentaria en la constituyente, pero eran apoyados por organizaciones sociales.

Es necesario resaltar que el desarrollo de los trabajos de la Asamblea Constituyente se dio en medio a muchas tensiones internas entre grupos políticos distintos, las cuales aumentaron durante el proceso de votación, debido a los avances alcanzados en el campo de los derechos. También hubo tentativas del Gobierno de influenciar las votaciones, a medida que las tensiones se tornaban evidentes.

Uno de los episodios que explicitó la tensión entre Gobierno y Asamblea ocurrió cuando, en vísperas de la aprobación del primer texto global, el entonces presidente de la República, José Sarney, manifestó, en cadena nacional de televisión, que el proyecto haría “ingobernable”<sup>94</sup> el país (Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, s.f.), lo que fue interpretado como una tentativa de interferencia gubernamental en los trabajos de la constituyente.

Esa manifestación generó un efecto contrario al pretendido por el Presidente de la República en los diputados constituyentes y en el presidente de la Asamblea Constituyente, que se manifestaron en defensa de la soberanía del voto popular, aprobando, por amplia mayoría, el texto global inicial que sería discutido en las fases sucesivas de tramitación (Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, s.f.).

Muchos de los derechos reconocidos por la futura Constitución, sin embargo, dependerían de una regulación posterior, la cual es todavía incompleta y ha tenido retrocesos en los campos medioambiental, social y de regulación de las tierras tradicionales de las comunidades afrodescendientes e indígenas.

---

<sup>94</sup> La respuesta del presidente de la Asamblea Constituyente, diputado Ulisses Guimarães, se dio en el discurso de aprobación del texto global de la Constitución, antes de ser votado: “Ingobernable es el hambre” (Slavaje, R. & ADIRP, 1988). Ese debate sigue siendo la síntesis de la resistencia conservadora a la Constitución de 1988, hasta el día de hoy.

La ausencia de una Asamblea Constituyente exclusiva dificultó la realización de cambios significativos en la estructura de acceso al poder, especialmente al poder Legislativo, ya que las mismas fuerzas políticas interesadas en la materia fueron las responsables de crear las reglas del juego político, al contrario de lo que ocurrió en Colombia. En ese sentido, la afirmación de Gargarella (2014b) de que las nuevas constituciones latinoamericanas tienen “dos almas”, por tener una parte orgánica conservadora y una parte dogmática con amplio catálogo de derechos, se aplica más al caso brasileño que al colombiano.

Regístrase que, mientras la Corte Constitucional colombiana fue una creación institucional innovadora de la Constitución de 1991, que sustituyó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el STF de Brasil, órgano que ya existía, tuvo un papel doble ante la Asamblea Constituyente, pues era, al mismo tiempo, órgano de control de la misma asamblea congresual y objeto de su reglamentación, como destacan Koerner y Freitas (2013), lo que generó tensiones y amenazas recíprocas, según tales autores.

Debido al papel doble de la Asamblea Constituyente de Brasil, incluido su papel de Congreso ordinario, el STF, órgano responsable del control de constitucionalidad de los actos de la asamblea, en calidad de actor político, terminó por ejercer influencia en el mantenimiento de su propia estructura y composición, lo que se logró tanto en la Comisión Afonso Arinos<sup>95</sup> como en el texto final de la Constitución.

En ese sentido, todas las propuestas de creación de una Corte Constitucional exclusiva, de instituir mandatos para los miembros de la Corte, de alterar la forma de nombramiento de sus miembros, entre otras, fueron rechazadas. Hubo un aumento de la competencia de la Corte, como se verá, sin

---

<sup>95</sup> Koerner y Freitas (2013) indican que se consideró la creación de un Tribunal Constitucional propuesta por el constitucionalista José Afonso da Silva, pero la comisión, al final, atendió a las “demandas y presiones” de los magistrados del STF.



alteración de su estructura, lo que contribuyó al actual desequilibrio de poderes políticos en Brasil (Freitas & Bustamante, 2017).

Codato (2005, p. 101) destaca que, tras la Constitución de 1988, permanecieron otros “núcleos de poder específicos [...] dotados de gran independencia y ningún control político”, es decir, sin control parlamentario ni control público, como los órganos responsables de la política económica, los órganos del aparato militar y la influencia empresarial en el área económica. El autor concluye que el autoritarismo brasileño es compatible con la agenda neoliberal, claramente antidemocrática, motivo por el cual la participación popular no avanzó durante los primeros gobiernos elegidos después del fin de la dictadura, cuando se dio el auge de las reformas liberalizadoras en la región.

Las medidas de participación popular implementadas en la Constitución de Brasil fueron limitadas y, además, poco estimuladas, por la cultura autoritaria vigente en el país. Los requisitos exigidos para aprobar las leyes de iniciativa popular son muy rigurosos, y es rara la realización de plebiscitos y referendos.

La autonomía de los consejos en la administración pública tampoco ha avanzado, y prevalece su papel consultivo, punto que preocupa en el campo del derecho al agua, debido al relevante papel que deben desempeñar los consejos Ambiental y de Recursos Hídricos, así como los comités de cuenca, en la deliberación sobre los usos colectivos del agua y la participación en las políticas públicas que puedan favorecer el cumplimiento, la protección y el respeto a ese derecho.

La experiencia concreta del período anterior a la Asamblea Constituyente, cuando los espacios democráticos de participación eran muy limitados, demuestra la importancia de la participación popular directa, vía movilización social o mediante la presencia de los afectados en los espacios institucionalizados de deliberación, para manifestar sus puntos de vista y hacerlos respetar. Eso debe servir de inspiración para la ocupación de los

espacios públicos de consulta popular y participación, institucionalizados o no, tanto en la sociedad como en el ámbito de los tres poderes, cuya importancia es destacada en el campo del derecho al agua, como lo han reconocido expresamente los sistemas normativos vigentes en Brasil y Colombia.

## **2.2. Los derechos fundamentales en las constituciones de Brasil y Colombia y su interpretación**

En ambos países, el paradigma constitucional adoptado en las constituciones de 1988 y 1991 fue el del Estado social y democrático de derecho, debido a la protección a los derechos fundamentales sociales, especialmente al trabajo y la dignidad de la persona humana, por un lado, y a la democracia representativa y participativa, por el otro; esta última, más limitada en Brasil que en Colombia. También se puede decir que, en ambos casos, se optó por constituciones ecológicas, por la fuerte vertiente de protección ambiental, lo que da herramientas adicionales para la protección del derecho fundamental al agua en su dimensión colectiva.

La declaración de que Colombia está fundada como un “Estado **social** de derecho” (el subrayado es nuestro) está expresa en el artículo primero de su Constitución (Constitución Política de Colombia de 1991, 2019). En Brasil, tal declaración (Estado social) no es textual. La Constitución declara, en su artículo primero, que Brasil está constituido como un “Estado **Democrático** de Derecho” (el subrayado es nuestro) (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 2019).

En ambas constituciones, sin embargo, los valores de un Estado social están inscritos en los fundamentos y objetivos de la República, listados en los primeros artículos (artículos primero y tercero de la Constitución de Brasil y primero y segundo de la Constitución colombiana). Los valores comunes son la *dignidad humana*, el *trabajo* y la *solidaridad*. En Brasil, aún se mencionan

explícitamente la erradicación de la pobreza y la reducción de las desigualdades sociales y regionales como objetivos fundamentales de la República.

Las constituciones garantizan un amplio catálogo de derechos civiles y políticos, así como derechos económicos, sociales y culturales, dispuestos en títulos o capítulos separados, incorporando la nomenclatura tradicional adoptada por la ONU, lo que no perjudica su tratamiento normativo conjunto como derechos interdependientes y exigibles, conforme lo prevén la propia Constitución y los instrumentos internacionales aplicables.

En la perspectiva ambiental, ambas constituciones pueden ser consideradas como ecológicas<sup>96</sup>, pues ambas dieron una protección destacada al medio ambiente, al desarrollo sostenible y al compromiso con el medio ambiente sano y protegido para las actuales y las futuras generaciones.

En ambos casos, el listado de derechos fundamentales se considera no taxativo, pues las constituciones admiten la incorporación de otros derechos y la ampliación de los existentes (progresividad), por medio de cambios legales más benéficos, de la incorporación de tratados internacionales al ordenamiento interno o por la vía interpretativa.

Desde un punto de vista formal, la Constitución colombiana denomina “derechos fundamentales” a los derechos “civiles y políticos”, con excepción de la protección laboral, tradicionalmente catalogada entre los derechos “sociales”. El derecho al trabajo, en esa Constitución (Constitución Política de Colombia de 1991, art. 25, 2019), goza de especial protección del Estado, así como, entre otros, los derechos a la vida, a la honra, a la paz, al debido proceso y a otras

---

<sup>96</sup> La protección al medio ambiente está prevista en el artículo 225 de la Constitución de Brasil, además de artículos dispersos que reglamentan el medio ambiente laboral, el orden económico y el derecho a la salud (art. 7.º, inciso XXII; art. 170, inciso VI, y art. 200, incisos II y VIII). En la constitución de Colombia, la protección ambiental está prevista expresamente en el capítulo 3 (artículos 78 al 82) y en diversas disposiciones dispersas. Véase, por ejemplo, el listado de artículos mencionados por Rosero (2008, pp. 144-145). La protección ambiental también es objeto de diversas sentencias que serán mencionadas más adelante, cuando se analice el derecho al agua en su perspectiva colectiva.

libertades públicas, de acuerdo con el listado incluido en los artículos 11 al 41 de la Constitución.

La interpretación acerca de lo que se considera derecho fundamental para fines de protección constitucional del Estado tuvo un alcance ampliado por medio de la reglamentación de los dispositivos relacionados con la acción de tutela<sup>97</sup> y por la vía jurisprudencial, a partir de la interpretación sistemática de los dispositivos constitucionales o, como defienden algunos, por mutación constitucional (Cadena, 2015).

La idea de mutación constitucional, sin embargo, no parece adecuada en el caso particular, por lo menos para la interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito judicial, pues los derechos humanos tienen suficientes principios que permiten su interpretación progresiva, como lo prevén la Declaración universal de derechos humanos y los principios de los sistemas universal y regional aplicables. Además, tanto en Brasil como en Colombia, hay autorización expresa para hacer una interpretación ampliativa de los derechos fundamentales<sup>98</sup>, de modo que el propio sistema da las herramientas interpretativas necesarias para que el poder Judicial decida.

Por otro lado, como algunos entienden que la “mutación constitucional” puede darse en sentido “regresivo”, aplicar tal teoría en el campo de la interpretación judicial de los derechos fundamentales puede dar lugar a la legitimación de su uso (**retórico**, hay que decir) para restringir derechos objetivamente protegidos, lo que sería una herejía interpretativa de la misma teoría. Se considera, por tanto, que la aplicación de tal idea representa un trasplante jurídico totalmente innecesario en Brasil y Colombia, considerando las disposiciones normativas existentes en sus sistemas jurídicos.

---

<sup>97</sup> Acción semejante a un “recurso de amparo”, en España, o “mandado de segurança”, en Brasil, creada para la protección específica de los derechos fundamentales de forma subsidiaria.

<sup>98</sup> Conforme al artículo 2.º del Decreto Legislativo 2591 de 1991, que reglamentó la acción de tutela en Colombia, y el § 2.º del artículo 5.º de la Constitución de Brasil, que indica que el listado no excluye otros derechos decurrentes del régimen y de los principios adoptados por la Constitución o los tratados internacionales en los que el país sea parte.

El mal uso de teorías en el campo de los derechos fundamentales es particularmente perverso en contextos políticamente autoritarios, como es el caso de Brasil, donde el papel del derecho fundamental como instrumento de protección en contra del arbitrio público y privado tiene una aplicación muy débil<sup>99</sup>. Por eso, es técnicamente preferible, en tal contexto, reforzar el uso del propio sistema interpretativo del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y del constitucionalismo, en su perspectiva multinivel, como fundamento para proteger a las personas en contra nuevas formas de violación de derechos fundamentales.

Los criterios utilizados para identificar y proteger los derechos fundamentales en Colombia son, según Amador y Cardozo (2014), **formales**, por su previsión expresa en artículos de la misma Constitución; **sustanciales**, por su naturaleza o “inherencia a la condición de persona humana”, como lo indicó la sentencia T-006 de 1992 (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-006, 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); por la **conexidad**, cuando están vinculados a la protección de otro derecho reconocido como fundamental, como se verá con relación al derecho al agua; por la afectación a **sujetos de especial protección o grupos vulnerables**, como los niños y las niñas, las mujeres embarazadas, los padres y las madres cabezas de familia y las personas mayores, entre otros; por la afectación a **derechos innominados** protegibles por tutela, como el derecho al mínimo vital; porque integran el **bloque de constitucionalidad**, como los previstos en los convenios de la OIT y otros tratados internacionales, y los **derechos económicos, sociales y culturales**, cuando afecten a otros derechos fundamentales, ya que, en un orden constitucional configurado como un Estado democrático y social de derecho, se entiende obsoleta la separación de derechos en generaciones, y la incorporación de los principios del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos

---

<sup>99</sup> El uso que le dio a esa teoría el magistrado Luis Roberto Barroso, en contra del principio de la presunción de inocencia, en el Habeas Corpus 126292-SP (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 126.292 - São Paulo, 2016), dice mucho de la **cultura jurídica autoritaria** de Brasil. Lo mismo se puede decir de la aplicación de otras teorías, como la ponderación y el principio de proporcionalidad, para flexibilizar derechos, como ya se ha mencionado.

a la deliberación judicial en derechos fundamentales hace que tales derechos sean comprendidos bajo el principio de **indivisibilidad**.

Carlos López Cadena (Cadena, 2015, pp. 53-85) se refiere a criterios semejantes a los mencionados, y agrega que la Corte avaló la posibilidad de realizar una interpretación flexible, conectada al **momento histórico** (Cadena, 2015, pp. 79-82), lo que le permitió analizar la inconstitucionalidad del “**estado de cosas**” y fijar los criterios para el reconocimiento del “estado de cosas inconstitucional” en las sentencias T-760 de 2008 (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-760, 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-025 de 2004 (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-025, 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), por ejemplo, con el fin de conceder la tutela estructural de derechos violados de manera masiva y reiterada.

Aquí se considera que la Corte actuó reconociendo un “**estado de cosas**” relativo a violaciones masivas de derechos, con el fin de proteger los derechos de múltiples afectados (y no apenas conflictos individuales aislados o de naturaleza normativa). Además, dio el comando **estructural** necesario para administrar justicia de modo efectivo, ya que la reiteración de tutelas individuales con base en ilegalidades persistentes, además de ser ineficaz, pone en riesgo la propia autoridad y el funcionamiento de la Corte, debido a la congestión judicial y a la persistencia de los mismos tipos de violaciones graves, ya tuteladas anteriormente.

Además, la decisión protege el derecho a la igualdad de las personas potencialmente afectadas por ilegalidades idénticas y de las personas con menores posibilidades de acceso a la justicia, elemento esencial para impulsar la realización de políticas públicas que prevengan daños futuros. Finalmente, como se verá con relación a Brasil, los mecanismos de resolución de conflictos repetitivos, que solo operan en el nivel de unificación de jurisprudencia, no impiden el incremento de acciones que tienen por objeto combatir violaciones (fácticas) masivas de derechos, motivo por el cual las sentencias estructurales

en Colombia son un mecanismo complementario a la unificación de jurisprudencia como herramienta procedimental de administración de justicia.

En ese sentido, cuando los casos individuales no se refieren a controversias muy específicas, sino a la desobediencia sistemática de normas de derechos fundamentales claras o suficientemente declaradas en la Constitución, las leyes, los instrumentos internacionales o la jurisprudencia de la Corte, los remedios estructurales son los más adecuados para resolver la cuestión. Tales remedios también se pueden obtener por medio de acciones colectivas o populares, cuando se afecte un derecho colectivo que demande providencias complejas para su protección.

Las sentencias estructurales, por tanto, se adecúan a la naturaleza de los conflictos masivos, policéntricos o de resolución compleja, que, por su naturaleza y/o por la existencia de múltiples órdenes y decisiones que podrían ser tomadas, exigen la utilización de herramientas apropiadas para decidir cuestiones relativas a derechos que poseen facetas prestacionales que serán implementadas a favor de un gran número de personas.

Ese tipo de deliberación tampoco puede ser considerada, *a priori*, como “activismo” judicial (en el sentido negativo antes mencionado), pues, en la resolución de casos complejos, el poder Judicial debe observar el derecho de la parte a un proceso justo, adecuado y compatible con las características del derecho **sustantivo** que necesita ser protegido. Nótese que la obtención del goce efectivo del derecho es el objetivo de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución de Colombia y al artículo 3.º del Decreto 2591 de 1991, que la reglamenta.

Las reparaciones de lesiones ambientales de grandes proporciones, que afectan a muchas personas, representan una hipótesis de reparación masiva de derechos en la que no hay mucha duda acerca de que el modelo estructural de

decisión es la herramienta incuestionablemente más útil y necesaria para expedir las órdenes.

Las medidas jurisprudenciales relativas a la resolución de conflictos masivos que existen en Brasil, como, por ejemplo, las “súmulas vinculantes”<sup>100</sup> y la unificación de la jurisprudencia sobre temas de “repercusión general” o “recursos repetitivos”, no resuelven el gran número de violaciones de derechos fundamentales existentes en el país, cuando, para ser corregidas, exigen la implementación de políticas públicas específicas. En ese caso, las medidas suelen ser objeto de acciones colectivas o acciones civiles públicas, de iniciativa del Ministerio Público, de la Defensoría Pública, de sindicatos o de asociaciones, similares a las acciones populares y de grupo del derecho colombiano<sup>101</sup>.

Generalmente, los temas de repercusión general o de recursos repetitivos examinados en los tribunales superiores están vinculados a cuestiones de orden público, y la mayoría se refieren a materias de derecho administrativo, responsabilidad civil del Estado o cuestiones tributarias y financieras<sup>102</sup>, mas no a violaciones de otros tipos de derechos, que exigen medidas prestacionales pasibles de implementación.

---

<sup>100</sup> La “súmula” es un enunciado normativo que se extrae de decisiones reiteradas de tribunales y que sirve de orientación para decisiones futuras. No es un simple precedente, pues la estructura de la “súmula” se asemeja a la de una norma abstracta o a una especie de “tópico” (topoi) que se desvincula del caso concreto después de creado y que orienta directamente la solución de casos futuros. Las “súmulas vinculantes” solamente pueden ser emitidas por el STF. Además de estas, hay súmulas persuasivas, resultado de decisiones reiteradas que tienen un carácter vinculante para el tribunal que las emitió. En la práctica, por el sistema de obediencia a los precedentes, todas las súmulas de los tribunales superiores vinculan a las instancias inferiores, si fueron emitidas después de la última reforma procesal, salvo que haya una distinción del caso.

<sup>101</sup> Tales acciones están previstas en el artículo 88 de la Constitución colombiana (Const. 1991, art. 88, 2019) y fueron reglamentadas por la Ley 492 de 1998 (Ley 492, 1998). La protección al medio ambiente está incluida entre los temas pasibles de protección por medio de acción popular, sin perjuicio de las acciones de grupo que buscan reparar los perjuicios.

<sup>102</sup> Ese análisis se puede observar en el informe sobre recursos repetitivos del CNJ (Conselho Nacional de Justiça, 2011 y 2018a). Tales procesos, además, solo representan el 2,5 % del total de procesos que circulan en el país, y casi todos se refieren a temas tributarios y relacionados con la corrección monetaria de las políticas económicas (Luchete, 2018). Las estadísticas oficiales del poder Judicial de Colombia son muy limitadas, y no permiten conocer la naturaleza de los casos decididos y pendientes por tipo de recurso. Una cooperación efectiva que puede darse entre Brasil y Colombia sería para perfeccionar las estadísticas de los dos países. Brasil puede ser un buen modelo de control de datos, y Colombia, por sus avances teóricos, un buen modelo analítico (crítico) complementario a aquel que se hace con relación a los números producidos en Brasil, además, con potencial para hacer análisis críticos de los propios indicadores utilizados. La cooperación investigativa en ese campo puede ser muy productiva para ambos países.



Cabe resaltar que todas las altas cortes colombianas, incluida la Corte Constitucional, poseen instrumentos de unificación de jurisprudencia en conflictos repetitivos de naturaleza normativa, los cuales generan precedentes vinculantes, otro aspecto que refuerza la idea de que las sentencias estructurales ocupan un espacio en la administración de justicia que no puede ser ocupado por el modelo de precedentes o de jurisprudencia vinculante.

También cabe resaltar que el poder Judicial de Brasil ya intentó una vía político-institucional de articulación entre los poderes, para generar políticas públicas de interés común, conocida como los “Pactos Republicanos”<sup>103</sup>. Tales pactos funcionaron relativamente bien, mientras los poderes Ejecutivo y Legislativo tuvieron el interés común de implementar políticas de protección a los derechos. Cuando la voluntad política de tales poderes se enfocó, claramente, en la implementación de reformas políticas restrictivas de derechos, los pactos fueron abandonados.

Esto también indica que las sentencias estructurales, con deliberación e implementación dialogadas, pueden ser un camino más efectivo para proteger derechos fundamentales violados de forma grave, masiva y persistente, cuando hay una omisión deliberada del Estado, inclusive, para evitar la interrupción cíclica de políticas públicas relevantes que exigen una implementación a largo plazo, lo que es un problema común en América Latina.

En cuanto al derecho al agua, la Corte Constitucional colombiana lo reconoció como derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales, antes de que fuera declarado como tal por la ONU. Además, lo ampara de forma estructural, cuando, por ejemplo, dispone sobre el suministro

---

<sup>103</sup> Especie de compromiso entre los tres poderes, por iniciativa del STF, para promover el desarrollo de políticas públicas vinculadas al sistema de justicia, como en el ámbito carcelario, el acceso a la justicia, las formas alternativas de resolución de conflictos, la legislación procesal, el proceso electrónico, entre otros. Tales pactos fueron firmados en 2004 y 2009, cuando Luís Inácio Lula da Silva era presidente de la República. Otras propuestas de firma de pactos se hicieron posteriormente, aunque sin éxito.

del servicio público de agua o alcantarillado en zonas no atendidas o protege una fuente de agua o su entorno ambiental, como se verá.

En la Constitución brasileña, los “derechos fundamentales”, en cuanto derechos que deben gozar de especial protección del Estado, están previstos en el “título II”, que abarca los “derechos y garantías fundamentales”, incluidos los derechos civiles y políticos (individuales y colectivos), listados en el artículo quinto y sus setenta y ocho incisos, así como los derechos sociales, listados en el artículo sexto del mismo título, sin perjuicio de que otros derechos puedan ser incorporados al ordenamiento jurídico por vía convencional o por interpretación del régimen y los principios de la Constitución.

Los derechos sociales explícitamente reconocidos en la Constitución de Brasil son: educación, salud, alimentación, trabajo, vivienda, transporte, ocio, seguridad, previdencia social, protección a la maternidad y a la niñez y asistencia a los necesitados.

Los elementos necesarios para reconocer el derecho al agua como derecho fundamental social también están presentes en el ordenamiento interno, por lo que, como ocurrió en Colombia, tampoco se exigiría la alteración de los dispositivos de la Constitución. Sin embargo, se sigue intentando un cambio constitucional para declarar expresamente tal derecho como derecho fundamental social, por medio de propuestas de enmiendas<sup>104</sup> al artículo sexto de la Constitución.

El pronóstico de aprobación de alguna de esas enmiendas no parece favorable, como ocurrió con la tentativa frustrada en Colombia en 2008, ante la

---

<sup>104</sup> Las propuestas de enmienda a la Constitución (PEC) números 39/2007, 213/2012, 258/2016, 04/2018 y 430/2018 incluyen el derecho “al agua” o “al agua potable y saneamiento básico” entre los derechos fundamentales sociales previstos en el artículo 6.º de la Constitución de Brasil y/o entre los derechos vinculados a la salud. La PEC 258/2016 pretende incluir el derecho a “la tierra” como derecho fundamental social y la PEC 430/2018, prohibir su privatización. Algunas propuestas fueron acumuladas. Hasta el final de la legislatura de 2018, ninguna de las propuestas presentadas había sido aprobada. Otras propuestas semejantes fueron presentadas y archivadas definitivamente por el Senado, como las números 06/2010 y 35/2017.

presión por la privatización del recurso o por la ampliación de su explotación agrícola y extractiva. El caso se asemeja a otros temas sobre los cuales el poder Judicial tuvo que pronunciarse, ante la omisión del Congreso, cumpliendo su rol contramayoritario.

En la línea de ampliación de los derechos sociales declarados en la Constitución de Brasil, el derecho a la vivienda fue incorporado por enmienda constitucional, en el año 2000. Esto también se puede tener en cuenta para analizar el derecho al agua por conexidad, considerando los parámetros del derecho internacional relacionados con el concepto de **vivienda digna**.

El concepto de asistencia social indicado en el mismo artículo fue modificado en 2015, para sustituir la protección a los “desempleados” por la protección a los “desamparados”. Esto puede dar señales del reconocimiento de la existencia de un desempleo estructural y de la intención de desvincular las políticas sociales del paradigma de la protección al trabajo y a la seguridad social. Tal concepto puede ser utilizado para fomentar futuras políticas de acceso al mínimo vital al agua, que se aplican en algunas regiones de Brasil por medio de tarifas sociales, en el marco de la responsabilidad social de las empresas públicas de acueducto y alcantarillado, ante la ausencia de una ley sobre la materia.

En Brasil, los derechos sociales están detallados en artículos autónomos de la Constitución. Los derechos al trabajo y a la libertad de asociación están previstos en los artículos séptimo y octavo, pertenecientes al mismo título de los “derechos y garantías fundamentales”, con un listado de más de treinta derechos laborales mínimos y una mención explícita al principio de **progresividad**, al admitir la posibilidad de proteger otros derechos que “mejoren la condición social” del trabajador.

A pesar de la protección reforzada prevista en la Constitución de Brasil, el derecho laboral ha sufrido cambios regresivos en los últimos años, situación

agravada por la cultura históricamente hostil al valor trabajo y a los trabajadores. Este es un ejemplo de por qué, en países con una historia de políticas regresivas cíclicas y de rupturas políticas frecuentes, la inclusión de un catálogo detallado de derechos en la Constitución no se debe a la falta de técnica legislativa<sup>105</sup>, sino a la necesidad político-institucional de preservar sujetos vulnerables o derechos históricamente vulnerados, como las minorías, en general, y los trabajadores en particular. Tal es el caso de Brasil, país refractario a los derechos humanos, último país en abolir la esclavitud en el mundo, y donde se practican formas contemporáneas de trabajo esclavista.

El artículo que protege los derechos civiles y políticos en la Constitución brasileña es el que contiene la disposición que prevé la posibilidad de incluir otros derechos coherentes con los principios de la Constitución o incorporados por tratados internacionales de derechos humanos firmados por el país (Const. 1988, art. 5.º, párr. 2.º, 2019), del mismo modo que lo hace el ordenamiento colombiano.

Los tratados de ese tipo aprobados después de la Enmienda Constitucional n.º 45, de 31 de diciembre de 2004, que exigió las mismas mayorías necesarias para aprobar enmiendas a la Constitución, gozan de estatus constitucional y, por tanto, integran el bloque de constitucionalidad del país. Los tratados aprobados antes de tal reforma, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, gozan de estatus **supralegal**, conforme la decisión del STF proferida en el Recurso Extraordinario n.º 349.703-1 (RE - 349.703/RS, M.P. Gilmar Mendes), lo que vale para otros instrumentos

---

<sup>105</sup> Por eso, se deben combatir las ideas de “deshidratar” la Constitución o de hacerle una “lipoaspiración”, expresadas por el actual presidente del STF, Días Toffoli, y por el exmagistrado de la misma corte Nelson Jobin (Coelho, 2019), especialmente en un contexto de reformas económicas neoliberales restrictivas de derechos. Al respecto, véase la crítica sobre lo inadecuada que es la manifestación del presidente del STF para la democracia y la separación de poderes, en Meyer & Bustamante (2019). No le corresponde al poder Judicial participar en pactos económicos, ni a la corte responsable de la guarda de la Constitución pretender reformarla para evitar la presentación de demandas protectoras de derechos. Tales prácticas son ajenas al papel que el STF debe cumplir como órgano del poder Judicial y como corte constitucional responsable de la protección de los derechos fundamentales, y revelan la dificultad que tiene ese órgano para cumplir roles contramayoritarios y contrahegemónicos.

internacionales de protección a los derechos humanos aprobados en el mismo período.

Para entender cómo la interpretación de los derechos fundamentales, en general, se conecta con el derecho al agua, en particular, las normativas que protegen tal derecho se detallarán en la segunda parte de la investigación.

### **2.3. La relación entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución, las reformas constitucionales y el equilibrio de poderes**

Paralelamente a los avances obtenidos con la promulgación de las nuevas constituciones, Brasil y Colombia, a partir de los años noventa, sufrieron el impacto de reformas al Estado impulsadas por compromisos firmados con instituciones internacionales de fomento (por ejemplo, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Fondo Monetario Internacional) o basadas en modelos de *soft law* difundidos por esas mismas instituciones (por ejemplo, el *doing business*<sup>106</sup>).

Estas políticas fueron inspiradas en los valores defendidos por el “Consenso de Washington”<sup>107</sup>, incorporados al ideario de muchos partidos políticos defensores del liberalismo económico (no necesariamente del liberalismo político, como en el caso de Brasil). También se implementaron reformas institucionales en la década siguiente, impulsadas por el “Segundo

---

<sup>106</sup> Creado en 2002, el *doing business* reúne indicadores que, según criterios del Banco Mundial, mejoran el ambiente de negocios para las empresas y deben direccionar las reformas sobre la regulación de las actividades empresariales.

<sup>107</sup> Expresión creada por el economista John Williamson, a partir del pensamiento de instituciones internacionales ubicadas en Washington, especialmente del Banco Mundial, el FMI, la AID y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. En 1989, el International Institute for Economy, dirigido por Williamson, promovió una reunión en la cual participaron varios economistas invitados, cuyo objetivo fue discutir las reformas necesarias para que América Latina superara la llamada “década perdida” (los años ochenta), caracterizada por el estancamiento económico, la superinflación, la recesión y la deuda externa elevada. Supuestamente, el objetivo de las agencias y órganos internacionales era, además de abrir nuevos mercados para el capital internacional, proponer medidas con el fin de recuperar el camino de crecimiento, el aumento de la riqueza y el desarrollo de la región. El ideario del Consenso de Washington estaba basado en la liberalización de la economía, con la privatización de empresas y la reducción de controles en el campo financiero (Williamson, s.f.).

Consenso de Washington”, que defendía la profundización de la liberalización de la economía y la **adecuación de las instituciones estatales** al modelo de Estado “pro mercado”.

En el campo de los sistemas de justicia, las ideas de las reformas fueron difundidas por el Documento Técnico 319 del Banco Mundial (Dakolias, 1996), cuyas principales directrices buscaban diseñar un sistema judicial que favoreciera la **previsibilidad jurídica** y el **respeto a los contratos**, a fin de proteger las inversiones internacionales. Además, proponía el **impulso de los medios no adversariales de resolución de conflictos** y la **formación de los jueces** para aplicar las reformas, **incluido el estímulo a la creación y el fortalecimiento de escuelas judiciales**<sup>108</sup>.

El conflicto entre “modelos políticos” de Estado (Estado social, previsto en la Constitución, y Estado mínimo liberal, propuesto en las políticas económicas) trajo muchas tensiones entre los principios y fundamentos de las constituciones de Brasil y Colombia y las políticas económicas implementadas a partir de los años noventa.

El ultraliberalismo es particularmente perverso para los derechos sociales, pues genera endeudamiento y dependencia financiera y subvierte las funciones del Estado, para que su prioridad sea atender a los prestamistas o acreedores de las deudas públicas (modelo de Estado deudor consolidador, según Wolfgang Streeck, 2017), aunque eso exija recortes de gastos públicos esenciales, como ocurrió con las políticas de “austeridad” de las últimas décadas, inclusive, la vigente en Brasil.

Como destaca Streeck (2017, p. 154)<sup>109</sup>, los paradigmas de funcionamiento del Estado social se invierten y pasan a funcionar de una manera

---

<sup>108</sup> Sobre tal cuestión, ver Candeas (2004) y Freitas (2005), inclusive, como las reformas eran impuestas por medio de condicionalidades de los contratos de préstamo firmados con el FMI.

<sup>109</sup> Tal situación, según Streeck, es la que se aplica al modelo económico europeo, aunque los mismos paradigmas están presentes en el modelo basado en el Consenso de Washington, aplicado en América Latina. En el caso de Brasil, el *post impeachment* de la presidenta Dilma Roussef revela que el Estado está

procapital financiero y procapital internacional, con predominancia de: (i) lo “internacional”, con relación a lo “nacional”; (ii) los “inversores”, con relación a los “ciudadanos”; (iii) las “reclamaciones contractuales”, con relación a los “derechos civiles”; (iv) los “acreedores”, con relación a los “votantes”; (v) las “subastas bursátiles (continuas)”, con relación a las “elecciones (periódicas)”, y (vi) el “servicio de la deuda”, con relación a los “servicios públicos”.

Como ya se mencionó, en América Latina, la situación es agravada por las políticas de división internacional del trabajo, que imponen la producción agropecuaria y extractiva de bajo valor agregado (Orbegozo, 2015) y una política fiscal regresiva y recesiva que empobrece los ingresos del Estado y acentúa la desigualdad social y la dependencia financiera.

Como lo destaca Sierra Porto (2008) sobre el caso colombiano, el resultado del binomio “ampliación de la carta de derechos” y “reducción del tamaño del Estado” fue la ampliación de la judicialización de conflictos, muchos de los cuales buscan asegurar el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales garantizados en la Constitución, lo que también se aplica al derecho al agua y exige de la Corte Constitucional una postura contrahegemónica, para proteger ese y otros derechos fundamentales.

Como el STF de Brasil tiene múltiples atribuciones y no pasó por un proceso de suficiente redemocratización, la protección de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución quedó fragilizada. Los análisis acerca de su papel, tras la Constitución de 1988, indican una actuación débil en la promoción de cambios sociales incluyentes y el predominio de una jurisprudencia consecuencialista en el examen de las políticas neoliberales implementadas por los gobiernos (Brinks, 2009), situación que al parecer no ha cambiado, como se analizará. Además, la competencia penal de la Corte para

---

actuando exactamente bajo tales prioridades. Un ejemplo que lo demuestra es la aprobación de una enmienda a la Constitución para congelar los gastos públicos, incluidos todos los gastos sociales, por veinte años. Los gastos financieros, con los servicios de la deuda pública creciendo en el mismo período, no sufrieron limitaciones.

apreciar casos de políticos aforados contribuyó a desviar su foco de atención, de la ciudadanía al sistema político.

En cuanto a los impactos de las ideas de los Consensos de Washington en el contenido de las constituciones de Brasil y Colombia, estos impulsaron reformas constitucionales y cambios legislativos relativos, principalmente, en la organización de la administración pública, la desregulación del orden económico y financiero y las reformas del sistema de justicia.

Tanto en Brasil como en Colombia, hubo privatización de empresas públicas, en especial de los bancos públicos y las empresas de telefonía, salud, agua y energía, además de la apertura de la economía a la competencia internacional y el aumento de la explotación de recursos ambientales por empresas privadas (nacionales o extranjeras).

A pesar del discurso acerca de que las privatizaciones y desregulaciones financieras aumentarían la libre competencia, tanto en Brasil como en Colombia, hubo una concentración de los prestadores de servicios y del sistema financiero. Esto generó, especialmente en el caso brasileño, una enorme concentración bancaria y un aumento de las tasas de interés aplicadas al crédito directo al consumidor, con un endeudamiento creciente de la población y del Estado.

Los objetivos constitucionales previstos por el constituyente originario de regular el interés máximo anual para evitar abusos, en el caso de Brasil (Const. 1988, art. 193, párr. 2.º, revocado, 2019), o de democratizar el acceso al crédito, en el caso de Colombia (Const. 1991, art. 335, 2019), no fueron alcanzados con la desregulación y concentración del sector financiero. Además, se debilitaron las fuentes de ingresos del Estado y aumentaron la exoneración y la evasión fiscales, lo que, a su vez, generó un aumento de la deuda pública y creó un círculo vicioso de dependencia de los bancos privados difícil de romper. Esto es



especialmente grave en el caso de Brasil, ante la ausencia de auditoría de la deuda pública<sup>110</sup> o de transparencia de los pagos de sus servicios<sup>111</sup>.

Tal sistema afecta directamente la implementación de derechos fundamentales sociales, por el comprometimiento prioritario del presupuesto público para pagar los gastos financieros, en detrimento de los intereses de la población. La situación es todavía más grave en Brasil, después del reciente congelamiento de los gastos públicos por veinte años, por medio de la Enmienda Constitucional 95 de 2016, cuya constitucionalidad está pendiente de apreciación por parte del STF, que es considerada como el peor paquete de austeridad del mundo, debido a su duración y a los impactos que genera en las políticas sociales.

Regístrase que, a pesar de la insistencia del modelo económico neoliberal en defender la privatización irrestricta de los servicios públicos, en el caso del agua, el modelo de gestión privada fracasó en varias partes del mundo. Por ello, los procesos de reestatización de tales servicios son crecientes, como se verá más adelante.

En lo que se refiere a la parte orgánica de las constituciones, también hubo cambios, especialmente en cuanto al régimen de elección del Presidente de la República.

Hay que tener en cuenta que Colombia es un Estado unitario y Brasil, una federación. Los dos países, sin embargo, tienen un poder central muy concentrado en asuntos administrativos y tributarios, así como regiones política, económica y culturalmente muy diversas y desiguales, que aún conservan una especie de colonialismo interno. Históricamente, los movimientos de centralización y descentralización de la administración pública estuvieron en

---

<sup>110</sup> Prevista para ser realizada en el plazo de un año, a partir de la promulgación de la Constitución, conforme al artículo 26 de los Actos de las Disposiciones Constitucionales Transitorias.

<sup>111</sup> Según estudios realizados por la ONG Auditoria Cidadã da Dívida, hay pagos de interés compuestos y remuneración de dinero no utilizado por el Estado (depósitos de los propios bancos), además de cálculos controvertidos sobre la deducción de los intereses pagados (Auditoria Cidadã da Dívida, 2018).

disputa, y fueron cíclicos en los dos países, con una apertura constitucional a la descentralización política en las constituciones más democráticas, como las vigentes. Por ello, los límites de las autonomías regionales para decidir sobre los usos de sus tierras, agua y recursos ambientales son un tema actual de conflicto, como se verá.

En los dos países hay un régimen de gobierno presidencialista, y las constituciones fueron modificadas en votaciones cuestionadas por su lisura para permitir la reelección presidencial. La limitación constitucional a la reelección, propuesta en el diseño constitucional original de ambas constituciones, buscaba garantizar la alternancia de poder<sup>112</sup>, tras el fin de los ciclos autoritarios en la región. Colombia volvió a impedir la reelección presidencial, por medio de la reforma de equilibrio de poderes<sup>113</sup>, a partir de 2018. Brasil sigue permitiendo una reelección consecutiva, sin límite expreso para las reelecciones intercaladas.

El diseño del sistema político de Colombia revela una preocupación, mayor que en Brasil, por el equilibrio de poderes y el control del poder Legislativo, una tarea pendiente en Brasil. Este puede ser uno de los factores que explica la existencia de una mayor estabilidad política en ese país, comparado con otros países de la región, que tienden a usar el *impeachment* presidencial (Pérez-Linán, 2007) para realizar cambios políticos, no siempre legítimos.

El aumento del poder de los parlamentos de América Latina para ejercer el control político de los mandatos presidenciales ha sido insuficientemente estudiado, por lo menos en Brasil. Tampoco se discute, con la misma intensidad que se discute sobre el poder Judicial, cómo mejorar el diseño del poder

---

<sup>112</sup> A pesar de que las críticas a la tendencia a perpetuarse en el poder están normalmente vinculadas a la idea del hiperpresidencialismo, no es eso lo que se ve cuando se hace una comparación internacional. Así lo revela la reelección indefinida de primeros ministros en regímenes parlamentaristas con gobiernos fuertes, como ocurrió, por ejemplo, en Inglaterra, España y Alemania en décadas recientes.

<sup>113</sup> Implementada por el Acto Legislativo 2 de 2015.

Legislativo. Tal situación es agravada por el mal diseño del STF y por su poca eficacia para controlar los abusos de los poderes políticos.

Es relevante anotar que, en Colombia, desde la Constitución de 1991, no hubo ninguna crisis política que generara un *impeachment* presidencial o el cierre de las cortes o del Congreso, como pasó en muchos países de la región, incluido Brasil. La amenaza de cerrar la Corte Constitucional (y otras altas cortes) por medio de reforma de la justicia no deja de ser una señal de tentativa de desestabilización de la democracia colombiana, lo que debe ser observado con preocupación<sup>114</sup>. Esto es así, por el relevante papel de la Corte Constitucional y de las otras altas cortes en la protección de los derechos fundamentales y de la democracia, y porque las cortes gozan de un mayor grado de independencia y de equilibrio de fuerzas cuando operan con un diseño desconcentrado, como el actual.

En el caso de Brasil, el desequilibrio de poderes en contra del mandato del Presidente de la República es evidente, pues no hay reglas claras para el control sustantivo de la legalidad del juicio político (presidido por el STF) ni límites de competencia funcional para los gobiernos provisionales y sucesorios, en caso de destitución del presidente, como sí los hay en muchos regímenes parlamentaristas, hasta las elecciones del gobierno siguiente, que tampoco son convocadas de inmediato en Brasil, cuando ha transcurrido la mitad del mandato presidencial. Esa falta de garantías y de un régimen de transición es un terreno fértil para los llamados golpes parlamentarios.

Todos los presidentes que ocuparon el poder en Brasil después de la redemocratización fueron objeto de pedidos de *impeachment*, con dos destituciones en las últimas décadas (Fernando Collor de Mello, en 1992, y Dilma Rousseff, en 2016). Ambas destituciones fueron motivadas, predominantemente,

---

<sup>114</sup> La propuesta no aparece en el Proyecto de Acto Legislativo presentado al Congreso después de las elecciones (PAL 17, 2018). Sin embargo, se propone aumentar la duración del mandato de los miembros de la Corte Constitucional, lo que también supone anticipar el control de actividades políticas futuras y, tal vez, merezca una norma de transición, en caso de que sea aprobada, para que el dispositivo no se aplique a quienes ocupan esos cargos actualmente.

por la pérdida de mayorías en el Congreso, antes que por la gravedad de los ilícitos cometidos, que, en el último caso, ni siquiera fueron suficientemente tipificados.

En esas ocasiones, los vicepresidentes que asumieron el lugar de los presidentes destituidos gobernaron, desde el inicio, totalmente desvinculados de los compromisos electorales asumidos por el presidente separado del cargo, de modo que la figura del *impeachment* se tornó en una **forma de cambiar las políticas públicas aplicadas**, situación evidente en Brasil, después de 2016. Cabe registrar que el presidente brasileño no tiene que presentar un plan de desarrollo de sus actividades ante el Congreso, de modo que puede haber una total discontinuidad de las políticas públicas realizadas, cuando un vicepresidente sustituye al presidente impedido.

La fórmula del presidencialismo de coalición vigente en el país es, además, un factor adicional de inestabilidad política, debido, por un lado, a la influencia del poder económico en la elección y, por otro, al estímulo de prácticas poco republicanas de negociación de apoyo parlamentario, a cambio de ventajas personales o políticas. Esto, además, en un Congreso donde las inhabilidades de los parlamentarios (o de sus familiares) para ocupar cargos públicos o firmar contratos con el poder público prácticamente no existen, a diferencia de lo que pasa en Colombia.

Para obtener apoyo congresual en Brasil, es común, por ejemplo, que los parlamentarios (o personas indicadas por estos) ocupen cargos directivos en el poder Ejecutivo (especialmente, cargos de ministros y cancilleres). Esto se da, sin embargo, con total libertad para regresar al Parlamento en cualquier tiempo, lo que aumenta la confusión entre las actividades de los poderes políticos.

Por otro lado, como los ministros de Estado tienen inmunidad política y están entre los políticos aforados en Brasil, tales cargos terminan siendo usados, algunas veces, para proteger de la persecución penal a los políticos, lo que

deteriora el control de la actividad política y de la gestión pública, con impactos directos en la calidad y la continuidad de las políticas públicas y sociales.

Finalmente, el Parlamento brasileño está conformado por representantes directos de intereses particulares relacionados con temas que son objeto de grandes conflictos nacionales (tierras, industria extractiva, educación privada, salud privada, industria armamentista, iglesias, etc.). No hay un régimen de inhabilidades o de incompatibilidades para que estos parlamentarios legislen sobre asuntos en los cuales tengan un interés directo y personal, al contrario de lo que pasa en Colombia<sup>115</sup>.

Eso transforma al Parlamento brasileño en un órgano que genera muchos conflictos de interés en la formulación de las leyes, inconstitucionalidades frecuentes e ilicitudes graves, sin que exista un control efectivo sobre su actividad por parte del STF, dadas las limitaciones de diseño del sistema. Los casos de destitución de mandatarios políticos están vinculados, generalmente, a fraudes y abusos del poder económico para ser elegidos. Estos casos, la mayoría de las veces, son decididos por la justicia electoral, que está conformada por cortes regionales y de casación propias (tribunales regionales electorales y Tribunal Superior Electoral).

Las ilicitudes cometidas por los miembros del poder Legislativo en el ejercicio de sus funciones generan impactos directos en la actividad del STF, órgano responsable de examinar los casos de foro privilegiado de las autoridades políticas del nivel federal, incluidos los ilícitos cometidos por los miembros del Parlamento en el ejercicio de su función y con mandato en vigor. Esta competencia ocupa un tiempo relevante de la Corte, como se explicará más adelante.

---

<sup>115</sup> Aunque el modelo de Colombia es criticado por alejar la responsabilidad de los representantes de los sectores económicos o sociales de las decisiones relacionadas con esos sectores, parece ser superior al modelo de Brasil, donde algunos intereses económicos y políticos dominan cada vez más la representación política y toman al Congreso en rehén de los intereses de unos pocos grupos políticos o económicos de la sociedad, que pueden legislar en beneficio propio.

Así mismo, el Parlamento es el órgano encargado de decidir sobre el *impeachment* de los miembros del STF, situación que también demuestra un desequilibrio de poderes, ante la posibilidad de que mayorías ocasionales impulsen pedidos de esa naturaleza por retaliación política<sup>116</sup> o dejen de hacerlo, aunque existan denuncias de irregularidades graves, para evitar conflictos con el poder Judicial. Eso, en la práctica, puede generar un círculo vicioso de impunidad.

En Colombia, debido a la inhabilidad de los miembros del poder Legislativo y de sus familiares hasta el tercer grado de consanguinidad para ejercer cargos de libre nombramiento en la administración pública<sup>117</sup>, la confusión entre los espacios público y privado no opera con la misma “naturalidad” que en Brasil.

Además, las reformas políticas impulsaron un cambio de cultura en cuanto a la exigencia ciudadana de control de la actividad de los políticos, lo que, potencialmente, mejora los controles internos, ante la posibilidad de pérdida del mandato, inclusive, en caso de que el parlamentario no se abstenga de votar leyes en temas que comprometen su interés personal (en tal caso, en Colombia, tendrá que presentar un impedimento).

En cuanto al tiempo para ejercer el cargo (impuesto a los otros poderes), se ha intentado limitar el ejercicio de la actividad parlamentaria a tres períodos electivos (12 años), cuando se aprobó en la reforma de equilibrio de poderes; sin embargo, esta fue remetida a consulta popular en 2018<sup>118</sup>, lo que indica una

---

<sup>116</sup> Aunque ningún caso concreto se haya producido, es relevante anotar que después de la crisis política ocasionada por el *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff, el número de pedidos de *impeachments* en contra de ministros del STF pasó de 1 o 2 por año a 20 en dos años (2016 y 2017), lo que corresponde al 80 % de los pedidos protocolados hasta entonces (Mota, 2017).

<sup>117</sup> Al respecto, véanse el título 6 y los artículos 179 a 187 de la Constitución colombiana. Hay restricciones, también, a los servidores públicos para “nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente” (Const. 1991, art. 126, 2019).

<sup>118</sup> En la consulta, se votó mayoritariamente por el Sí (más del 99 % de los votos válidos), pero el número total de electores no alcanzó, por un pequeño margen, el número mínimo de votos necesarios para que el resultado fuera vinculante (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2018). A pesar de eso, existe la

resistencia de los órganos políticos a autorreformarse, y explica los fracasados intentos de reforma política en Brasil por parte del Parlamento ordinario.

Por otro lado, en Colombia no existe la figura del suplente de senador, como sí la hay en Brasil, donde los suplentes son personas escogidas por el elegido, sin criterios de transparencia y sin sumisión al voto popular. En caso de vacancia del cargo, en Colombia, asume el siguiente en la lista de los más votados de la misma corporación política, siempre y cuando no haya pena de silla vacía.

En cuanto a la representatividad, la participación parlamentaria femenina, negra e indígena es débil en los dos países, pero ese déficit es mayor en Brasil, cuyo Parlamento tenía uno de los peores índices de representación femenina de América Latina<sup>119</sup> y no tuvo ninguna representación indígena en las últimas legislaturas, hasta 2018<sup>120</sup>. En Colombia, hay dos curules permanentes en el Senado para la representación indígena y una en la Cámara de Representantes. En esta última casa del Parlamento, hay, además, dos curules para las comunidades afrodescendientes, una para los colombianos que residen en el exterior y otra para las minorías. Cuotas semejantes se podrían proponer en Brasil, como una forma de aminorar el déficit de representación política de esos sectores.

El sistema de coalición de partidos de Brasil, además de estimular el intercambio de favores políticos, le da poca representatividad al Congreso, por la posibilidad de sumar votos de partidos fragmentados, para conformar el cociente electoral de los miembros de una misma coalición. En ese sentido, es

---

posibilidad de aplicar contenidos de la reforma objeto de la consulta, lo cual es una decisión política, y no un mandato vinculante.

<sup>119</sup> Según estadísticas de la Inter-Parliamentary Union sobre la participación de las mujeres en la política, al 1.º de septiembre de 2018, Brasil tenía un 10,7 % de participación de mujeres en la Cámara de los Diputados, frente a un 18,1 % en Colombia, y un 14,8 % de participación de mujeres en el Senado, frente a un 20,4 % en Colombia (Inter-Parliamentary Union, 2018). En 2019, en Brasil, la proporción pasó a un 15 % en la Cámara, y se mantuvo en el Senado (14,8 %). Según la misma fuente, hasta el 6 de febrero de 2019, cuando se realizó la última consulta, no había registros de cambios porcentuales en Colombia.

<sup>120</sup> Una mujer indígena (Joênia Batista de Carvalho) fue elegida como diputada federal para la próxima legislatura, por el estado de Roraima.

común que algunos candidatos participen en campañas políticas solo para elegir a otros políticos con sus votos, como ocurre, frecuentemente, con personalidades públicas y del *show business*.

Debido a ese sistema, apenas 36 de 513 diputados (7,02 %) tuvieron votos propios para ser elegidos, en la legislatura que terminó en 2018. Este es otro factor que debilita la legitimidad y la representatividad del Parlamento, que tiene un perfil muy conservador y elitista, distante del perfil de la sociedad brasileña (Benites, 2016).

Además, en Brasil no existe la figura de la “silla vacía” en el poder Legislativo, que se aplica en Colombia para castigar a los partidos con la prohibición de reemplazar al congresista que cometió un ilícito grave, como los “delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; **contra los mecanismos de participación democrática**, [o] por Delitos de Lesa Humanidad” (Const. 1991, art. 134, 2019). En ese caso, en Colombia, se pierde la curul en el Congreso, y la silla correspondiente al partido queda vacía, lo que disminuye la representatividad política de esa agrupación.

Como se ve, a pesar de las dificultades para hacer reformas que puedan afectar a los políticos, Colombia logró avanzar en el diseño de las casas del Parlamento y en los controles éticos sobre los miembros del poder Legislativo. Esto no ha pasado en Brasil, donde ha habido sucesivas y frustradas tentativas de reforma política, y donde una Asamblea Constituyente congresual (y no exclusiva) no hizo cambios significativos en la organización de tal poder, que se tornó poco representativo y democrático y se convirtió en un factor de desequilibrio de la democracia y de los demás poderes.

Tal organización no indica que el Parlamento (o el STF) se pueda proteger adecuadamente de los gobiernos autocráticos, debido a los poderes



concentrados del Presidente de la República de Brasil y a la historia de rupturas institucionales autoritarias cíclicas, como ocurrió después de 1964.

En efecto, el Presidente de la República de Brasil tiene excesivos poderes para nombrar a quienes ocupan cargos en diversos órganos políticamente relevantes, incluido el STF, sin mecanismos de participación popular y con poca intervención de los otros poderes en tales nombramientos.

Cuando personas sin capacidad técnica o legitimidad política son designadas para ocupar cargos en ministerios, consejos u órganos de control, se corren graves riesgos para las políticas públicas, además del riesgo de vaciamiento intencional de esas entidades por parte del Presidente de la República. Las salvaguardas se limitan a los ministerios creados por ley y a los órganos dotados de autonomía institucional y/o mandato legal, que, sin embargo, también pueden ser vaciados de forma indirecta, por ejemplo, por la vía presupuestal.

La reforma a la justicia impulsada por el Segundo Consenso de Washington, que fue implementada en Brasil por medio de la Enmienda Constitucional n.º 45 del 31 de diciembre de 2004, creó, entre otros órganos, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y el Consejo Nacional del Ministerio Público (CNMP), cuyos objetivos son, respectivamente, coordinar la gestión administrativa del sistema judicial y del Ministerio Público y fiscalizar disciplinariamente a los miembros de las respectivas carreras. La Presidencia del Consejo Nacional de Justicia es ocupada por el Presidente del STF, factor que aumenta la concentración de poderes de ese tribunal.

En el ámbito del poder Judicial, los arreglos institucionales para lograr la coordinación entre órganos públicos en casos de conflictos repetitivos y complejos son recientes, y la mayoría de ellos son impulsados por el CNJ, como

los foros de salud<sup>121</sup>. Sus beneficios son los posibles desbloques institucionales y la coordinación de acciones, siempre y cuando no exista interferencia en la autonomía e independencia de los órganos participantes.

En Colombia, la Constitución de 1991 creó el Consejo Superior de la Judicatura, que tiene competencias administrativas y disciplinarias y funciona como una alta corte. En Brasil, el órgano equivalente tiene esas mismas competencias, pero no funciona como una instancia jurisdiccional, ya que los jueces pueden recibir sanciones penales o civiles, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, por faltas relacionadas con el ejercicio del cargo. Aunque las competencias del Consejo Superior de la Judicatura colombiano fueron restringidas por la reforma de equilibrio de poderes, la Corte Constitucional decidió mantener su función de autogobierno del poder Judicial (función administrativa). La función disciplinaria, en cambio, quedó en cabeza de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, conformada por magistrados con mandatos de ocho años, que no pueden ser reelegidos.

La reforma de equilibrio de poderes aumentó el requisito de experiencia para ocupar cargos en las altas cortes colombianas, que pasó de diez a quince años, y determinó el equilibrio en el origen profesional de sus miembros, que deben provenir de la Rama Judicial, la academia y el ejercicio profesional del Derecho. Hoy por hoy, no es obligatorio pertenecer a la carrera judicial, para integrar las altas cortes colombianas.

En Brasil, no se observa fuerza o voluntad política para implementar reformas que puedan mejorar el diseño del poder Legislativo y cambiar las

---

<sup>121</sup> Los foros de salud fueron creados por la Resolución 107 del CNJ (2010), que dispuso la creación de un foro nacional y foros estatales, para auxiliar con informaciones técnicas a los magistrados, en cuestiones relacionadas con demandas al sistema público de salud - SUS. Los arreglos creados con la participación del poder Ejecutivo tuvieron el objetivo de prevenir la judicialización de demandas de salud, al instituir comités ejecutivos para procesar los pedidos excepcionales de asistencia a la salud direccionados al Estado (tratamientos de urgencia, medicinas no convencionales, entre otros), sin necesidad de acudir al poder Judicial. Esos comités son coordinados por un Comité Nacional Interinstitucional, que cuenta con la participación de representantes del poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, las agencias estatales de salud y vigilancia sanitaria, los consejos de secretarios de salud de los Estados y de los municipios y expertos en salud (Portaria 02, 2016).

inhabilidades de sus miembros, como se hizo en Colombia. Además, en caso de que el poder Judicial sea reformado sin pensar en el diseño institucional de los demás poderes, de forma conjunta y con una amplia discusión sobre frenos y contrapesos recíprocos, se podría generar un mayor desequilibrio entre los poderes.

Los problemas de diseño del STF, que se explicarán más adelante, pueden alertar a Colombia acerca del riesgo de crear una corte única de cierre con poderes concentrados. Por otro lado, es relevante destacar que las propuestas de reforma al STF tienden a aproximar su diseño al de la Corte Constitucional colombiana, que, por tanto, puede ser fuente de inspiración para Brasil.

La existencia de altas cortes especializadas en Brasil (Tribunal Superior del Trabajo, Tribunal Superior Electoral, Tribunal Superior Militar y Superior Tribunal de Justicia) no parece ser un problema para la organización judicial, contrario a lo que ocurre con el exceso de poder revisor y originario concentrado en una única corte de cierre, que, además, tiene poderes de corte constitucional y de tribunal de investigación y juzgamiento de políticos y de parte de los funcionarios aforados.

El cambio de cultura en el STF puede mejorar su funcionamiento<sup>122</sup>, como se defiende en esta investigación (lo que también se aplica para los otros poderes). El cambio en su diseño, por su parte, necesitaría ser pensado en un ambiente jurídica y políticamente abierto a la defensa del constitucionalismo y de la democracia, que no existe en Brasil en el presente momento. De modo que la promoción de una cultura constitucional, democrática y participativa también sería importante para preparar el terreno político, a fin de discutir reformas institucionales, de cara al interés público.

---

<sup>122</sup> Sobre la importancia de la cultura política y las prácticas institucionales para el blindaje o la autodefensa de una Corte Constitucional, ver Sadurski (2019).

Los límites de la Asamblea Constituyente de Brasil impidieron la realización de algunos cambios en la parte orgánica de la Constitución de 1988, lo que justifica la idea de una Constitución con dos almas (Gargarella, 2014b): una conservadora, en cuanto a los mecanismos de acceso al poder, y otra incluyente, en cuanto a los derechos fundamentales reconocidos, como se ha visto. El neoliberalismo fortalece la primera y debilita la segunda, lo que se debe tener en cuenta al examinar las propuestas del “mercado” para reformar la justicia y los demás poderes. El neoliberalismo se revela cada vez más como una ideología autocrática y destituyente, incompatible, por tanto, con la democracia y los derechos fundamentales.

#### **2.4. La participación popular y su tratamiento constitucional en Brasil y Colombia**

Los mecanismos de participación popular previstos en las constituciones de Brasil y Colombia representaron avances con relación a las constituciones anteriores. Sin embargo, en Colombia, fueron más amplios y lograron una protección constitucional reforzada y una utilización ciudadana más efectiva, a pesar de la resistencia de los poderes políticos tradicionales a aplicar o admitir algunos de ellos.

Los mecanismos de democracia directa previstos en la Constitución de 1988, de Brasil, son: sufragio universal (voto directo, secreto e igual para todos), plebiscito, referendo e iniciativa popular (Const. 1988, art. 14, 2019). También hay consejos vinculados a ministerios, que participan en la elaboración de las políticas nacionales, en las áreas de salud, educación y medio ambiente, entre otras.

Los plebiscitos y referendos están sometidos a la iniciativa del Congreso (Const. 1988, art. 49, 2019), lo que limita la posibilidad de intervención popular por esa vía en Brasil.

Otros mecanismos de participación están previstos en tratados internacionales, como los convenios 144 (1976) y 169 (1989) de la OIT, y en leyes como la Ley Federal n.º 9433 de 1997, sobre el derecho al agua y el derecho ambiental, que afirma que la gestión de los recursos hídricos debe ser descentralizada y contar con la participación del poder público, los usuarios y las comunidades.

Así mismo, la Ley Federal n.º 10650 del 2003 regula el acceso a la información pública sobre la calidad del medio ambiente; las políticas, planes y programas que pueden causar impacto ambiental; las emisiones de efluentes líquidos y gaseosos; la producción de residuos sólidos; las sustancias tóxicas y peligrosas; la diversidad biológica; los organismos genéticamente modificados, entre otros datos e informaciones que pueden generar impacto ambiental. Esto es esencial para la protección del derecho al agua en su componente de “accesibilidad”, que comprende la accesibilidad física y económica, la no discriminación y el acceso a la información, de acuerdo con la Observación General n.º 15 (2002) del CDESC.

Los mecanismos constitucionales de participación popular fueron reglamentados por la Ley Federal n.º 9709 de 1998, que establece los procedimientos para ejercer las tres figuras de participación directa, incluidos los plebiscitos relativos a consultas para desmembramientos de Estados de la Federación.

Desde la promulgación de la Constitución de 1988, Brasil solo realizó un plebiscito de carácter nacional, en 1993, sobre la forma de gobierno que el país debería adoptar entre la monarquía y la república, conforme determinación constitucional. Además, realizó un único referendo nacional, en 2005, sobre el control de las armas de fuego (concretamente, sobre la prohibición de comercializar armas de fuego y municiones). Esto indica que el Congreso, casi siempre de mayoría conservadora, no tiene interés en promocionar la

participación popular directa en la deliberación de temas controvertidos y de interés general.

En lo que se refiere a las leyes de iniciativa popular, sus requisitos son muy rígidos y difíciles de alcanzar, ya que exigen la participación del 1 % del electorado de país, perteneciente a, por lo menos, cinco Estados de la Federación, con una participación del 0,3 % de los electores de cada Estado. Eso significa que es necesario recolectar firmas y datos personales de cerca de un millón y medio de personas.

A pesar de ello, hay más de doscientos proyectos en trámite en la comisión encargada del tema en el Congreso<sup>123</sup>, lo que significa que hay un deseo popular de participar en la formulación de leyes en el país.

La tramitación de proyectos por ese medio es lenta, debido a la dificultad de cumplir sus requisitos y a la falta de interés congresual en incentivar el procedimiento. Hasta hoy, solo cuatro leyes de este tipo han sido votadas en Brasil, desde la Constitución de 1988, casi siempre con el apoyo de parlamentarios, para viabilizar el trámite.

Tanto en Brasil como en Colombia, se experimentó con otros mecanismos de participación popular, especialmente en el ámbito del poder municipal, con una relativa consolidación de experiencias exitosas de presupuestos participativos<sup>124</sup>, que permiten la decisión popular acerca de la aplicación de recursos municipales en obras o proyectos de interés comunitario, entre otras experiencias.

---

<sup>123</sup> Ver la relación de proyectos en trámite en la Comisión de Legislación Participativa – CLP, donde hay más de 200 proposiciones. La relación de proyectos está disponible en la página web de la Cámara de los Diputados (Cámara de los Diputados, 2018).

<sup>124</sup> Cítase como ejemplos de ciudades que adoptaron tal práctica: Belo Horizonte (Prefeitura de Belo Horizonte, 2018), en Brasil, y Pasto (Alcaldía de Pasto, 2018), en Colombia. Una crítica común de esas experiencias es la pequeña partida del presupuesto municipal destinada a la gestión participativa.

En Colombia, por otro lado, la democracia participativa está incorporada en las bases de la Constitución y está presente en los principios y fundamentos constitucionales (Const. 1991, arts. 1.º y 2.º, 2019). Además, se menciona en varios dispositivos constitucionales, como se detallará en el campo ambiental y del derecho al agua, siendo **obligación del Estado promoverla, no vulnerarla y protegerla**.

La Constitución de 1991 reconoce como mecanismos de participación popular directa el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (Const. 1991, art. 103).

El cabildo abierto, que no tiene equivalente en Brasil, permite que la población les solicite a los concejos distritales, municipales o a las juntas administradoras locales que estudien temas de competencia de la corporación respectiva, para tomar decisiones sobre materias de interés de los firmantes<sup>125</sup>.

La Constitución también garantiza la participación de los jóvenes y los consumidores en las decisiones sobre asuntos que los afecten, y de la comunidad en general en la decisión de cuestiones medioambientales que puedan impactarla, entre otros mecanismos de participación ciudadana.

Además, reconoce, como en Brasil, la libre asociación, la libertad de expresión, el derecho de petición ante las autoridades por motivos de interés general o particular y los derechos de participación asegurados en convenios internacionales, como los convenios 144 (1976) y 169 (1989) de la OIT.

Los mecanismos previstos en la Constitución de Colombia fueron reglamentados por la Ley 134 de 1994, cuya exequibilidad, con algunas restricciones, fue reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-180

---

<sup>125</sup> El artículo 81 de la Ley 134 de 1994 garantiza la posibilidad de discutir al menos dos temas de interés de la población, por período de sesiones. Con ese fin, se exige un 0,5 % de firmas, con base en el censo electoral del municipio, distrito, localidad, comuna o corregimiento, según el caso.

de 1994 (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-180 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara), que establece la línea jurisprudencial sobre el tema. Según esta decisión:

El concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual. La participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del Estado colombiano. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-180, 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara).

La interpretación del principio constitucional, por tanto, debe ser **ampliativa**, y no restrictiva del derecho, como lo determina la Constitución. Esto explica la amplia jurisprudencia protectora de las garantías de participación democrática en el país, con un caso restrictivo polémico sobre las consultas populares, que será analizado en la segunda parte de la investigación.

En Brasil, la protección de los mecanismos de participación es más frágil, pero hay precedentes judiciales relevantes, como las recientes decisiones del STF sobre la protección a la libertad de expresión en el ámbito de las universidades (Supremo Tribunal Federal, ADPF 548, 2018, M.P. Carmen Lúcia) y la suspensión parcial de Decreto Presidencial 9759 de 2019, que pretendía extinguir todos los consejos existentes en el ámbito de la administración pública federal (Supremo Tribunal Federal, ADI 6.121, 2019, M.P. Marco Aurélio de Mello), para determinar la suspensión del acto unilateral con relación a los consejos cuya creación está prevista en la ley. Ambas decisiones fueron tomadas en un contexto político de autoritarismo creciente por parte de los poderes políticos, especialmente, del poder Ejecutivo.



En Colombia, se critica el uso limitado de algunos mecanismos, como el plebiscito, que es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y que solo ha sido convocado una vez desde que entró en vigencia la Constitución de 1991, con ocasión de la aprobación del Acuerdo de Paz, en el 2016. Tras el rechazo popular expresado en el plebiscito, el acuerdo terminó siendo aprobado por el Congreso, con ajustes a algunos puntos que fueron objeto de críticas. La derrota en el plebiscito no estuvo exenta de polémicas, por la acusación de manipulación electoral a los votantes con la idea de que el acuerdo promovía la “ideología de género”, discurso religioso que también está presente en Brasil, y que es utilizado con frecuencia en el ámbito político, para promover pautas conservadoras “de costumbres” (especialmente, contrarias a la igualdad de género y la no discriminación por la orientación sexual).

El número de electores necesario para impulsar una ley de iniciativa popular o un referendo constitucional en Colombia (5 % del censo electoral) representa poco más del mismo número absoluto de personas que puede proponer un proyecto de ley de iniciativa popular en Brasil.

La Registraduría Nacional de Colombia posee el archivo histórico del uso de cada mecanismo de participación popular, desde su implementación. En 2008, se propuso realizar un referendo nacional para la aprobación de una enmienda a la Constitución sobre el reconocimiento del derecho al agua como derecho fundamental. Según datos de la Registraduría<sup>126</sup>, la iniciativa alcanzó más de dos millones de firmas válidas.

El texto del referendo fue modificado durante las discusiones en el Parlamento, y no fue aprobado, lo que indica que existen mayorías políticas contrarias al tema, tal como ocurre en Brasil con la mayor parte de leyes de iniciativa popular, que no llegan, siquiera, a ser votadas.

---

<sup>126</sup> Ver el Comunicado de Prensa n.º 112 de 2008 de la Registraduría Nacional del Estado Civil. El texto de la reforma constitucional propuesto en el referendo se encuentra en el anexo IV, al final de la tesis.

La discusión sobre el derecho al agua, sin embargo, tuvo repercusión en los ámbitos social y jurídico, y su debate impulsó avances jurisprudenciales con base en normas internacionales que integran el bloque de constitucionalidad del país (Vargas, 2010), lo que puede ser evaluado como un efecto indirecto del mecanismo de participación popular, que pudo darle visibilidad al tema y ponerlo en la agenda pública y ciudadana. Lo mismo se puede decir de los efectos indirectos de las consultas populares que fueron realizadas, aunque no aprobadas.

Como lo han mencionado otros autores (Langford, 2009, y González-Ocantos, 2016), la formación de los jueces en el campo de los derechos humanos también depende del acceso a información adecuada, de modo que la difusión del conocimiento estructurado por movimientos sociales, inclusive con ocasión de luchas y consultas populares específicas, puede contribuir al cambio de la cultura jurídica en la aplicación de los derechos reivindicados.

Se nota que lo que impidió la constitucionalización (formal) del derecho al agua en Colombia no fue la falta de relevancia del tema ni su incompatibilidad con los fundamentos de la Constitución, sino las tensiones políticas y económicas presentes en las corrientes políticas del Congreso contrarias a la referida propuesta (Vargas, 2010), convergentes con el modelo neoliberal que imponía la mercantilización del agua.

Tal situación también se aplica al caso de Brasil. En este país, la cultura jurídica autoritaria e insuficientemente protectora de los derechos fundamentales, especialmente cuando son confrontados con proyectos políticos y económicos hegemónicos, hace que el riesgo de vulneración del derecho al agua sea muy alto, ante su carácter contramayoritario y contrahegemónico, como se verá. Esto puede ser todavía más grave, en caso de que se profundicen las restricciones presupuestales a los gastos públicos y se impongan limitaciones a la democracia participativa, especialmente por medio del vaciamiento de los

consejos y órganos colegiados consultivos o de gestión de políticas públicas en el área ambiental.

Comprender la importancia de la protección al derecho al agua y sus fuertes vínculos con la cultura democrática y ambiental puede ser la salida para lograr el cambio necesario, especialmente porque las tierras de poblaciones tradicionales están entre los temas que el STF protegió con más coherencia, en comparación con otros derechos asegurados en la Constitución de 1988, como se verá.

La preocupación con la restauración democrática es relevante, porque, a pesar de lo que digan los instrumentos normativos aplicables al derecho al agua en Brasil, su efectividad depende de un ambiente institucional favorable al fortalecimiento de los mecanismos de participación social, que es uno de los motivos por los cuales la experiencia jurisprudencial colombiana y las prácticas institucionales de su Corte Constitucional son tan relevantes para el caso brasileño.

Cabe señalar que la experiencia colombiana también enseña que no se logra un cambio de cultura o una ruptura con patrones anteriores de comportamiento, si no se identifican y tratan los problemas que originan los conflictos, por más dolorosos y difíciles que sean. Además, que los cambios deben ser fruto de un esfuerzo colectivo e institucionalizado.

Eso se aplica para las propias cortes, que tampoco pueden funcionar adecuadamente, si no comprenden el contexto en el que están insertas y la importancia de su misión institucional para el restablecimiento y/o el fortalecimiento democrático, incluidos los cambios de sus propias prácticas, a fin de generar legitimidad, transparencia y confianza institucional, como se examinará en seguida.

## 2.5. Conclusiones del capítulo

En este capítulo se analizaron los antecedentes históricos, sociales, políticos y económicos de las constituciones de 1988, de Brasil, y de 1991, de Colombia, así como los factores que facilitaron o dificultaron los avances de la democracia sustantiva, representativa y participativa en los dos países después de la promulgación de dichas constituciones.

Como se vio, en los años que antecedieron a la promulgación de las actuales constituciones, ambos países tenían un grave déficit de legitimidad política y de participación ciudadana, un alto índice de violencia política practicada por agentes del Estado y/o paramilitares y escasa movilidad social. Esto debido a la dictadura “civil-militar” (Gaspari, 2017) vigente en Brasil y a la “democracia restringida” (Febres-Cordero, 1997) vigente en Colombia, ambas restrictivas de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

El modelo de Asamblea Constituyente utilizado en Colombia (Asamblea Constituyente exclusiva) y la fuerza del liberalismo político en su composición permitieron mayores avances en la Constitución de 1991, en comparación con lo que se logró en Brasil con la Constitución de 1988. Esto es evidente en el diseño institucional de los tres poderes y el equilibrio de poderes (parte orgánica de la Constitución), por la creación de mecanismos de control de la actividad política (inhabilidades de los agentes políticos, silla vacía, entre otros), la forma más democrática de composición y de acceso a la Corte Constitucional y la imposibilidad de que la fuerza pública ejerza actividades políticas, en un contexto que necesitaba fortalecer la participación ciudadana y la legitimidad de los poderes civiles constituidos.

La transición incompleta e interrumpida a la democracia en Brasil (con elecciones indirectas para Presidente de la República, una Asamblea Constituyente congresual y amnistía general a los militares) impidió avances en los diseños institucionales del poder Legislativo, de la fuerza pública y del poder

Judicial, especialmente del STF, en la Constitución de 1988. Así mismo, a pesar de que se conquistó el derecho al voto directo para elegir el Presidente de la República, el mandato presidencial, tal como fue diseñado, no goza de protección suficiente en contra de rupturas institucionales o golpes parlamentarios vía *impeachment*, debido a la fragilidad de los mecanismos de defensa sustantiva presidencial durante el juicio político y a la inexistencia de un régimen transitorio para el sucesor presidencial.

Tal modelo permite que el sucesor del presidente separado del cargo, actuando interinamente, promueva el cambio completo de las políticas públicas, sin ningún compromiso con el proyecto vencedor en la disputa electoral y sin que se promuevan, como regla general, nuevas elecciones presidenciales o parlamentarias.

Por otro lado, el exceso de poderes exclusivos del Presidente de la República, especialmente para nombrar a quienes ocupan cargos públicos relevantes (como el Procurador General de la República y los magistrados del STF), sumado a la participación irrestricta de los militares en la política, sin justicia transicional y sin punición de los crímenes de la dictadura, contribuyen al desequilibrio de poderes, porque estos agentes, todavía hoy, pueden interferir en el funcionamiento de la actividad política y del poder Judicial, tal como ocurrió en 1964.

Esa amenaza no fue suficientemente blindada en la Constitución de 1988, que no reguló suficientemente el papel de las fuerzas armadas y de la policía para actuar en un Estado democrático de derecho ni contribuyó a estimular el cambio de cultura en favor del fortalecimiento del constitucionalismo y de la participación ciudadana.

Con tal diseño institucional y con la persistencia de prácticas autoritarias en la cultura política, el riesgo de que regímenes presidenciales autocráticos se instalen en el país sigue presente, y no existen suficientes mecanismos de

defensa institucional y cultural (culturas jurídica y política) para evitar retrocesos, lo que debe cambiar.

En el campo de los derechos fundamentales, ambas constituciones están fundadas en valores que incorporan la *dignidad humana*, el *trabajo* y la *solidaridad* en los fundamentos de la república y en los objetivos del Estado. En ambos casos, los derechos reconocidos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad no son taxativos, por tanto, el texto constitucional incorpora explícitamente el principio de **progresividad**, como resultado de la intensa participación popular durante los debates constituyentes, a pesar de los diferentes modelos de construcción constitucional aplicados.

El resultado del conjunto de normas aprobadas fue la existencia de constituciones con dos almas (Gargarella, 2014b): una autoritaria, en lo que se refiere a los mecanismos de acceso al poder, y otra democrática, en cuanto al catálogo de derechos.

Esa especie de “esquizofrenia” constitucional, sin embargo, está más presente en el caso brasileño que en el caso colombiano, por los avances que logró Colombia en materia de mecanismos democráticos de acceso a los tres poderes, por la existencia de frenos y contrapesos mejor diseñados y por la institución de mecanismos más amplios de participación ciudadana, con garantías transversales para su no vulneración, su promoción y su protección, previstos en diferentes dispositivos de la Constitución, incluida la amplia garantía de acceso a la justicia constitucional.

En lo que se refiere al escenario internacional y los intereses políticos y económicos en juego, los años noventa coincidieron con la imposición del neoliberalismo como modelo económico hegemónico en la región, el cual logró avanzar en América Latina por medio de mecanismos de *soft law* (condicionalidades de contratos de préstamos internacionales, *doing business*, entre otros) utilizados por las agencias de fomento financiero internacional (FMI,

BID y Banco Mundial), a partir del ideario económico denominado “Consenso de Washington”.

Las reformas liberalizadoras de la economía avanzaron en las décadas siguientes, por medio del Segundo Consenso de Washington, que fomentó las “reformas institucionales” en América Latina y el Caribe, incluidas las reformas a los sistemas de justicia, a partir de las ideas consolidadas en el Documento Técnico 319 del Banco Mundial (Dakolias, 1996). Ese documento propone un modelo de Estado “pro mercado”, cuyo papel central es garantizar la previsibilidad y la seguridad jurídicas, para favorecer las transacciones comerciales globales y proteger los contratos de inversionistas internacionales.

El conflicto entre dos modelos distintos de Estado (Estado social, previsto en las constituciones, y Estado mínimo liberal, propuesto por medio de las políticas económicas neoliberales) trajo muchas tensiones entre los principios y fundamentos de las constituciones de Brasil y Colombia y las políticas económicas implementadas, con especial perjuicio para la aplicación de los derechos sociales, que son objeto de una judicialización creciente (Sierra Porto, 2008). Esto, ante la imposición de una especie de modelo de Estado “Deudor Consolidador” (Streeck, 2017).

Los paradigmas de ese modelo de Estado son exactamente opuestos al modelo de Estado social (2017, p. 154), y se basan en una predominancia de:

- (i) lo “internacional”, con relación a lo “nacional”;
- (ii) los “inversores”, con relación a los “ciudadanos”;
- (iii) las “reclamaciones contractuales”, con relación a los “derechos civiles”;
- (iv) los “acreedores”, con relación a los “votantes”;
- (v) las “subastas” bursátiles “(continuas)”, con relación a las “elecciones (periódicas)”, y
- (vi) el “servicio de la deuda”, con relación a los “servicios públicos”.

En América Latina, la situación de desprotección social es agravada por un modelo de desarrollo local dependiente de la actividad agropecuaria y extractiva, de bajo valor agregado (Orbegozo, 2015), que, sumado a una política fiscal regresiva y recesiva y a políticas de austeridad selectiva, acentúan la desigualdad social y la dependencia financiera, aumentando el endeudamiento del Estado y de los ciudadanos, en un ciclo vicioso difícil de romper.

Las disposiciones normativas constitucionales, convencionales y legales de Brasil y Colombia favorecen la protección de los derechos fundamentales, la idea de no regresividad de los derechos, el derecho a la información y el derecho a la participación democrática en los campos de protección de los derechos fundamentales y del medio ambiente, ambos esenciales para proteger el derecho al agua.

Sin embargo, en el contexto cultural y geopolítico mencionado, la protección de los derechos fundamentales exige la consolidación de una cultura democrática, inclusive y especialmente, en los tribunales constitucionales, a fin de enfrentar los intereses contramayoritarios y contrahegemónicos presentes en el modelo económico impuesto. En ese sentido, el primer desafío que debe superar Brasil para perfeccionar la implementación de los derechos fundamentales es romper con su cultura autoritaria, lo que incluye el perfeccionamiento de las prácticas institucionales vigentes en los tribunales, independientemente del diseño institucional adoptado, como se analizará en el próximo capítulo, mediante la comparación entre el diseño y algunas de las prácticas institucionales de la Corte Constitucional colombiana y del STF.



### **CAPÍTULO 3. La Corte Constitucional colombiana y el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Modelos de diseño institucional e importancia de las prácticas institucionalizadas**

Comprendido el contexto político y económico (incluidas las culturas jurídica y política vigentes en los países analizados), el perfil constitucional y la correlación de poderes existente en los sistemas políticos brasileño y colombiano, conforme al marco contextual propuesto por Bayón (2011), se avanza en el estudio específico del poder Judicial, especialmente en cuanto al sistema de control constitucional y al funcionamiento de los tribunales que cumplen el papel de Tribunal o de Corte Constitucional en los dos países.

En lo que se refiere específicamente a la comparación entre la Corte Constitucional colombiana y el STF de Brasil, será relevante mencionar aspectos relativos a los diseños institucionales y a las prácticas institucionalizadas de ambos tribunales. Esto se hace en un momento emblemático, pues el diseño de las dos cortes estuvo en el centro del debate político reciente en ambos países, con sentidos opuestos en cuanto a las propuestas de cambio de los modelos institucionales vigentes.

Para Brasil, además, es importante mirar el ejemplo colombiano de deliberación en derechos fundamentales, ante las críticas que el STF ha recibido en los últimos años por la inseguridad jurídica y la desprotección social que genera su jurisprudencia.

Entender la cultura jurídica arraigada en la historia del STF permitirá entender los impases institucionales de esa corte al día de hoy, las limitaciones de su jurisprudencia, su papel en la conservación del *status quo* en cuestiones políticas y económicas y los impactos de algunas decisiones en la “constitución” o “destitución” de derechos fundamentales y en el fortalecimiento o debilitamiento de la democracia, lo que pasamos a analizar.

Para realizar la comparación jurídica entre dos tribunales, según la perspectiva de su dinámica funcional, es relevante identificar cómo están diseñados y cómo funcionan en la práctica, tanto en relación con su jurisprudencia, como con las prácticas deliberativas e institucionales que pueden influir en la transparencia de su funcionamiento, la confianza institucional y la legitimidad de sus decisiones.

Varios aspectos se pueden destacar en esa descripción, y aquí se tomará en cuenta la estructura y competencia del órgano, el perfil de los casos que tiene que resolver, sus prácticas institucionalizadas de gestión y cómo delibera con relación a los DESCA. Estos aspectos son relevantes para demostrar el modelo deliberativo objeto de interés, la mayor eficacia de uno u otro tribunal en el campo de deliberación elegido y cómo influye la cultura jurídica vigente en ese resultado.

Se está de acuerdo con André Rufino do Vale (Vale, 2015), cuando señala que las directrices de un modelo deliberativo se deben transformar en normas, procedimientos y prácticas institucionalizadas, de modo que reflejen las primeras y puedan generar coherencia, integridad, confianza y transparencia institucional. Eso quiere decir que hay una dimensión pragmática (práctica, en el sentido de praxis institucional) relevante para que una corte funcione de una manera adecuada a los fines para los cuales fue creada, lo que también forma parte del modelo deliberativo que se discute en esta investigación.

Las prácticas institucionalizadas del STF, como se verá, no atienden a los requisitos mencionados (esto es, no generan coherencia, integridad, confianza y transparencia institucional) y son criticadas por eso. Además, por su comportamiento institucional y jurisprudencial inestable, no fortalecen la democracia, la participación social y los derechos fundamentales, lo que fragiliza la eficacia de los DESCA y la lucha por tales derechos en Brasil.

Cabe preguntarse, con relación a tal constatación, si hay un **fracaso institucional** del modelo pensado en la Constitución de Brasil o si el objetivo por

el cual se mantuvo al STF en el diseño actual **no era proteger, prioritariamente, a la ciudadanía y a los derechos fundamentales, sino al *status quo***. Esto, ante el reducido espacio que esos temas (participación ciudadana y derechos fundamentales) ocupan en la agenda de la Corte, en comparación con el conjunto de cuestiones que tiene que decidir, lo que difiere sustancialmente de lo que pasa con la Corte Constitucional colombiana.

El papel que se requiere del STF merece ser explicitado en eventuales discusiones sobre la reforma de su diseño, ante a las consecuencias del modelo actual en la estabilidad o inestabilidad democrática y de la propia Corte, y en la eficacia o no del control de los abusos de las mayorías políticas.

Eso porque, en un país con altos niveles normativos de protección a los derechos fundamentales, pero con persistentes problemas en su implementación, el STF, además de decidir cuestiones con poca relevancia jurídica para una Suprema Corte, con cierta regularidad histórica, delibera de manera débil para proteger derechos fundamentales, cuando chocan con intereses políticos o económicos hegemónicos.

Por otro lado, es importante destacar que los cuestionamientos actuales relativos al STF y las expectativas sociales sobre el que debería ser su papel son múltiples y ponen de relieve los límites de su papel contramayoritario y contrahegemónico y su capacidad de protegerse institucionalmente de los ataques de los poderes políticos y económicos. Por esa razón, tanto su competencia y funcionamiento, como el comportamiento de sus miembros, son objeto de abundante discusión académica, política y social, lo que se debe tener en cuenta, en caso de que el órgano busque anticiparse y perfeccionar algunas prácticas institucionales que no requieran un cambio legal o constitucional para su implementación.

Regístrese, además, que los mismos debates revelan el reconocimiento de la importancia que tiene esa institución para contener los abusos de las

mayorías por medio de la protección de la democracia participativa y procedimental y de los derechos fundamentales (aspectos sustantivo y contramayoritario de la democracia), elementos que también están en el foco de la preocupación por el desequilibrio de poderes existente en el país y por cómo actúan los tres poderes para la constitución o destitución de derechos constitucionalizados.

La comparación jurídica entre las dos cortes ayuda a la necesaria crítica institucional y a reflexionar sobre propuestas de cambio, lo que se hará a continuación, teniendo en cuenta que, en momentos de inestabilidad democrática, es importante que el STF impulse sus propios cambios, porque, en ese contexto, las reformas constitucionales no suelen contemplar los intereses del conjunto de la sociedad, sino intereses mayoritarios ocasionales.

### **3.1. Orígenes del modelo de control judicial de constitucionalidad en Brasil y Colombia y el hibridismo de sus modelos**

Del mismo modo que los antecedentes políticos de Brasil y Colombia influyeron en el diseño de las constituciones de 1988 y 1991, respectivamente, la historia del control de constitucionalidad en los dos países fue decisiva para influenciar el modelo de tribunal constitucional existente.

A lo largo de la historia republicana, el hibridismo del modelo vigente en los dos países fue una nota común. En cambio, marcaron diferencias relevantes, de un lado, la creatividad colombiana para diseñar modelos institucionales propios, pensados políticamente para resolver problemas relacionados con la protección de la integridad constitucional y del equilibrio de poderes, y, de otro lado, el conservadurismo de Brasil, al no avanzar en el diseño de instituciones clave para fortalecer la democracia, y optar, casi siempre, por el diseño institucional más apto para mantener el *status quo* en la estructura de los poderes político y económico.

En lo que se refiere al mencionado hibridismo, la influencia del modelo estadounidense en el control de constitucionalidad en Brasil y Colombia fue gradual, y se notó a partir de los comienzos de la República, en Brasil<sup>127</sup>, y del proceso de independencia, en Colombia, cuando apareció, por primera vez, el control judicial de constitucionalidad de las leyes.

En Colombia, hubo control legislativo de las leyes hasta 1853, cuando se implementó un modelo de control mixto. En Brasil, el control de validez de las leyes lo hizo el propio poder Legislativo hasta la Constitución de 1890, cuando se implementó el control judicial difuso. Entretanto, se puede decir que hubo una especie de control mixto antes del período republicano, pues el emperador, dotado de poder moderador, podía intervenir en los demás poderes (Const. 1824, art. 98, 2019), para mantener el equilibrio, la armonía y la independencia entre ellos, lo que representaba una especie de control (no judicial) de los actos de los demás poderes.

El poder moderador del emperador, ejercido con abuso, resultaba en poder absoluto. Críticas semejantes encuentran paralelo, en Brasil, en cuanto al papel del STF, pues su exceso de competencias, la posibilidad de controlar actos de los demás poderes y la expansión de sus atribuciones, sin suficientes mecanismos de control funcional de sus miembros, terminó por provocar autoritarismo institucional y desequilibrio de poderes. Además, la institución no cuenta con salvaguardias suficientes para protegerse de las interferencias ilegítimas de los poderes políticos.

La comparación entre el STF y el poder moderador imperial, curiosamente, aparece en discursos del propio órgano, cuando este se autoasigna tal papel y entiende hacerlo de modo virtuoso (“poder moderador”,

---

<sup>127</sup> La inspiración directa estadounidense es reconocida por el propio Ruy Barbosa, uno de los autores del proyecto de la primera constitución republicana de Brasil, que, en uno de sus escritos, afirma: “Los autores de nuestra Constitución, en cuyo nombre tengo algún derecho de hablar, no eran alumnos políticos de ROUSSEAU y MABLY[...]: eran discípulos de MADISON y HAMILTON” (Barbosa, 1893, p. 30) (traducción libre de la autora).

“élite iluminista”, etc.)<sup>128</sup>, pero también aparece en críticas a la institución, cuando se afirma que, históricamente, fue autora de diversas prácticas antidemocráticas y mantenedoras del *status quo* (Bastos, 2010).

En ambos casos, esa comparación, vinculada a la idea de un papel de superioridad institucional sobre los demás poderes, potencia prácticas institucionales de menosprecio a la representatividad política obtenida a partir de la legitimación electoral, lo que debe ser combatido con el fortalecimiento de una cultura institucional democrática. Esa percepción también es incompatible con el modelo de constitucionalismo dialógico propuesto en esta investigación, que se considera adecuado para decidir conflictos policéntricos y complejos.

Otra cuestión típica de la historia republicana brasileña es la disputa de las fuerzas armadas (por lo menos de parte de sus integrantes) por ocupar un lugar protagónico en los comandos políticos del país, al autoasignarse un papel similar de sustitución de los poderes democráticos en caso de conflicto institucional, lo que genera un riesgo constante de interferencia de ese actor en la vida política del país y en la independencia del poder Judicial.

El artículo 142 de la Constitución de Brasil, según el cual las fuerzas armadas, “bajo la autoridad suprema del Presidente de la República”, tienen, entre otros, el rol de garantizar “los poderes constitucionales”, casi siempre es invocado para sugerir que, en caso de conflicto o tensión entre los tres poderes, las fuerzas armadas deben actuar para restablecer el “orden constitucional”.

Por tal motivo, en los momentos de ruptura democrática de Brasil, se nota una cierta disputa entre el STF<sup>129</sup> y las fuerzas armadas por la “guarda” de la

---

<sup>128</sup> Se nota la existencia de comparaciones en ese sentido por Mauricio Correa (Supremo Tribunal Federal, 2003), Dias Tóffoli (Ribeiro J. , 2018) y Barroso (CONJUR - Revista Consultor Jurídico, 2018).

<sup>129</sup> Ese hecho torna emblemático el nombramiento, en 2018, de un general en el cargo de asesor directo en el tribunal y en el Consejo Nacional de Justicia, por parte del presidente del Supremo Tribunal Federal, magistrado Dias Toffoli. Este es un hecho inédito en la historia del país, que parece indicar un acto “conciliatorio” o de “prevención” de conflicto, pero que genera desconfianza en cuanto a la independencia de la corte en temas políticamente sensibles.

Constitución, lo que demuestra que el diseño de ambas instituciones no está adecuado a la protección de los ciudadanos, de la soberanía y del patrimonio nacional, ni a la promoción de la democracia y la preservación de la armonía y el equilibrio entre los poderes constituidos. Por lo tanto, también es necesario un cambio de cultura militar, a fin de evitar rupturas institucionales internas o interferencias externas, ambas perjudiciales para los intereses del país<sup>130</sup>.

En ese aspecto, la historia colombiana demuestra que en los períodos de impase o desconfianza institucional, se intenta fomentar el papel de las instituciones o fuerzas civiles y democráticas, al contrario de lo que ocurre en Brasil, donde la tendencia es proponer una salida que interviene y restringe los procesos democráticos en curso, con recurrente participación de las fuerzas armadas en procesos políticos, desde los primordios del régimen republicano.

El espacio que se le dejó a la fuerza pública (fuerzas armadas y policía nacional) en la Constitución colombiana de 1991 también es emblemático, pues, a pesar de los avances democráticos previstos en ella, su diseño mantuvo la prohibición de la participación política, de la deliberación e, inclusive, del derecho a voto<sup>131</sup> de los militares. Esto se aprobó en un contexto en el que se necesitaba reconstruir la confianza ciudadana en los poderes civiles constituidos, y donde miembros de la fuerza pública ejercieron (y todavía ejercen) cierto protagonismo político, por medios oficializados o no, en escenarios de combate a los procesos internos de lucha armada o de resistencia popular.

En cuanto al modelo de control de constitucionalidad, Brasil implementó el modelo judicial difuso, a partir de la Constitución republicana provisional de

---

<sup>130</sup> Es importante destacar que los análisis de largo plazo de la historia de Brasil revelan que tales rupturas no favorecen a ninguna de las dos instituciones (poder Judicial o fuerzas armadas). Al contrario, son dañinas para el fortalecimiento y la consolidación del papel constitucional de ambas, porque la ruptura suele estar alineada con intereses políticos o económicos que no corresponden al interés nacional y para los cuales es conveniente que el país tenga unas fuerzas armadas y un poder Judicial institucionalmente débiles.

<sup>131</sup> Dispone el artículo 219 de la Constitución colombiana que: “La Fuerza Pública **no es deliberante**; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley. **Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos**” (el subrayado es nuestro).

1890, y lo ratificó en la Constitución de 1891 y en las siguientes<sup>132</sup>, con una ampliación progresiva de su alcance, para incorporar distintas modalidades de control concentrado.

En Colombia, se creó un sistema de control concentrado, por medio del Acto Legislativo 3 de 1910, que establecía, en su artículo 41, la competencia de la Corte Suprema de Justicia para ejercer la guarda de la integridad de la Constitución. Esto ocurrió antes de la implantación del modelo kelseniano de 1920, mencionado habitualmente como pionero en la historia constitucional en cuanto a tal modalidad de control. Ese modelo permaneció vigente hasta la Constitución de 1991, cuando se creó la Corte Constitucional, otra creación colombiana que contiene elementos originales e innovadores.

En ambos países (Brasil y Colombia), el *judicial review* tiene una fuerte tradición y fue reconocido antes de la consolidación del modelo europeo, con la diferencia de que el control concentrado apenas se adoptó en Brasil con la Enmienda Constitucional n.º 16 de 26 de noviembre de 1965. Esta reforma modificó, durante la dictadura militar, el artículo 110, inciso I, letra “k”, de la Constitución de 1946, instituyendo la competencia del STF para hacer el control concentrado de constitucionalidad de las leyes por provocación exclusiva del Procurador General de la República, y el control difuso de constitucionalidad por medio de la competencia revisora, modelo que permanece vigente.

Tal diseño se puede explicar por la estructura federativa del Estado brasileño, que posee leyes de tres niveles administrativos, además de estructuras judiciales regionales, de modo que el STF también funciona como una especie de corte de casación en materia constitucional, responsable, por tanto, de unificar la interpretación constitucional a nivel nacional.

---

<sup>132</sup> Además de que la Constitución prevé el control judicial de constitucionalidad, para regular la materia, se expidió la Ley 221 del 20 de noviembre de 1894, sobre la competencia de los jueces federales, en la que se reguló el control de validez de las leyes. La Constitución siguiente, de 1924, sufrió una enmienda en ese campo, que también reguló el control judicial de validez de las leyes por parte de los jueces federales (Emenda Constitucional, 1926).



Cabe registrar que, al contrario de Colombia, que optó por la creación de un nuevo tribunal constitucional para aplicar la nueva Constitución, la opción de la Constitución de 1988, en Brasil, a pesar de la resistencia del STF, fue crear una nueva corte de casación (el Superior Tribunal de Justicia), que es el equivalente funcional de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Ese tribunal opera como corte de unificación de jurisprudencia en materia civil y penal y en asuntos de competencia residual, excluyendo aquellos de competencia de las ramas especializadas (electoral, militar y laboral). Además, decide los conflictos de competencia entre las distintas ramas judiciales (salvo cuando involucran a los tribunales superiores, cuya competencia es del STF), así como parte de los casos penales de las autoridades aforadas. La estructura del STF, por su parte, se mantuvo, con una ampliación de su competencia, ante la resistencia a las propuestas de crear una Corte Constitucional exclusiva, semejante a la del modelo continental europeo.

En Colombia, el control de constitucionalidad de las leyes, que antes lo hacía una Sala de la Corte Suprema de Justicia (la Sala Constitucional), pasó a la competencia de la Corte Constitucional, a partir de su instalación, en 1992.

Para entender el hibridismo presente en los modelos analizados, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 207) resume los rasgos de los dos modelos clásicos de tribunales constitucionales (el continental europeo y el estadounidense), aquí entendidos como tipos ideales, destacando las siguientes ocho características:

**Tabla 1. Diferencias entre el modelo continental europeo y el modelo estadounidense**

Modelo continental europeo	Modelo estadounidense
<p>1. Fenómeno posautoritario.</p> <p>2. Jueces con mandatos.</p> <p>3. Monopolio de la decisión sobre la inconstitucionalidad (<i>sistema concentrado</i>).</p> <p>4. Raramente hay audiencias públicas.</p> <p>5. Los jueces deciden en sesiones secretas.</p> <p>6. Decisión colectiva y unitaria, generalmente sin votos divergentes.</p> <p>7. Los nombramientos de jueces suelen exigir grandes mayorías parlamentarias (lo que fomenta el consenso entre las fuerzas políticas).</p> <p>8. Decisiones, en general, sobre cuestiones abstractas.</p>	<p>1. Fenómeno ligado a la formación de un sistema político y de autoafirmación del poder Judicial.</p> <p>2. Jueces vitalicios.</p> <p>3. Ausencia de monopolio de la decisión sobre la inconstitucionalidad (<i>sistema difuso</i>).</p> <p>4. La regla es la existencia de audiencias públicas.</p> <p>5. Los jueces deciden en sesiones abiertas.</p> <p>6. Decisiones individuales, que, al final, se suman para obtener la decisión final, con publicación de opiniones divergentes.</p> <p>7. Los jueces son nombrados por el Presidente de la República, con aprobación, por mayoría simple, del Senado (los jueces suelen ser identificados con un partido político o presidente).</p> <p>8. Decisiones, en general, sobre casos concretos.</p>

**Fuente:** Da Silva (2009, p. 207) *apud* (Ferejohn & Pasquino, 2002) (traducción libre de la autora, desde el portugués).

A los modelos mencionados se pueden agregar otros criterios, especialmente, aspectos decisorios típicos de esos tribunales, como la existencia de deliberación interna o externa (dependiendo del auditorio de la decisión), la posibilidad o no de elegir los casos que serán decididos, la existencia de un control constitucional previo de las normas o solo un control posterior y el estilo deliberativo de formación de los precedentes por medio de la extracción de la *ratio decidendi* de la sentencia, a partir del caso concreto, o de

la aplicación de la tesis explícitamente declarada en las decisiones, con o sin efecto vinculante.

Se nota, por tanto, la existencia de modelos híbridos de jurisdicción constitucional en Brasil y Colombia, tanto en el diseño como en el estilo deliberativo adoptado, pues ambos tribunales recibieron influencias de los dos modelos clásicos internacionalmente conocidos, como se destaca en seguida.

En Brasil, por ejemplo, la existencia de magistrados vitalicios, nombrados exclusivamente por el Presidente de la República; las decisiones en sesiones públicas y la deliberación externa, formada por votos individuales, compuestos y en secuencia (estilo *seriatim*), aproximan su modelo al estadounidense. Por otro lado, el hecho de no poder elegir los casos que tiene que decidir y la forma como se da la formación de sus precedentes, basados en tesis explícitamente declaradas en las decisiones, lo aproximan al modelo deliberativo del constitucionalismo europeo.

En Colombia, por su parte, el diseño de la Corte Constitucional, compuesta por magistrados postulados por órganos distintos, elegidos por el Senado y con un período temporal, se aproxima al de los tribunales europeos. Sin embargo, su modelo deliberativo, basado en precedentes formados a partir de casos concretos, y la posibilidad de seleccionar algunos casos bajo su competencia la aproximan al modelo deliberativo estadounidense, salvo por el modelo de sentencia en decisión única colegiada (*per curiam*, con posibilidad de salvamento de voto), que también fue adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de la utilización, en ambas cortes, del modelo de precedentes anglosajón.

La revisión de los modelos de los tribunales constitucionales en Brasil y Colombia está en la agenda del debate político, por motivos distintos. En Brasil, el debate está centrado en los problemas de funcionamiento del STF (Mendes, 2018b), mientras que en Colombia, donde la Corte Constitucional posee un

elevado grado de independencia y prestigio institucional, su reforma puede estar relacionada con posibles conflictos de interés en la esfera político-económica, generados, entre otras cosas, por el amplio acceso de la ciudadanía a su jurisdicción (material y procesalmente). Esto, sumado a que el neoliberalismo económico defiende la restricción de gastos públicos y, consecuentemente, de derechos sociales.

La idea de unificar las altas cortes en Colombia (objeto de la campaña electoral presidencial) no parece viable, y representaría un retroceso en el modelo de equilibrio de poderes conquistado a partir de 1991. Es relevante recordar que el modelo existente fortalece a los poderes Legislativo y Ejecutivo, tanto por la forma dialógica y participativa de deliberación de la Corte Constitucional, como por la posibilidad de proteger los mandatos democráticos ante eventuales excesos de otras cortes y de otros poderes.

Cabe agregar que la historia de estabilidad constitucional de Colombia anticipa la dificultad de eliminar la Corte Constitucional. Además, su existencia es uno de los pilares de la protección reforzada de la misma Constitución, de modo que un cambio de esa naturaleza seguramente sería interpretado como una sustitución constitucional, pues fragilizaría la protección de tres núcleos duros de la Constitución colombiana: la acción de tutela, los derechos fundamentales y el equilibrio de poderes.

Una restricción severa a la acción de tutela también puede representar una inadmisibles sustitución constitucional, pues significaría una limitación del acceso amplio a la justicia, garantía fundamental de la Constitución de 1991, prevista en su artículo 86.

La coincidencia en el retorno de discusiones relativas a reformas a la justicia hace especialmente relevante la comparación entre Brasil y Colombia, debido al riesgo de que se produzcan cambios institucionales para debilitar las democracias (Ginsburg, 2017) y/o los derechos fundamentales, especialmente

ante la presencia de gobiernos de perfil conservador y autoritario (Levitsky & Ziblatt, 2018) y la fragilidad política de la región frente a las interferencias internacionales.

Las discusiones en ese campo, por otro lado, deben ser tomadas como una oportunidad para realizar un debate crítico y autocrítico en el seno de las propias cortes y de la academia. En las primeras, para buscar maneras de mejorar sus prácticas institucionales y repensar su diseño, con el fin de aumentar la confianza institucional y su legitimidad. En la segunda, por lo menos en Brasil, para dejar de reproducir teorías originadas en países con alto grado de confianza institucional en el Parlamento, y dar un giro epistémico, para buscar soluciones que tengan en cuenta los reales problemas del país, que apuntan a la histórica desconfianza del pueblo en los poderes constituidos, la existencia de poderes desequilibrados y de un papel dubio de las fuerzas armadas, la presencia de una cultura autoritaria y excluyente y el aumento de la interferencia del poder económico en la política y en el derecho.

Los elementos comparativos objeto de la investigación indican la riqueza de la confrontación entre los modelos de Brasil y Colombia, en especial, por lo que tienen para ofrecer recíprocamente en el campo de la deliberación sobre los DESCAs y en las prácticas institucionales de *accountability*, que se analizarán en seguida.

A pesar del contexto regresivo, repito que no hay que dudar de la importancia de insistir, en este momento, en el fortalecimiento del constitucionalismo, del derecho y de la democracia. El mensaje de la academia no es totalmente desalentador, pues, así como democracias mueren, otras pueden surgir o mejorar alrededor del mundo (Levitsky & Ziblatt, 2018), inclusive (y todavía) en Colombia.

### 3.2. Estructura, composición, competencia y perfil de la litigiosidad del STF y de la Corte Constitucional colombiana

La Constitución brasileña de 1988, en su artículo 102, reconoce al STF como el principal guardián de la Constitución. De la misma forma, el artículo 241 de la Constitución colombiana dispone que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución. Esto indica que existen modelos de control de constitucionalidad fuertes en los dos países, por lo menos desde el punto de vista “formal” (Roa, s.f.), donde el poder Judicial tiene, en teoría, la última palabra sobre el sentido o significado de la norma constitucional.

Tal idea no se debe interpretar rígidamente, pues, en la práctica, la existencia de un control judicial fuerte de constitucionalidad no impide que existan mecanismos diversos de diálogo entre los poderes, que flexibilizan la posición de quien tiene la última palabra, como advierte Mendes (2014). Eso se nota tanto en normas constitucionales que promueven la apertura dialógica (el *Mandado de Injunção* de Brasil, por ejemplo), como en estrategias deliberativas utilizadas por el STF y por la Corte Constitucional colombiana para obtener la colaboración de otros órganos y poderes en la decisión final del caso (como ocurre en las sentencias estructurales de Colombia, por ejemplo) o en la concesión de plazos al poder Legislativo para que reglamente asuntos omitidos, entre otros mecanismos de interacción y respuesta.

Es relevante resaltar que ambos tribunales integran la estructura formal del poder Judicial de sus respectivos países, lo que refuerza las garantías constitucionales y convencionales de independencia judicial para sus miembros.

Al contrario de lo que pasa con la Corte Constitucional de Colombia, que no tiene una jerarquía superior a las demás altas cortes del país<sup>133</sup>, el STF es, al

---

<sup>133</sup> En el sistema colombiano, este hecho puede generar el fenómeno denominado “choque de trenes” o conflictos de posiciones jurídicas entre las altas cortes, especialmente entre la Corte Suprema de Justicia y

mismo tiempo, el órgano cúspide en la estructura del poder Judicial de Brasil, la corte suprema en materia constitucional para fines de control concentrado y difuso de constitucionalidad y la corte especial para los casos de persecución penal de los políticos aforados, entre otras características.

Debido a su posición jerárquica en el poder Judicial de Brasil, el STF también representa ese poder en la línea sucesoria de la Presidencia de la República, en las iniciativas legislativas exclusivas sobre asuntos de interés para el poder Judicial y en la Presidencia del Consejo Nacional de Justicia, que es el órgano de autogobierno del poder Judicial.

La Corte Constitucional colombiana, por su parte, en líneas generales, revisa las acciones de tutela que se deciden en el país para proteger los derechos fundamentales en “situaciones particulares y concretas” (Espinosa, 2007, p. 31), hace el control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las leyes y de los decretos con fuerza de ley, decide sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueban y dirime los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones, entre otras atribuciones.

El listado de competencias de ambas cortes es amplio, como son variados los tipos de acciones que reciben y procesan, las cuales serán mencionadas más adelante.

### **3.2.1. La composición del STF y de la Corte Constitucional colombiana y la forma de nombramiento de sus miembros**

Conforme al artículo 101 de la Constitución de 1988 de Brasil, el STF está compuesto por once magistrados, escogidos por el Presidente de la República

---

el Consejo de Estado. Aunque en materia constitucional prevalecen las decisiones de la Corte Constitucional, siguen existiendo conflictos entre precedentes judiciales de las diferentes cortes, especialmente por la amplitud de materias contenidas en el texto de la Constitución, como ocurre con la Constitución de Brasil. A lo largo de la investigación, se notó que las fuerzas equilibradas entre las altas cortes son un factor positivo para el equilibrio de poderes en Colombia y juegan un importante papel complementario en la formación de la jurisprudencia, inclusive, en el campo del derecho al agua.

entre ciudadanos con más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años, con notable saber jurídico y de intachable reputación. Los mandatos son vitalicios, hasta la edad máxima de jubilación en el servicio público (actualmente, setenta y cinco años).

Los magistrados son nombrados por el Presidente de la República, después de que su designación es aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del Senado Federal. Hasta el momento, no hay registros de recusación de candidatos, y las audiencias públicas han sido un procedimiento meramente formal. Sin embargo, se intuye que esto cambiará, debido a la politización del tema, que se reveló con el aumento de la tensión entre los poderes cuando se nombró al último magistrado (Edson Fachin), designado antes del *impeachment* de 2016.

En Brasil, la vinculación a la carrera judicial no es un requisito para ser designado como magistrado del STF. Tampoco ha habido un intento formal o informal efectivo de equilibrar los orígenes profesionales o de las ramas de especialidad que predominan en ese tribunal. De modo que, históricamente, hay déficits de representación de especialistas en algunos campos del saber jurídico, como el derecho laboral, además de una representación minoritaria proporcional de miembros provenientes de la carrera judicial.

En Colombia, la Constitución determina que la Corte Constitucional tendrá un número impar de miembros determinado por la ley, pertenecientes a diversas especialidades del Derecho, con equilibrio entre los provenientes de la carrera judicial, de la academia y del ejercicio profesional, conforme al Acto Legislativo 02 de 2015. El número establecido en el artículo 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270, 1996) es de nueve miembros.

Los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia son elegidos por el Senado de la República para periodos de ocho años, no prorrogables, de ternas que le presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de



Justicia y el Consejo de Estado. La elección se realiza después de que los aspirantes intervienen en una audiencia pública ante el Senado.

Las personas que en el año anterior se hayan desempeñado como ministros del despacho o magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado no pueden ser postuladas para el cargo.

La composición de la Corte Constitucional colombiana se asemeja a la del modelo europeo, y representa, por la postulación y elección de sus miembros, un sistema con más equilibrio de poderes. Además, la renovación periódica de los miembros es saludable, para evitar exceso de poderes personales concentrados en órganos que no son elegibles y tienen competencia para decidir temas políticamente relevantes.

Vale destacar que los miembros de las demás altas cortes colombianas también poseen mandatos limitados, mientras que los miembros de las altas cortes de Brasil ocupan sus cargos de modo vitalicio, hasta la edad de setenta y cinco años, y pueden ser elegidos con una edad mínima de treinta y cinco años. En las altas cortes brasileñas, excluido el STF, las cuatro quintas partes de los miembros provienen de la carrera judicial y una quinta parte, del Ministerio Público o de la abogacía litigante, alternadamente.

Ese es un factor de desequilibrio de poderes en Brasil, no necesariamente por el riesgo de que el magistrado esté vinculado al perfil ideológico del Presidente de la República que lo designó, lo que no ocurre siempre, sino por el poder personal, con pocos controles institucionales, que detentan los ocupantes del cargo, en un órgano con exceso de competencias relacionadas con temas política y jurídicamente relevantes, de modo que el nombramiento de sus miembros no debería ser prerrogativa de una única autoridad política.

Ese factor es agravado por la competencia para juzgar políticos aforados que ocupan cargos nacionales, lo que aproxima demasiado al tribunal al foco de

las disputas políticas del país. Tal materia no está en el conjunto de competencias de la Corte Constitucional colombiana, como ya se dijo, modelo que se debería seguir en Brasil, sin olvidar la necesidad de pensar, también, en la reducción del beneficio del foro privilegiado, que atañe, potencialmente, a más de cincuenta mil autoridades políticas<sup>134</sup> en el país.

Independientemente de la forma más democrática de designación de las ternas en Colombia, los criterios para la elección del candidato por parte del Senado colombiano son muy variados (Montoya García, 2015) y no difieren mucho de los criterios informales posiblemente utilizados por presidentes de la República de Brasil. Tales criterios pueden ser sociodemográficos, méritos académicos y profesionales, afinidad ideológica y, también, *lobby* y padrinazgo político.

La regulación actual de la materia agrega otros requisitos objetivos para la elección de los magistrados, como el aumento de la experiencia exigida (de diez a quince años) y, como se dijo, la búsqueda de un equilibrio en sus áreas de origen profesional, entre la academia, el ejercicio de la abogacía y la carrera judicial. Actualmente, se discute la necesidad de promover nuevos cambios<sup>135</sup>.

En Brasil, aunque el Presidente de la República elija individualmente al ocupante del cargo, se sabe que busca el consejo de varias instituciones o personas y que analiza, además del perfil ideológico, el género y la “raza” (en algunas ocasiones) del candidato, su hoja de vida y sus méritos académicos y profesionales. Estos criterios tienen un mayor o menor peso, dependiendo del

---

<sup>134</sup> La suma de todos los cargos públicos aforados del país corresponde a más de 58.000 personas (Diegues, Linhares, Caram & Boldrini, 2018), no todas juzgadas en el STF. Este órgano, por su parte, cambió la interpretación, para reducir el fuero de los parlamentarios a los crímenes cometidos durante el mandato. Aun así, el número de autoridades del país que no se someten a un juez singular, sino a tribunales colegiados, superaría las 50.000 personas

<sup>135</sup> El actual Presidente de Colombia intenta impulsar otra reforma a la justicia, que amplía el tiempo de experiencia para ocupar el cargo a 25 años en la magistratura o la academia (PAL 17, 2018, art. 6°). Esto puede cambiar radicalmente el perfil de los magistrados, especialmente de los que provienen de la carrera judicial. El mismo artículo prohíbe el ejercicio de mandato político a quienes ocupen el cargo, lo que revela una preocupación importante por mantener el equilibrio y la separación de poderes, cosa que no ocurre hoy en Brasil.

período, del perfil del presidente y de la composición de la Corte, entre otros motivos, y permiten diversificar o equilibrar el perfil de la Corte. No se descarta, además, la influencia de *lobbies* o presiones públicas, como la defensa de ciertos candidatos por las iglesias, la academia, las asociaciones de magistrados y los movimientos sociales.

Es importante registrar que el modelo colombiano prevé la postulación de dos tercios de los candidatos por el propio poder Judicial, lo que no implica que los postulados pertenezcan o hayan pertenecido a ese poder (hasta el momento), debido a las características de composición de las altas cortes locales, los mandatos temporales y la inhabilidad para que quienes ocupan cargos en las altas cortes accedan a la Corte Constitucional. Esto se revela como una medida prudente que busca ampliar las oportunidades de acceso a ese tribunal.

En caso de una futura institución de mandato para los miembros del STF en Brasil, hay que pensar en un mecanismo de regreso de los magistrados a sus cortes de origen, para no perjudicar las garantías de vitalidad e inamovilidad de los miembros de las carreras judiciales, con relación a sus cargos efectivos.

Como no es el foco de este trabajo proponer un nuevo diseño institucional para el STF, la cuestión de la composición de las cortes y el nombramiento de los magistrados no será tratada con profundidad en la investigación. Se recomienda, entretanto, analizar o producir estudios específicos sobre el tema<sup>136</sup>, inclusive, profundizar el examen de las críticas comunes en Brasil y Colombia, que reivindican una mayor participación social en la postulación y la elección de los miembros del STF y de la Corte Constitucional colombiana.

---

<sup>136</sup> Algunos estudios recientes sobre el STF pueden ser localizados en internet, como “Supremo em Números” (FGV Direito Rio, s.f) y “Onze Supremos: o supremo em 2016” (Falcão, Arguelhes & Recondo, 2017). Se recomiendan, incluso, los estudios producidos por investigadores de ese mismo grupo, especialmente, Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelhes, Felipe Recondo y Luiz Weber, además de otros autores constitucionalistas, como Oscar Vilhena, de la FGV; Conrado Hübner y Virgílio Afonso da Silva, de la USP; Thomas Bustamante, Marcelo Cattoni, Misabel Derzi, Emilio Peluso Meyer, Bernardo Gonçalves y José Luis Quadros de Magalhães, de la UFMG, entre otros.

### **3.2.2. Competencia y perfil de la litigiosidad ante el STF y la Corte Constitucional colombiana**

Aquí tampoco se pretende hacer un análisis a profundidad del diseño institucional del STF y de la Corte Constitucional colombiana en lo que se refiere a sus competencias. Sin embargo, es necesario explicitar las atribuciones de las dos cortes, para demostrar cómo el STF, responsable de la guarda de una Constitución que protege de manera fuerte los derechos fundamentales, está capturado por un exceso de competencias irrelevantes para un tribunal constitucional, lo que lo aleja de la agenda ciudadana.

Hay una paradoja en el diseño institucional de ese tribunal, pues, al tiempo que su amplia competencia aumenta en abstracto su poder de control sobre los demás poderes, en la práctica, tal exceso lo desprestigia, pues sus competencias no pueden ser ejercidas de modo efectivo. Eso se observa, por ejemplo, cuando se examina el bajo número de casos de políticos aforados efectivamente investigados y juzgados, en el conjunto de casos recibidos, o cuando se analiza el acervo de casos pendientes de solución.

Por otro lado, se nota que los agentes públicos dominan el escenario de las acciones de control concentrado de constitucionalidad, contrario a lo que ocurre con la ciudadanía, que tiene una presencia reducida ante la Corte. Esto contribuye a la baja representatividad de los actores sociales en los debates públicos realizados ante el tribunal, en comparación con lo que ocurre con la Corte Constitucional colombiana.

La comparación entre el abanico de competencias del STF y de la Corte Constitucional colombiana revela la influencia de los trazos de las culturas jurídica y política de Brasil y Colombia en el diseño institucional original de esas cortes en las constituciones de 1988 y 1991, respectivamente. Las reformas constitucionales posteriores, a su turno, indican que factores coyunturales comunes actuaron en ambos países para modificar aspectos sustantivos de las

constituciones<sup>137</sup>, pero también para ampliar la competencia de sus cortes constitucionales y aumentar el impacto de sus decisiones en los respectivos sistemas jurídicos.

En lo que se refiere al diseño de los tribunales constitucionales, una tendencia común fue el aumento de la importancia de la jurisprudencia como fuente de derecho<sup>138</sup> y la ampliación de las formas de jurisprudencia constitucional vinculante, tanto en el control difuso como en el control concentrado de constitucionalidad, lo que aumentó la irradiación de la jurisprudencia constitucional sobre el sistema jurídico.

Ese fenómeno no está relacionado solo con la idea de fuerza normativa de las constituciones, defendida por el constitucionalismo democrático, sino también con los paradigmas de previsibilidad y seguridad jurídicas presentes en las reformas judiciales de América Latina y el Caribe e impulsadas a partir de los años noventa (Dakolias, 1996), en el marco de las reformas liberalizadoras del Estado.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, los efectos de ese flujo jurídico común fueron distintos en Brasil y Colombia, debido, principalmente, al papel de la Corte Constitucional colombiana, que cuenta con amplios mecanismos de acceso ciudadano.

Como lo destaca Jorge Ernesto Roa (2016), la acción de tutela, en Colombia, fue el elemento novedoso que protegió el perfil democrático e incluyente de la Constitución, y sigue, en parte, protegiendo a la Corte Constitucional de la influencia de actores políticos y económicos hegemónicos en la determinación de su agenda, lo que queda en evidencia cuando se compara con lo que ocurre en Brasil.

---

<sup>137</sup> En Colombia, se implementó el incidente de impacto fiscal, y en Brasil, teorías como la de la reserva de lo posible y el congelamiento de gastos públicos con servicios, a partir de la Enmienda Constitucional 95 de 2016, aún pasible de examen de control concentrado de constitucionalidad.

<sup>138</sup> Lo que se podría incluir expresamente en la Constitución de Colombia, si se aprueba la reforma objeto de la PAL 17 (2018).

En el caso de Brasil, el acceso más restringido de la ciudadanía al STF refuerza la cultura autoritaria y excluyente del país. Sin embargo, parte de la restricción relativa a los legitimados para actuar ante el STF tiene origen en la jurisprudencia del propio órgano, ya que el texto de la Constitución permitiría una lectura distinta y compatible con la amplitud de acceso de algunos actores colectivos, especialmente, asociaciones y sindicatos.

La competencia del STF está prevista en el artículo 102 de la Constitución de Brasil, y comprende materias de competencia originaria y revisora. La competencia revisora incluye casos de competencia ordinaria (doble grado de jurisdicción) y extraordinaria.

La competencia originaria del STF incluye juzgar, entre otros casos: a) las acciones de control concentrado de constitucionalidad; b) las infracciones penales comunes del Presidente de la República, del Vicepresidente, de los miembros del Congreso Nacional, de sus propios magistrados y del Procurador General de la República; c) las infracciones penales comunes y los crímenes de responsabilidad de los ministros de Estado y otras autoridades aforadas; d) el *habeas corpus*, incluidas las anteriores autoridades aforadas; e) el *mandado de segurança*<sup>139</sup> y el *habeas data* en contra de los actos del Presidente de la República y otras autoridades aforadas; f) el pedido de medida cautelar en las acciones directas de inconstitucionalidad; g) el *mandado de injunção*<sup>140</sup>, cuando la elaboración de la norma reglamentadora sea una atribución del Presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Cámara de los Diputados, del Senado Federal, de las mesas de una de esas casas legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los tribunales superiores o del propio STF; h) las acciones en contra el Consejo Nacional de Justicia y el Consejo Nacional del Ministerio Público; i) el litigio entre un Estado extranjero u organismo internacional y la

---

<sup>139</sup> Acción para proteger el derecho líquido y cierto, semejante al recurso de amparo y la acción de tutela. Exige prueba documental preconstituida y tiene un trámite preferencial.

<sup>140</sup> Acción para suplir la omisión del poder Legislativo en la reglamentación del derecho constitucional, que impida su goce. En caso de omisión del órgano competente en el plazo concedido por el STF, el poder Judicial suple la omisión en el caso concreto.

Unión, un Estado, un distrito federal o un territorio; j) la extradición solicitada por un Estado extranjero; l) la revisión criminal y la acción rescisoria de sus juzgados; m) la reclamación para la preservación de su competencia y la garantía de la autoridad de sus decisiones y n) la ejecución de sentencias en las causas de su competencia originaria, incluida la delegación de atribuciones para la práctica de actos procesales.

La competencia revisora del STF involucra juzgar: a) el *habeas corpus*, el *mandado de segurança*, el *habeas data* y el *mandado de injunção* decididos en única instancia por los tribunales superiores, cuando la decisión sea denegatoria, y b) el crimen político. La competencia revisora extraordinaria del STF, por su parte, involucra juzgar las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida contraría un dispositivo de la Constitución o cuestiona la constitucionalidad de un tratado o ley federal o de un acto de gobierno local y de una ley local frente a ley federal (control difuso de constitucionalidad).

La variedad de casos que el STF tiene bajo su responsabilidad, así como la ampliación de su competencia por enmiendas constitucionales sucesivas, indican que hubo un **refuerzo formal** de su competencia como guardián de la Constitución desde 1988, lo que también ocurrió con la Corte Constitucional colombiana, tras la Constitución de 1991.

En el ámbito del control concentrado de constitucionalidad, este refuerzo se dio tanto por la creación legislativa de nuevos tipos de acciones, como por los efectos vinculantes *erga omnes* implementados por medio de mecanismos de unificación de jurisprudencia. Entre estos últimos están, por ejemplo, la posibilidad de expedición de **súmulas vinculantes**<sup>141</sup> y la declaración de **repercusión general** de una decisión de la corte, con la posibilidad de

---

<sup>141</sup> Instituto peculiar del derecho brasileño previsto en el artículo 103-A de la Constitución, que extrae la tesis aprobada del caso concreto y formaliza un enunciado jurídico abstracto aprobado por el tribunal, que es aplicado directamente a los nuevos casos. Hay súmulas persuasivas y otras vinculantes, estas últimas emitidas solo por el STF.

**suspender** el procesamiento de todos los casos sobre el mismo tema en las instancias inferiores, hasta la publicación de la decisión.

Por otro lado, hubo un cambio en la jurisprudencia del STF, para admitir la **declaración de inconstitucionalidad de reformas constitucionales**, como ocurrió en las acciones declaratorias de inconstitucionalidad ADI 466/DF (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 1991), M.P. Celso de Mello, y ADI 939-7/DF (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 1993), M.P. Sidney Sanches. Esta es una cuestión relevante en este momento, ante a la necesidad de declarar la validez o no de las modificaciones constitucionales insertas por la Enmienda Constitucional 95 de 2016, que instituyó un nuevo régimen fiscal y congeló los gastos públicos, lo que afectó directamente la aplicación de los DESCA.

Los tipos de acción de control concentrado de constitucionalidad existentes en Brasil son la acción directa de inconstitucionalidad<sup>142</sup> (ADI), la acción declaratoria de constitucionalidad (ADC) y la impugnación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF, por su sigla en portugués).

Los actores legitimados para interponer las acciones ante el STF son (Const. 1988, art. 103, 2019): el Presidente de la República; la Mesa del Senado Federal; la Mesa de la Cámara de los Diputados; la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; el Gobernador de un Estado o del Distrito Federal; el Procurador General de la República; el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; partido político con representación en el Congreso Nacional y confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional.

Los mismos actores antes indicados están legitimados para interponer la ADPF, que es una acción de control concentrado de constitucionalidad, de

---

<sup>142</sup> La inconstitucionalidad puede ser declarada por acción u omisión. El § 2.º del artículo 103 de la Constitución de 1988 dispone: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de medida, para tornar efectiva la norma constitucional, será dada ciencia al Poder competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose de órgano administrativo, para hacerlo en treinta días” (traducción libre de la autora, desde el portugués).



carácter residual, reglamentada por la Ley 9882 de 1999. La ADPF está prevista para el control de actos u omisiones de los poderes públicos que vulneren disposiciones normativas (preceptos) fundamentales de la Constitución. Son ejemplos de esos preceptos fundamentales los derechos y garantías individuales, las normas protegidas por las cláusulas pétreas y los principios sensibles que autorizan la intervención en los Estados (Const. 1988, art. 34, VII, 2019), conforme jurisprudencia del propio STF (Medida Cautelar en ADPF 33-5/PA) (Supremo Tribunal Federal, 2003, voto del M.P. Gilmar Mendes).

Como se observa, casi todos los actores legitimados para interponer acciones de control concentrado de constitucionalidad son actores políticos o funcionarios públicos. Las únicas excepciones son la Orden de los Abogados y las confederaciones sindicales o las entidades de clase de ámbito nacional. Sin embargo, con relación a estas últimas, el STF restringió su legitimidad para actuar a los casos en los que el contenido de la norma impugnada tenga **pertinencia temática** con el ámbito de su actuación asociativa. Tal jurisprudencia terminó por restringir la agenda ciudadana ante el tribunal, al contrario de lo que ocurre en Colombia (Roa, 2016).

Sobre ese tema, Arguelhes (2014, p. 31) destaca que el STF ejerció su poder de interpretar la Constitución para restringir el número de actores con acceso al control abstracto de constitucionalidad y el tipo de cuestiones que podrían ser objeto de dicho control. En ese caso específico, afirma el autor, la distinción entre legitimados “universales” y legitimados “especiales” no tiene base expresa en el texto constitucional, como tampoco la tienen otros requisitos que restringen la participación de asociaciones de la sociedad civil, por ejemplo, la exigencia de que: (i) todos los afiliados necesitan ejercer la misma actividad económica o profesional; (ii) no pueden proponer ADI las entidades cuyos miembros son persona jurídica y (iii) la entidad debe poseer miembros en, por lo menos, nueve estados de la federación.

El comportamiento restrictivo del STF, según el autor (Arguelhes, 2014, pp. 39-43), tiene sus posibles explicaciones en la preferencia de los magistrados por el acceso restringido al control concentrado; la continuidad en la corte de los mismos magistrados nombrados durante el régimen militar (más sujetos a una interpretación conservadora de los temas relativos a la democracia participativa); y la incierta estabilidad democrática de los años que siguieron al final de la dictadura militar, ante una transición sin ruptura con las instituciones del antiguo régimen.

Otros estudios realizados sobre el abanico de competencias del STF indican que el tribunal tiene dinámicas internas distintas para cada clase de acción que recibe y que, en la práctica, funciona como **tres cortes distintas**, con ritos, plazos y comportamientos propios. Es a eso a lo que Falcão, Cerdeira & Arguelhes (2011) denominan el “**Múltiplo Supremo**”, que engloba una **corte constitucional**, una **corte ordinaria** y una **corte revisora**.

Cabe anotar que es probable que el STF posea el acervo procesal más voluminoso del mundo entre las cortes constitucionales que tienen una competencia revisora, por lo menos cuando se compara, de forma proporcional, con la población del país. En septiembre de 2018, por ejemplo, el STF tenía más de 40.000 casos pendientes de solución (exactamente, 41.201 casos), según la estadística actualizada hasta el 23 de septiembre de 2018 (Supremo Tribunal Federal, 2018), mientras que la Suprema Corte de India, con una población más de seis veces superior a la de Brasil, poseía poco más de 20.000 casos admitidos y más de 30.000 con examen de admisión pendiente hasta el 4 de mayo de 2018 (Supreme Court of India, 2018).

A pesar de tener un acceso más restringido de la ciudadanía en términos de control concentrado de constitucionalidad, el STF posee 52 puertas de acceso

posibles<sup>143</sup> en el ámbito de sus múltiples competencias (Falcão, Cerdeira & Arguelhes, 2011, pp. 17-18).

De ese total, apenas un 0,51 % de los casos recibidos entre 1988 y 2009, en promedio, correspondían a acciones típicas de control constitucional concentrado<sup>144</sup> (Falcão, Cerdeira & Arguelhes, 2011, p. 21), y estas nunca fueron superiores al 3 % de los casos totales recibidos por año (Falcão, Cerdeira & Arguelhes, 2011, p. 38).

Los casos restantes se refieren a la competencia ordinaria, que incluye todos los casos penales, con un promedio de 7,80 % del total, y los recursos diversos, incluidos los recursos extraordinarios en materia constitucional, que corresponden al 91,69 % del acervo.

Es importante resaltar que la gran mayoría, un 73 % de los recursos (Falcão, Cerdeira, & Arguelhes, 2011, p. 28), llegan directamente al STF desde las cortes de apelación federales (44 %) y de los Estados (29 %), sin pasar por la Corte Suprema competente para unificar la jurisprudencia federal y de los Estados (el Superior Tribunal de Justicia). Esto no ocurre en los casos laborales, cuyos recursos tienen que pasar obligatoriamente por el Tribunal Superior del Trabajo, antes de que se interponga un recurso extraordinario en materia constitucional.

La adopción de un procedimiento semejante en el ámbito de las otras ramas judiciales podría evitar el exceso de recursos ante el STF, ya que todos los tribunales son competentes para hacer el control de constitucionalidad difuso. Ese filtro, posiblemente, reduciría el número de recursos ante el STF, que

---

<sup>143</sup> Una tabla con las clases de acciones o recursos posibles se encuentra al final del trabajo, como anexo V de la tesis.

<sup>144</sup> Las acciones englobadas en esa proporción son las siguientes: acción declaratoria de constitucionalidad (ADC), acción directa de inconstitucionalidad (ADI), acción directa de inconstitucionalidad por omisión (ADO), impugnación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF), *mandado de injunção* (MI) y propuesta de súmula vinculante (PSV).

podrían quedar restringidos a los casos de desobediencia a la jurisprudencia de aquella corte.

Sobre el exceso de recursos interpuestos ante el STF, los autores (Falcão, Cerdeira & Arguelhes, 2011) resaltan que:

Cuantitativamente, por tanto, el Supremo no es una “corte constitucional” en el sentido original en que ese tipo de institución fue pensada. En números absolutos, está mucho más próxima a una “corte revisora suprema”. No es una corte que elige lo que juzga fundamental juzgar. Es, antes, una corte elegida por la parte. No construye su destino. Su destino es construido por cada recurso que le llega por deliberación ajena, de terceros. (Falcão, Cerdeira, & Arguelhes, 2011, p. 21)<sup>145</sup>.

Sobre tal conclusión, se está apenas parcialmente de acuerdo con los autores, en el sentido de que la competencia revisora le quita al tribunal tiempo y energía para dedicarse a decidir cuestiones constitucionales realmente relevantes para la sociedad brasileña.

Por otro lado, el conjunto de casos disponibles en el acervo del STF le permite a la corte y a sus magistrados tener un enorme inventario de temas a su disposición, lo que, ante a una agenda poco previsible, representa un riesgo para la seguridad jurídica, pues no se sabe cuándo, ni bajo qué circunstancias o contextos (sociales, políticos y económicos), serán elegidos y resueltos los temas.

La falta de transparencia con relación a los criterios para la formación de la agenda del tribunal y para la liberación de los casos que serán decididos hace que cada magistrado imponga una agenda propia, sobre la cual la ciudadanía no tiene ningún mecanismo de control.

---

<sup>145</sup> Traducción libre de la autora de: “Quantitativamente, portanto, o Supremo não é uma ‘corte constitucional’ no sentido original em que esse tipo de instituição foi pensada. Em números absolutos, está muito mais próximo de uma ‘corte revisora suprema’. Não é uma corte que escolhe o que julga fundamental julgar. É antes uma corte escolhida pela parte. Não constrói seu destino. Seu destino lhe é construído por cada recurso que lhe chega por deliberação alheia, de terceiros”.

Por lo tanto, no se está de acuerdo con la afirmación de los autores mencionados (Falcão, Cerdeira & Arguelhes, 2011) en cuanto a que la corte **es pasiva** en el manejo de los casos que recibe, pues es **activa** al decidir, por **acción** u **omisión**, sobre cuáles casos se pronunciará o no, y cuantos más recursos lleguen a la corte, más temas tendrá para conformar su agenda institucional.

Por una u otra razón, el conjunto de recursos que maneja el STF debe ser reducido y mejor tratado, lo que es esencial para generar transparencia, seguridad jurídica, confianza institucional y una jurisprudencia previsible, coherente y relevante para la ciudadanía.

En cuanto al foro privilegiado en materia penal, se considera que tal competencia no debería ser atribuida al STF, si se quiere que pueda dedicarse a temas de relevancia constitucional y ciudadana y si se pretende garantizar la efectiva punición de los agentes políticos que violan la ley. Esto no ocurre actualmente, salvo en casos excepcionales que también generan polémica, cuando se observa el tratamiento desigual para acusados de ilícitos semejantes.

Esa área (el juzgamiento de políticos aforados) tampoco registra coherencia en la jurisprudencia, y es allí donde los resultados, examinados globalmente en investigaciones recientes, demuestran con más claridad el “fracaso” de la misión institucional del STF, por lo menos si se considera como un “éxito” la obtención de una decisión de mérito o una decisión final que no se origine en el reconocimiento de la prescripción de la pretensión punitiva.

Examinando el conjunto de casos recibidos por el STF entre 2002 y 2016, el proyecto “Supremo en Números” produjo otro informe analítico sobre los casos que involucran el “foro privilegiado”. Algunos hallazgos que demuestran el fracaso de la corte en alcanzar el objetivo de investigar y decidir sobre los crímenes cometidos por políticos o autoridades aforadas se indican a continuación (Falcão, Hartmann, Almeida, & Chaves, 2017, p. 9):

- Crecimiento constante del tiempo promedio de tramitación desde 2002, con tiempos muertos de hasta cuatro años para la providencia del magistrado ponente, de un año para la práctica de acto por el magistrado relator y de dos años de vista en la Procuraduría General de la República;
- Apenas el 1,04 % de las decisiones en los casos penales son de condena total o parcial, y solo el 0,61 % de los crímenes imputados resultan en condena;
- En dos de cada tres acciones penales, el mérito no llega a ser examinado por el STF. Las causas son: declinación de competencia o declaración de prescripción;
- Apenas el 22 % de las decisiones en las investigaciones en el año 2016 fueron tomadas por un órgano colegiado;
- Apenas el 5,44 % de las acciones penales involucran al menos un crimen que llene dos requisitos: 1) ser cometido por razón del cargo y 2) ser cometido después de la investidura en el cargo que garantiza el foro privilegiado ante el Supremo.

El informe detalla los análisis de los casos a partir de los cuales se constata que, además de ser inadecuada una competencia penal tan amplia para una Corte Constitucional, en la práctica, es mal ejercida y contribuye a la impunidad política o a la punición selectiva, también común en otros tribunales penales de Brasil.

La conclusión de los investigadores sobre la competencia del STF para juzgar políticos aforados es, por tanto, que ese órgano no logra cumplir su misión en ese campo particular (Falcão, Hartmann, Almeida & Chaves, 2017, p. 10):

La misión institucional del Supremo [STF] en los procesos de foro privilegiado no es condenar o absolver, sino garantizar la tramitación adecuada y viabilizar el juzgamiento de mérito de los casos que a él llegan. Debido a las características propias del foro privilegiado en el tribunal, hace varios años el Supremo no logra cumplir esa misión. Los datos muestran que el tiempo para la publicación de las sentencias, el tiempo en conclusión al revisor, la duración y el exceso de recursos internos y, por encima de todo, la abrumadora frecuencia de declinación de competencia, perjudican el procesamiento de investigaciones y acciones penales. Propuestas de

cambio de reglas de foro privilegiado podrían impactar el 95 % de las acciones penales que se tramitan en el Supremo [STF]<sup>146</sup>.

La experiencia colombiana puede ser fuente de inspiración para Brasil en el sentido de dejar a la Corte Suprema de Justicia, equivalente al Superior Tribunal de Justicia, el rol de decidir los casos penales de todo orden, incluidos los casos vinculados a políticos aforados o la mayor parte de ellos.

Esa competencia, sumada a la legitimación de los mismos actores políticos para actuar en el control de constitucionalidad concentrado, transformó al STF en una arena de judicialización de la política y, también, de judicialización del ejercicio de la actividad política, lo que aumenta el riesgo de uso del proceso penal para la práctica de *lawfare*.

Para evitar ese riesgo, es necesario contar con jueces con una fuerte formación democrática, preparados para proteger las garantías ciudadanas aplicables en el ámbito penal. Por otro lado, es conveniente que los jueces que actúan en los casos de políticos aforados pertenezcan a una corte alejada de la competencia para decidir temas de naturaleza eminentemente política, so pena de contaminar los procesos penales con la carga de tensión política típica de la judicialización de la política.

El diseño del sistema penal colombiano, no inquisitorial, en el que existen un juez de garantías y tribunales penales competentes para decidir los casos que involucran ilícitos cometidos por políticos aforados, parece más apto para dar una respuesta más efectiva a la impunidad de los actores políticos, si se compara con el modelo de Brasil, tema que exige un estudio específico.

---

<sup>146</sup> Traducción libre de la autora de: “A missão institucional do Supremo nos processos do foro privilegiado não é condenar ou absolver, é garantir a tramitação adequada e viabilizar o julgamento de mérito dos casos que a ele chegam. Devido a características próprias do foro privilegiado no tribunal, há vários anos o Supremo não consegue cumprir essa missão. Os dados mostram que o tempo para publicação de acórdãos, o tempo em conclusão ao revisor, a duração e o excesso dos recursos internos e, acima de tudo, a avassaladora frequência do declínio de competência prejudica o processamento de inquéritos e ações penais. Propostas de mudança das regras do foro privilegiado poderiam impactar 95% das ações penais que tramitam no Supremo”.

El perfil de la litigiosidad del STF, que incluye tantos temas ajenos a la agenda pública ciudadana, sumado a las prácticas institucionales poco transparentes, como se verá más adelante, debilita la confianza ciudadana en la institución, en comparación con las prácticas institucionales colombianas.

La competencia de la Corte Constitucional colombiana, prevista en el artículo 241 de la Constitución, también es amplia e involucra:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución<sup>147</sup>.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley.

---

<sup>147</sup> Excusa de prestar declaraciones bajo juramento ante el Congreso de la República y sus cámaras.



Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

12. Darse su propio reglamento.

La legitimidad para accionar ante la corte es amplísima. Cualquier ciudadano puede ejercer la acción pública de control abstracto de constitucionalidad (Const. 1991, art. 242-1, 2019), que se considera como un derecho político individual (Const. 1991, art. 40-6, 2019).

Además, el artículo 243 de la Constitución refuerza el modelo judicial de control de constitucionalidad, al prohibir respuestas legislativas a decisiones de fondo de la corte, mientras exista en la Constitución el dispositivo que generó la decisión de inconstitucionalidad (Roa, s.f., pp. 8-9).

El listado de competencias anteriormente mencionado evidencia algunas características del control de constitucionalidad en Colombia, entre las que se destacan: (i) la amplia legitimación ciudadana para acceder a la corte; (ii) un fuerte control de los vicios de forma, lo que no ocurre en Brasil de modo frecuente, más por un “pasivismo judicial” (Bustamante & Bustamante, 2016) y una frágil cultura de control de la democracia procedimental, que por falta de competencia implícita o de provocación de actores interesados, y (iii) control abstracto de la exequibilidad de los tratados internacionales, lo que implica hacer el control preventivo de su adecuación al orden jurídico interno del país.

Por creación jurisprudencial, se agregó el control de las enmiendas a la Constitución, que reforzó las competencias de la corte (Roa, s.f., pp. 10-12), a partir de la tesis de la sustitución constitucional, que veda al constituyente derivado introducir cambios en aspectos considerados como estructurantes de la Constitución. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional colombiana se

aproxima a la jurisprudencia brasileña, que también admite el control constitucional de las reformas a la Constitución o la declaración de inconstitucionalidad de enmiendas a la Constitución.

Ese control involucra aspectos materiales (de contenido) y formales (observancia de la competencia y de los procedimientos parlamentarios para la aprobación de las enmiendas), tanto en Brasil, como en Colombia, con la diferencia de que, en Brasil, las cláusulas pétreas son explícitas. Además, en este país, hay una disposición normativa que prohíbe circunstancialmente las reformas constitucionales, cuando el país está bajo alguna de las modalidades de estado de excepción previstas en la Constitución (estado de defensa, estado de sitio e intervención federal).

Cabe anotar que en la Corte Constitucional colombiana también es posible identificar **tres cortes** en una sola: la corte que hace el **control concentrado y abstracto de las normas**; la corte que hace la **revisión constitucional de los casos concretos objeto de acciones de tutela** y la corte que dicta sentencias estructurales, hace el **seguimiento de tales decisiones** y emite **autos de seguimiento** que evalúan y corrigen la implementación de las órdenes expedidas.

El examen estadístico<sup>148</sup> de los casos que tramita la corte comprueba que el seguimiento de las sentencias estructurales creció, en la medida que disminuyó el número de tutelas seleccionadas. Eso puede indicar que las decisiones en acciones de tutela anteriormente expedidas dieron cuenta de una parte significativa de los casos de violación fáctica presentados ante la corte, lo que hace que la cuestión no necesite un nuevo pronunciamiento judicial, sino el acompañamiento de la implementación de las políticas públicas ya determinadas.

---

<sup>148</sup> Las estadísticas acerca del número de casos de cada tipo están disponibles en la página web de la corte ([www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)), y se encuentran al final de la tesis como Anexo VI.

En ese sentido, es probable que el desplazamiento interno sea el más importante y persistente fenómeno generador de violaciones de derechos fundamentales en Colombia, y que, una vez resuelta “jurídicamente” la cuestión estructural relativa a las políticas públicas que deben ser dispuestas por el Estado para atender a las víctimas del problema (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-025, 2004, Manuel José Cepeda Espinosa), el campo de discusión se traslade al seguimiento de la implementación de tales políticas y a la investigación de las causas del fenómeno.

Esa cuestión gana relevancia hoy, ante el incremento de la violencia en el campo, por medio del sistemático asesinato de líderes campesinos, indígenas, ambientales y sociales, a pesar de la firma del acuerdo de paz. Los asesinatos evidencian que la disputa por la ocupación de territorios donde viven los grupos amenazados está en el origen de la violencia y de los desplazamientos internos, independientemente de la desmovilización o no de grupos guerrilleros, lo que también tiene relación con la protección del derecho al agua, que se ve amenazado por las disputas por el dominio y el uso de las tierras y fuentes de agua.

El examen, por muestreo, de los casos relativos al derecho al agua indicará aspectos específicos de la práctica deliberativa de la Corte Constitucional en diferentes tipos de decisión (control abstracto y concreto de constitucionalidad y decisiones complejas). También evidenciará los mecanismos deliberativos utilizados para mantener la coherencia y la integridad de las decisiones, como la reiteración de jurisprudencia, las sentencias de unificación y las decisiones estructurales de protección al derecho en los planos individual y colectivo.

Como ya se mencionó, ese es un campo que permite identificar los diversos tipos de respuestas e interacciones dialógicas que utiliza la corte para proteger un **derecho fundamental**. Además, permite identificar **respuestas innovadoras** que no estuvieron presentes en tutelas concedidas con base en el

**constitucionalismo de matriz liberal y democrática**, sino en institutos del **constitucionalismo pluralista**, como los casos en que reconoce a entes de la naturaleza como sujetos especiales de derecho.

El campo del derecho al agua también es relevante para identificar derechos, bienes y servicios que no pueden ser sometidos a la lógica mercantilista sin vulnerar su esencia y sin poner en riesgo la propia vida humana. Justifica, además, que se opte por tratar la cuestión ambiental de forma inseparable de los demás derechos fundamentales, fortaleciendo la idea de indivisibilidad de los DESCAs.

Para entender otro elemento constitutivo de la experiencia colombiana, es relevante comprender la importancia de las prácticas institucionales de su Corte Constitucional y el papel que estas juegan en la **resiliencia** (Sadursky, 2019) y **estabilidad** (Landau, 2015) de la institución. Tales prácticas, alineadas con su diseño, son fundamentales para que, al mismo tiempo, la corte haya logrado preservar su **independencia** ante los demás poderes, mantener la **confianza institucional** ante la sociedad y conseguir el **reconocimiento y la legitimidad de sus decisiones**, que preservan un grado elevado de calidad, coherencia y previsibilidad. Desde el punto de vista de su **gestión administrativa**, también logró implementar cuidados relacionados con la **rendición de cuentas** y la **transparencia institucional**, que son factores que generan confianza institucional.

### **3.3. Prácticas institucionales y aspectos críticos del funcionamiento del STF y de la Corte Constitucional colombiana. *Accountability* y confianza institucional**

André Rufino do Vale (2015) identifica diez puntos, a partir de los cuales propone un decálogo de carácter normativo para orientar las prácticas deliberativas de los tribunales constitucionales. Tal decálogo indica que la deliberación en esos tribunales debe estar inspirada en principios de transparencia; independencia

interna y externa de los miembros de la corte; prevalencia de la colegialidad; mantenimiento de la unidad institucional; cooperación; integridad de las decisiones; representatividad discursiva, para que el contenido de las decisiones sea asequible para la ciudadanía; amplitud informativa y cognitiva, con apertura del proceso a la intervención de expertos y de la sociedad, e inclusividad y diversidad de las razones, con la apertura del proceso a *amicus curiae* y afectados.

El autor (Vale, 2015), que analizó comparativamente la deliberación constitucional en el Tribunal Constitucional español y en el STF, resalta que hay características de los modelos vigentes en los dos países que tienen una explicación histórica, están consolidadas y difícilmente cambiarían, entre ellas, la deliberación pública, en Brasil, y “secreta”<sup>149</sup>, en España. Eso, defiende el autor, no impide que otros aspectos de la deliberación puedan ser perfeccionados para mejorar el estilo deliberativo de una corte constitucional (independientemente de la deliberación pública o cerrada), con lo que se está de acuerdo.

En la comparación que se realiza, se observa que hay aspectos del funcionamiento del STF y de la Corte Constitucional colombiana vinculados a prácticas de gestión administrativa y a procesos internos de deliberación que pueden ser perfeccionados, a fin de aumentar el grado de transparencia y confianza (*accountability*)<sup>150</sup> en la institución, así como su estabilidad, pese a las

---

<sup>149</sup> Se trata de una deliberación cerrada, esto es, no abierta al público, pero no necesariamente “secreta”. La Corte Constitucional colombiana tiene sesiones públicas para algunos temas (la selección de tutelas, por ejemplo) y cerradas para otros (las sesiones deliberativas sobre los casos que examina). Además, tiene votaciones “secretas”, propiamente dichas, en las cuales cada magistrado emite su voto sin que los demás conozcan su tenor, como es el caso de las votaciones que tienen un fin electoral, hechas mediante papeleta, conforme al reglamento de la Corte Constitucional. La deliberación pública, en el caso de Brasil, parece apropiada, ante a la cultura autoritaria del país. En ese contexto, la deliberación pública puede proteger mejor la independencia funcional, ante las presiones internas, y permitir el control ciudadano de los argumentos en favor y en contra de los temas debatidos. La deliberación pública excluye el riesgo de presión externa en momentos autoritarios, como en recientes episodios ocurridos en Brasil, cuando militares manifestaron públicamente su opinión acerca de temas que serían votados por la corte, antes de la sesión de deliberación. Tal fenómeno es preocupante, por la historia reciente de dictadura militar en el país, con una intervención directa en el STF como mecanismo de concentración del poder del régimen.

<sup>150</sup> Cabe anotar que la preocupación con los mecanismos de ética y transparencia institucional está presente en otros tribunales constitucionales del mundo. En ese sentido, cítase el Tribunal Constitucional Alemán,

fragilidades institucionales que tiene cualquier tribunal ante los poderes abusivos (Sadursky, 2019, y Landau, 2015).

Por esa razón, se seleccionaron cuatro puntos, casi todos considerados críticos en el funcionamiento del STF y pasibles de perfeccionamiento, cuyo análisis comparativo con una corte que valora la confianza institucional como elemento esencial para proteger su independencia e imparcialidad puede ser útil para inspirar necesarios cambios en la cultura institucional de Brasil. Los aspectos de la práctica institucional que serán analizados, y que contemplan algunos de los puntos propuestos por Vale (2015), se centran en los factores que generan transparencia, respeto a la colegialidad, coherencia e integridad de las decisiones. Estos puntos son: a) acceso a la información procesal y administrativa; b) agenda institucional; c) relación con la prensa y d) colegialidad y deliberación (incluidos los esfuerzos de integridad y coherencia).

Otros aspectos relevantes para la calidad de la deliberación en DESCAs, que también son relevantes para la aplicación del modelo deliberativo propuesto, se refieren a la apertura dialógica de la corte para interactuar, por medio de diferentes tipos de diálogo, con actores externos a la institución.

Se considera que la apertura a la deliberación dialógica debe ser incorporada a las prácticas institucionales como principio general, lo que ya existe en las dos cortes examinadas, en mayor o menor grado. Tal apertura dialógica debe ser pensada, sin embargo, como una práctica institucionalizada, a partir de las exigencias de imparcialidad e independencia de la corte, pero con apertura a las necesidades del **caso concreto**.

Tales procesos dialógicos también deben ser sometidos a los principios que fundamentan la aplicación de los derechos humanos y la implementación de políticas públicas a partir del enfoque basado en derechos (EBD), es decir:

---

que recientemente aprobó un código de conducta para sus miembros (The Federal Constitutional Court – Germany, 2017).

transparencia, rendición de cuentas, inclusión, igualdad y no discriminación, de modo que entre el contenido de la deliberación y el método de trabajo se produzca un círculo virtuoso (Uprimny, 2018) para hacer efectivos los DESCA, lo que se analizará a partir de los casos seleccionados.

Por tanto, a continuación, se examinarán algunos aspectos relativos a prácticas de transparencia y confianza institucional vinculadas a la gestión de información y de procesos internos de deliberación que necesitan ser mejorados para que los diálogos externos encuentren un ambiente democrático, transparente, independiente e imparcial para promoverlos y escucharlos.

### **3.3.1. El acceso a la información procesal y administrativa**

Las cortes constitucionales de Brasil y Colombia poseen en sus páginas web<sup>151</sup> información amplia acerca de las decisiones proferidas, del acervo procesal y de las reglas de su funcionamiento.

La política de acceso a la información es semejante en los dos países. De tal modo, es posible conocer el reglamento interno de ambos tribunales, los casos pendientes y su situación procesal, los costes de la actividad judicial<sup>152</sup>, el número de funcionarios de las cortes y los salarios de magistrados y funcionarios. Ambos países aseguran el acceso a la información a cualquier ciudadano, que puede, además, requerir el acceso a otros datos que no estén disponibles en línea.

La Corte Constitucional colombiana ofrece dos informaciones al público que no son ofrecidas en Brasil: el extracto de la declaración juramentada de bienes, rentas y la actividad económica privada de los magistrados y las hojas de vida de los asesores de cada magistrado. Tales informaciones se encuentran

---

<sup>151</sup> Ver Supremo Tribunal Federal (2019), recuperado de <http://portal.stf.jus.br/>, y Corte Constitucional (2019), recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/>.

<sup>152</sup> En Brasil, la obligación de publicar informaciones relacionadas con gastos del poder Judicial está prevista en la Resolución 102 del Consejo Nacional de Justicia (Resolução 102, 2009) e incluye la obligación de publicar los salarios de los magistrados.

en el campo de la página dedicado a la “transparencia” y la “información al público”.

Llaman la atención estos dos aspectos, porque en Brasil los magistrados pueden ejercer algunas actividades concomitantes con la magistratura, como la docencia. Además, en los tribunales superiores, los magistrados suelen tener un gran número de asesores calificados que los auxilian en la tarea de redactar los proyectos de sentencias, temas que, por tanto, merecerían ser incluidos en el listado de informaciones disponibles para el público. La declaración de bienes está protegida por el sigilo fiscal en Brasil, pero es informada anualmente a los tribunales. Los salarios cobrados están dentro de la información publicada en línea.

En materia de transparencia institucional, la cantidad de información disponible en Brasil parece ser mayor que la publicada en Colombia, pues incluye las **estadísticas** del sistema de justicia y el tratamiento de sus datos.

Eso no solo tiene que ver directamente con el STF, sino con el trabajo que hacen el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y su Departamento de Investigación, que realizan los análisis estadísticos del acervo procesal del país, muy útiles para la planificación de la gestión del poder Judicial y para fomentar investigaciones académicas.

En lo que se refiere al STF, el CNJ produce un análisis anual de su trabajo por medio de la herramienta “Supremo en Acción” (Conselho Nacional de Justiça, 2018b), que ofrece información al público acerca del número de acciones recibidas por la corte, las partes involucradas y su objeto, disponible en la página web del consejo<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Al respecto: ver “Supremo en Acción” (Conselho Nacional de Justiça, 2018b). Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>. Esto no suprime la necesidad de investigación crítica de los datos disponibles, para saber qué y cómo se mide, cómo se analiza y qué es lo que no se mide y no se analiza.



Los datos disponibles en estos análisis confirman los analizados por el proyecto “Supremo en Números”, en cuanto al número de procesos pendientes, las materias preponderantes y el origen de los recursos que llegan al tribunal. Demuestran, inclusive, la disminución de los recursos presentados ante el STF a lo largo de los últimos años, lo que puede indicar que los efectos vinculantes de sus decisiones empiezan a generar alguna descongestión judicial.

Según tales análisis, entre las demandas sobre derechos fundamentales, se nota el incremento del derecho laboral en el orden del día del STF, además de temas vinculados a derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión y la presunción de inocencia, que sufrieron restricciones en recientes normas o políticas de Estado.

El derecho laboral y todo el sistema de protección al trabajo productivo están en conflicto directo con los pilares de la política económica neoliberal, a pesar de lo que diga la Constitución de Brasil, lo que explica la presencia destacada de la materia en la agenda institucional del STF, ante las reformas regresivas implementadas en el país.

La regresión en materia laboral observada en Brasil también se da por la pretensión de extinguir toda la estructura estatal de protección al trabajo (legislación laboral, Ministerio del Trabajo, Ministerio Público del Trabajo y justicia laboral), en consonancia con lo que advierte Ginsburg (2017) en el sentido de que se trata de una forma de desestabilizar la democracia, atacando la burocracia y la estructura estatal vinculada a la protección de algún sector o derecho.

Los temas ambientales y del agua pasan por un proceso semejante en Brasil, inclusive con el vaciamiento del Ministerio de Medio Ambiente y de los consejos y órganos de fiscalización ambiental y con la pretensión de privatizar el suministro de agua, entre otras cuestiones que también deben llegar al STF, lo

que indica la probabilidad de que aumente la inclusión de temas ambientales en la agenda del STF.

En la perspectiva de inserción internacional, tanto la Corte Constitucional colombiana como el STF disponen de espacios destinados a la comunidad internacional en sus sitios web. En el caso del STF, hay informaciones genéricas sobre distintas cortes del mundo, incluida la Corte Constitucional colombiana, y sobre algunas de sus decisiones, lo que atiende más a la finalidad de difundir el trabajo de otras cortes dentro de Brasil, que de difundir al propio STF en el exterior.

En el caso de la Corte Constitucional colombiana, a diferencia de lo anterior, hay informaciones sobre su labor claramente dirigidas a un público internacional. Por ejemplo, están traducidos al inglés los resúmenes de las decisiones de casos considerados emblemáticos<sup>154</sup>, lo que revela el interés de la institución en difundir su trabajo y, también, atender la demanda extranjera de acceso a algunas de sus decisiones.

Ambos tribunales han proferido decisiones relevantes y reconocidas internacionalmente en el campo de los derechos fundamentales, lo que demuestra que ambas cortes son objeto de interés del derecho comparado o de organizaciones internacionales.

En 2018, por ejemplo, la sentencia T-543 de 2017 (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 2017), M.P. Diana Fajardo Rivera, que reconoció el derecho a la difusión de publicidad acerca de los riesgos de las bebidas azucaradas, recibió el “Premio global a la libertad de expresión” de la Universidad de Columbia (Nueva York), en la categoría de norma legal significativa. El STF, por su parte, obtuvo la declaración como “patrimonio documental de la humanidad” de los expedientes relativos a los procesos en que se reconoció el

---

<sup>154</sup> En el campo del derecho al agua, una de las decisiones destacadas es la de Número T-616/2010 (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 2010), MP Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en <http://english.corteconstitucional.gov.co/Decision.php?IdPublicacion=78>.

derecho a la unión homoafectiva, que fueron objeto de las acciones ADI 4277 (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 2011) y ADPF 132 (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 2011), M.P. Ayres Brito, en ambos casos.

La información de calidad sobre el funcionamiento y las decisiones relevantes de las cortes constitucionales, además de fomentar la transparencia, facilita la difusión de su pensamiento y el uso de su jurisprudencia como fuente de derecho, lo que es muy relevante en el campo de los derechos humanos, donde el uso de jurisprudencia extranjera para la resolución de casos difíciles es común.

La difusión de las decisiones en espacios internacionales también ayuda a romper los monopolios de flujos de ideas, para fomentar diálogos judiciales a partir de casos y problemas de países del sur. Esto es fundamental en el campo de los DESCAs, por los desafíos diferenciados que enfrentan países de la región, especialmente de América del Sur, debido a la similitud de problemas por enfrentar, muchos de ellos originados en cuestiones comunes de orden geopolítico, como se verá.

La transparencia relativa a las informaciones administrativas y la difusión de su jurisprudencia son puntos relevantes de las prácticas institucionales de ambas cortes, que puede ser objeto de intercambio y perfeccionamiento recíproco, como en los ejemplos de buenas prácticas antes mencionados.

### **3.3.2. La agenda institucional**

El STF y la Corte Constitucional colombiana publican en línea las agendas de juzgamiento de los procesos, en las que se difunde el “orden del día” (*pauta*, en portugués) con la lista de los casos que serán decididos en cada sesión.

Aunque el orden del día sea fijado, en ambos casos, por el Presidente de la Corte, los criterios para su fijación y modificación, en el caso colombiano, están

previstos en el reglamento de la Corte Constitucional (Sala Plena de la Corte Constitucional, Acuerdo 02, 2015), lo que torna más transparente tal proceso, interna y externamente. Ambas cortes realizan sesiones ordinarias y extraordinarias para sus deliberaciones.

En el caso del STF, el presidente tiene discrecionalidad para indicar los procesos que colocará en el orden del día, a partir de un acervo procesal mucho más amplio que el colombiano. Eso hace que cada presidente del STF tenga una especie de agenda temática propia, que no depende necesariamente de la urgencia del caso, del orden de ingreso de la acción a la corte ni de criterios estrictamente objetivos, sino contingentes, temáticos y hasta políticos, que marcan un **estilo personal de gestión**.

Por otro lado, los magistrados, individualmente, también pueden decidir sobre la agenda institucional, de dos modos distintos: (i) liberando o no el caso para decisión del colegiado o (ii) pidiendo la vista del proceso, lo que impide la votación de los demás. Cabe destacar que esa cuestión es objeto de duras críticas entre los analistas del STF.

Mientras en la Corte Constitucional de Colombia los plazos de vista de los procesos son de ocho días, en Brasil son de cerca de quince días o de dos sesiones del tribunal pleno. Sin embargo, en la práctica, tales plazos, no tienen límites en el STF. Al respecto, fue posible verificar que, al 21 de septiembre de 2018, había procesos con juzgamiento interrumpido desde 2009, por pedidos de vista, sin devolución de los expedientes. Tal información es pública y se puede encontrar en la página web del propio STF<sup>155</sup>. Entre los casos parados hay algunos, inclusive, con mayoría formada y conocida, pues los votos son públicos.

En cuanto a los casos que serán decididos, la Corte Constitucional colombiana selecciona las acciones de tutela que revisará, mediante un

---

<sup>155</sup> Al respecto, ver: Supremo Tribunal Federal, 2018, Pedidos de vista. Disponible en: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processoPedidoVistaDevolvido>. Acceso en 23.09.2018.

procedimiento previsto en su reglamento, que mantiene la discrecionalidad en la selección, pero intentando hacerlo sin arbitrariedad<sup>156</sup>. El proceso incluye: (i) la preselección de los casos; (ii) su posterior selección por una sala y (iii) la posibilidad de insistencia en la selección por pedido de un magistrado titular, del Procurador General de la Nación, del Defensor del Pueblo o de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Las insistencias son examinadas por una sala distinta de la que decidió no seleccionar la tutela.

El proceso de preselección de las tutelas se hace a partir de resúmenes esquemáticos de los casos, hechos por estudiantes en pasantía, con base en los criterios establecidos por la corte. Tal proceso es supervisado por la Unidad de Análisis y Seguimiento de Tutelas, formada por nueve funcionarios de la corte, uno por cada despacho de los nueve magistrados. En tal selección, se tiene en cuenta la observancia de la jurisprudencia de la corte y el cumplimiento de sus precedentes.

Para mantener el esfuerzo de producir decisiones con efecto estructural, la Unidad de Análisis y Seguimiento de Tutelas produce informes (art. 54, letra “h”, del reglamento de la corte) acerca de los principales temas sobre los que versan los expedientes que llegan a la corte; los problemas jurídicos más relevantes sobre la interpretación de un determinado derecho fundamental o el funcionamiento de la justicia constitucional; la existencia de situaciones estructurales o coyunturales que afecten a un número importante de poblaciones vulnerables y eventuales casos de corrupción relacionados con la concesión de amparos.

Además, conforme al artículo 54, letras “i” y “k”, del reglamento de la corte (Sala Plena de la Corte Constitucional, Acuerdo 02, 2015), la unidad de selección genera estadísticas que permiten identificar: las entidades que reinciden en la

---

<sup>156</sup> Es posible cuestionar, con relevantes razones, la elección de algunos casos o la no selección de otros. No obstante, se nota en gran medida el esfuerzo por hacer objetiva la selección y por implementar mecanismos de control, con participación interna y externa, para evitar o reducir las selecciones arbitrarias o irrazonables.

vulneración de derechos fundamentales, los problemas jurídicos significativos del Estado que deben ser analizados y los temas novedosos que deben ser seleccionados. Así mismo, informa a la Sala Plena acerca de los expedientes de tutela que desconozcan la jurisprudencia de la corporación, para que se adopten las medidas legales pertinentes o se profieran sentencias con efectos extensibles a casos semejantes.

La selección se hace en audiencia pública, y la distribución de los casos entre los diferentes despachos se hace por sorteo. Miles de casos llegan cada año a la corte. De acuerdo con las estadísticas disponibles (ver anexo VI de la tesis), en los últimos diez años, fueron seleccionados **667,37** casos nuevos por año, en promedio, con un mínimo de 287 casos, en 2011, y un máximo de 727 casos, en 2017. Los casos no seleccionados hacen tránsito a cosa juzgada.

En el caso de Brasil, el hecho de no poder seleccionar oficialmente los casos que serán decididos hace que la Corte, en la práctica, muchas veces **decida sin decidir**, simplemente por **no poner los casos a disposición del colegiado para decisión** o por **crear hechos consumados**.

Diego Werneck Arguelhes y Leandro Ribeiro (Arguelhes & Ribeiro, 2018, p. 21) afirman que, en el STF:

[e]n la práctica [...], para que pueda haber una decisión, es necesario que: 1. el ponente libere el caso; 2. el presidente incluya el caso en el orden del día; y 3. ninguno de los otros ministros decida pedir vista para impedir la conclusión del juzgamiento<sup>157</sup>.

Un caso concreto mencionado por los autores (Arguelhes & Ribeiro, 2018, p. 21) es el *impeachment* de la presidenta Dilma Roussef, cuyos recursos nunca fueron decididos por el STF. Esto permitió que un caso *sub judice*, aunque con

---

<sup>157</sup> Traducción libre de la autora de: “Na prática, portanto, para que possa haver uma decisão, é preciso que: 1. o relator libere o caso; 2. o presidente inclua o caso em pauta; e 3. nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento”.

poca probabilidad de reversión, como destacan los autores, produjera efectos políticos concretos, como la posesión de un presidente que cambió diversas políticas públicas, impulsó reformas a la Constitución y hasta nombró un nuevo ministro en el STF.

Esos poderes individuales de formación de la agenda y de veto al plenario convierten al STF en un tribunal muy poco transparente y previsible en términos de su agenda de decisiones.

El hecho de que no se sepa cuándo y en qué contexto político o social serán proferidas las decisiones hace que cuestiones graves de la vida nacional, objeto de recursos pendientes en el tribunal, produzcan efectos en la práctica por ausencia de decisión o, todavía más grave, por la decisión cautelar de un solo magistrado, muchas veces con impactos políticos y financieros importantes. En los temas ambientales o relativos a la aplicación de algunos derechos fundamentales que llegan a la corte, eso no es diferente, lo que debería cambiar. Por ejemplo, la protección al agua tiene una atención insuficiente de la corte, que no reconoce, hasta el momento, ni el derecho fundamental ni la centralidad de esa cuestión para la protección de otros derechos.

### **3.3.3. La relación con la prensa**

Las dos cortes poseen una Oficina de Prensa, pero en la Corte Constitucional colombiana, además de producir noticias periodísticas sobre sus decisiones, esa oficina emite **comunicados oficiales de prensa** y realiza **ruedas colectivas de prensa**, para informar acerca de las decisiones tomadas por las diferentes salas o por la Sala Plena.

Es importante destacar que tales informes son necesarios, porque las sesiones de toma de decisión de la Corte Constitucional colombiana no son públicas, como ya se ha mencionado, de modo que los informes sirven para darle publicidad al contenido de las sentencias, antes de su publicación. En las ruedas

de prensa, generalmente se entrevista al presidente o presidenta de la corte sobre el contenido de la decisión objeto de difusión. Estos actos y los comunicados de prensa son publicados en línea, posteriormente.

En Brasil, además de ser públicas, las sesiones de la corte son televisadas, como ocurre en México. La experiencia, a lo largo del tiempo, indica que esa exposición televisiva cambió la forma como deciden los magistrados. Hay coincidencia entre la creación de la “*TV Justiça*” y el aumento de la extensión de las decisiones, así como una disminución de la productividad del órgano pleno y un aumento del protagonismo de los magistrados en decisiones individuales (Fonte, s.f.).

No hay consenso entre los estudiosos sobre las ventajas y desventajas del procedimiento (Hartmann, et al., 2017). Los defensores consideran que la práctica aumenta la legitimación democrática de la corte (Hartmann, et al., 2017, pp. 40-41). Los que son contrarios argumentan, por ejemplo, que la deliberación en público disminuye la franqueza y la posibilidad de cambiar de opinión (Hartmann, et al., 2017, pp. 41-42).

Por otro lado, se considera que la exposición televisiva potencia el riesgo de insuflar egos y vanidades y de promover discusiones acaloradas, provocadas por la propia exposición mediática. Además, las sesiones son largas, por el estilo *seriatim* de votos, y tienen un lenguaje técnico, generalmente poco asequible para los legos y, por tanto, poco útil para fines educativos.

No se considera que las transmisiones televisivas hayan contribuido a la democratización del órgano o al aumento de la confianza institucional. Contribuyeron, es cierto, a la “popularización” del órgano y de la figura pública de sus magistrados, lo que no es necesariamente lo mismo.

La exposición mediática de la corte, especialmente de sus puntos negativos o débiles, puede tener un efecto democratizador, que serviría para



perfeccionarla. Pero en un ambiente autoritario, como es el caso de Brasil, puede servir de pretexto para deslegitimarla, justificando ideas relativas a su extinción o vaciamiento, a partir de los problemas generados por sus propios errores, lo que tampoco sirve al propósito democrático de perfeccionar el sistema de frenos y contrapesos previsto en la Constitución.

Un aspecto negativo del uso de la “TV Justicia” en los últimos años fue darle una **difusión selectiva** a casos penales que involucraron a algunas personalidades públicas, reforzando la imagen de **parcialidad** en el tratamiento de casos semejantes y de excesiva búsqueda de apoyo mediático. Tal práctica fue estimulada por canales privados de televisión, ávidos de noticias de casos con potencial político de transformarse en *lawfare*.

La credibilidad de la corte no aumentó con la exposición de esos casos en medios televisivos. Al contrario, la división interna, las críticas y la desconfianza institucional aumentaron, lo que se nota especialmente a partir del *impeachment* de 2016, por las incoherencias en decisiones penales sobre casos semejantes que involucran a partidos políticos diferentes. Esto, entre otros factores, generó el actual debate político sobre su reforma.

Una buena forma de exposición mediática de un tribunal, que también amplía su transparencia, puede ser el buen uso de su página web para la transmisión de información relevante al público, y el uso comedido de las redes sociales, con el fin de prestar información de utilidad pública, en un lenguaje asequible y con una finalidad educativa. En ese sentido, es positivo el uso de la TV Justicia para la difusión de programas educativos en diversos campos del derecho.

También es relevante un buen uso de las redes sociales, como el que hace la Corte Constitucional colombiana al difundir los vídeos de sus encuentros periódicos (de carácter científico), de las conferencias que realiza con invitados

internacionales del campo del constitucionalismo comparado, de sus sentencias y de las audiencias públicas que realiza.

En cuanto al relacionamiento de la corte y de sus miembros con la prensa ordinaria, tal cuestión genera muchas críticas en Brasil. Es común la presencia del presidente y de otros magistrados del STF en noticias periodísticas. No hay comunicados de prensa ni ruedas de prensa oficiales como rutina del tribunal, ni contención individual a la exposición.

Esa práctica institucional (comunicados y ruedas de prensa oficiales) podría favorecer el control de la información prestada en nombre del órgano, diferenciándola de la opinión individual de los magistrados que lo componen, que, además, tienen restricciones éticas para manifestar su opinión, conforme al Código de Ética de la Magistratura de Brasil, que no siempre es observado.

La relación del STF y de sus miembros con la prensa es objeto de críticas contundentes, por ejemplo, de parte de Arguelhes y Ribeiro (2018) y de Falcão y Arguelhes (2017). Entre otros problemas, estos autores consideran que el comportamiento observado, sumado a los bloqueos de agenda, se utiliza para aumentar el poder político individual del magistrado con relación al colegiado e imponer una **agenda propia**, lo que también es factor de desconfianza institucional.

Bustamante (2018, p. 716) considera que las manifestaciones de los magistrados funcionan como *obiter dicta* indirectos, porque representan “actos de habla judiciales” que poseen un “componente performativo y generan consecuencias para los participantes de la práctica jurídica”.

Tales actos de habla, cuando son pronunciados por fuera del momento procesal en que el magistrado debería decidir y/o por fuera del límite de su competencia funcional, pueden configurar actos de habla abusivos u *obiter dicta* abusivos.

La tarea positiva de explicitar todas las situaciones en que los jueces están autorizados a pronunciar *obiter dicta* es probablemente irrealizable. No obstante, es posible proceder de manera negativa y delimitar situaciones en que los jueces no tienen autoridad moral para pronunciarse, pues sus pronunciamientos generan efectos sistémicos indeseados y pueden interferir en decisiones que el Poder Judicial no tiene legitimidad para tomar. En esos casos, los jueces pueden comprometer, de manera autoritaria, y no autoritativa, el funcionamiento de las otras instituciones. Llamemos los *obiter dicta* pronunciados en esas situaciones *obiter dicta* abusivos. (Bustamante, 2018, p. 725)<sup>158</sup>.

En el sentido antes mencionado, en Brasil, la relación de los magistrados con la prensa puede generar los efectos sistémicos indeseados mencionados por el autor, lo que también se observa en el STF, en lo que se refiere a la relación entre el magistrado y el colegiado, como se verá en el siguiente apartado. Sin embargo, es importante observar, en análisis específicos, aspectos de la legislación de Brasil que determinan que el magistrado actúe de oficio o comunique ilícitos, riesgos e irregularidades administrativas a otras autoridades<sup>159</sup>.

La contención del magistrado en sus pronunciamientos públicos hace parte de la formación de la cultura democrática necesaria para el adecuado ejercicio de su profesión. En ese sentido, las prácticas institucionales de la Corte Constitucional colombiana cumplen mejor con tal requisito.

En Colombia, sin embargo, la relación de la corte con la prensa es objeto de críticas, especialmente por los malentendidos que puede generar la difusión

---

<sup>158</sup> “A tarefa positiva de explicitar todas as situações em que os juízes estão autorizados a pronunciar *obiter dicta* é provavelmente irrealizável. Não obstante, é possível proceder de maneira negativa e delimitar situações em que os juízes não têm autoridade moral para se pronunciar, pois os seus pronunciamentos geram efeitos sistêmicos indesejados e podem interferir em decisões que o Poder Judiciário não tem legitimidade para tomar. Nesses casos, os juízes podem comprometer, de maneira autoritária, em vez de autoritativa, o funcionamento das outras instituições. Chamemos os *obiter dicta* pronunciados nessas situações de *obiter dicta* abusivos” (Bustamante, 2018, p. 726). Traducción libre de la autora.

<sup>159</sup> Son ejemplos de obligaciones del juez en Brasil, so pena de responsabilidad funcional: comunicar los ilícitos penales de naturaleza pública de los cuales tenga conocimiento en razón de los casos que debe decidir, y comunicar las irregularidades administrativas, fiscales y tributarias de algunos tipos previstos en ley. También es un deber funcional prevenir daños futuros, comunicando a las autoridades competentes las situaciones de riesgo examinadas en los procesos que pueden afectar a otros sujetos en idéntica situación vulnerable (riesgos laborales, por ejemplo).

de comunicados de prensa antes de la publicación de las sentencias. Lo mismo pasa en Brasil, cuando se difunden minutas de decisiones que todavía no han sido publicadas.

Cabe destacar que hay casos cuyas decisiones tardan mucho en ser publicadas de manera íntegra, como la sentencia sobre la prohibición del uso de asbesto en Brasil, que más de un año después de la deliberación, no había salido a la luz<sup>160</sup>. Ese caso específico puede indicar, además, otra forma de bloqueo individual al órgano colegiado, como se mencionará más adelante.

Se considera que tener acceso a información célere y transparente sobre las deliberaciones de las cortes es de interés público. En Colombia, el ideal es publicar un comunicado objetivo y fiel a lo decidido, cuando las sentencias no pueden ser publicadas inmediatamente. Los comunicados de prensa de la Corte Constitucional colombiana parecen cumplir tal papel, a pesar de las críticas, y favorecen más la transparencia que los problemas de comunicación o confianza que pueden generar. Las noticias publicadas en línea por las cortes de Brasil y Colombia también suelen brindar información objetiva y asequible, y cumplen el papel de traducir lo que fue deliberado al lenguaje ciudadano.

En Brasil, no se nota un interés por cambiar las prácticas institucionales del STF o de sus miembros en cuanto a su relación con la prensa, y ni siquiera parece haber una autocrítica suficiente, en el sentido de que el comportamiento observado es dañino para la imagen institucional. De modo que ese es un factor que merece atención, por su potencial para generar desconfianza institucional.

Es importante destacar que el comportamiento mencionado no es uniforme entre los magistrados y, a veces, revela una estrategia de defensa institucional informal, ante el mal diseño del sistema de frenos y contrapesos entre los poderes existente en el país. El cambio de las prácticas actuales

---

<sup>160</sup> ADI 3406/RJ (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 2017) y ADI 3470/RJ (Supremo Tribunal Federal, voto individual, 2017), M.P. Rosa Weber. La decisión se adoptó en agosto de 2017, pero la sentencia solo se publicó el 31 de diciembre de 2018.

demandaría un gran esfuerzo de cohesión interna que vale la pena intentar. Los mecanismos oficiales de comunicación con la prensa pueden cumplir un papel de protección institucional y de comunicación oficial de las decisiones. A partir de un esfuerzo de cohesión de los miembros de la corte, estos pueden ser más aptos para promover la protección de la estabilidad institucional, que la manifestación aislada de algún magistrado ante la prensa.

#### **3.3.4. La colegialidad y la deliberación. Los esfuerzos de integridad y coherencia**

Tanto en la Corte Constitucional colombiana como en el STF, hay decisiones de competencia de las salas y decisiones de competencia del tribunal en pleno. Estas últimas, generalmente, son aquellas relativas al control concentrado de constitucionalidad o decisiones con fuerza vinculante.

En ninguno de los dos casos, los magistrados del tribunal tienen poder reconocido en las constituciones para deliberar individualmente.

En Brasil, sin embargo, los magistrados deciden medidas cautelares o provisionales individualmente, y estas pueden producir efectos a largo plazo, sin apreciación del caso por el tribunal en pleno, situación que no tiene paralelo en otras cortes constitucionales del mundo.

El tema se agravó en 2016 (Falcão & Arguelhes, 2017), año del *impeachment* presidencial, cuando la fragmentación de la corte fue evidente. Esta situación aún persiste, dadas las tensiones provocadas por la sucesiva secuencia de actos administrativos o legislativos con supresión de derechos, que generaron muchas acciones de control concentrado de constitucionalidad, con muchas decisiones provisionales individuales:

En 2016, queda más clara una nueva dimensión del fenómeno. En general, se entendía que la fragmentación se originaba en el cúmulo de procesos. Era una adaptación o estrategia administrativa, aunque patológica. Pero, hoy, su

verdadera naturaleza sale a la luz. Además de ser un equivocado remiendo administrativo, ella es deliberadamente utilizada por los ministros. (Falcão & Arguelhes, 2017, p. 21)<sup>161</sup>.

El comportamiento individual de los magistrados del STF, según los autores (Falcão & Arguelhes, 2017, pp. 20-24), fragiliza al tribunal en pleno como órgano decisorio, de tres modos: (i) “evitar el plenario”; (ii) “emparedar el plenario” y (iii) “contrariar el plenario”.

Se “evita el plenario”, impidiéndole manifestarse sobre un caso hasta que pierde su objeto, práctica común por medio de las decisiones “monocráticas” (individuales), que evitan que el caso sea colocado en el orden del día para que la Sala Plena lo analice. Un ejemplo concreto citado por los autores es la decisión que le impidió al expresidente Lula da Silva ser ministro de Estado, a pesar de que a otros políticos en la misma situación que él se les había permitido ocupar cargos idénticos en otros gobiernos, inclusive en el gobierno del presidente Michel Temer, después de que se tomó la decisión mencionada.

Una forma de “emparedar” el plenario, según los autores, es tomar una decisión individual que torna muy costosa políticamente una decisión divergente por parte del órgano colegiado. El ejemplo mencionado por los autores es la orden de prisión del diputado Eduardo Cunha, el mismo que impulsó el *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff, horas antes de que el plenario decidiera sobre su separación del cargo. Ese tipo de presión sobre el órgano colegiado también ocurre, según los mismos autores, por medio de manifestaciones a la prensa acerca de una cuestión que será decidida por el tribunal en pleno.

Por último, los autores indican que hay un irrespeto a las decisiones del colegiado (“contrariar el plenario”), cuando los magistrados del STF incumplen

---

<sup>161</sup> Traducción libre de la autora de: “Em 2016, fica mais clara uma nova dimensão do fenômeno. Em geral, entendia-se que a fragmentação decorria do acúmulo de processos. Era uma adaptação ou estratégia administrativa, ainda que patológica. Mas, agora, sua verdadeira natureza vem à luz. Além de equivocado remendo administrativo, ela é deliberadamente utilizada pelos ministros” (Falcão & Arguelhes, 2017, p. 21).

individualmente las decisiones de la mayoría, al decidir provisionalmente, en casos futuros, en un sentido distinto al de la posición mayoritariamente asumida por la Sala Plena, manteniendo la posición individual que fue vencida.

Tal comportamiento ocurre con relativa frecuencia en decisiones polémicas y con mayorías contingentes, como la que autoriza la prisión, antes del tránsito a cosa juzgada de condenas penales (HC 126292, M.P. Roberto Barroso), sin los requisitos de la prisión cautelar, con fundamento en la Ley Complementar n.º 135 (2010), que autoriza la prisión a partir de la confirmación de la decisión en segunda instancia.

En cuanto a tal cuestión específica, están pendientes de decisión las ADC 43, 44 y 54 (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 2016 y 2018), M.P. Marco Aurélio de Mello<sup>162</sup>, que piden declarar la constitucionalidad del dispositivo del Código Procesal Penal que impide la prisión antes del tránsito a cosa juzgada de la sentencia condenatoria, salvo en caso de prisión preventiva. Se supone que las acciones no fueron agendadas, por las implicaciones que podrían tener en el caso del expresidente Lula, lo que también causa desgaste institucional y conflictos internos, pues, mientras tanto, ser o no ser encarcelado antes del tránsito a cosa juzgada de la sentencia penal, cuando no se cumplen los requisitos de la prisión cautelar, se torna en un hecho totalmente imprevisible y discrecional.

Por otro lado, los análisis de casos indican la existencia de otra forma potencial de contrariar una decisión plenaria que todavía no ha sido publicada, que es **no enviar el voto individual revisado al magistrado ponente para permitir la publicación integral de la sentencia**<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> El caso no ha sido decidido. Un magistrado ponente designado por sorteo (Marco Aurélio de Melo) decidirá los casos conexos. En estos casos, se pretende declarar la constitucionalidad del dispositivo del Código de Proceso Penal que exige el tránsito a cosa juzgada de la decisión, para que la ejecución de la pena pueda tener inicio.

<sup>163</sup> Eso se infiere a partir de un comunicado de la Asesoría de Prensa del STF, que responde a las preguntas de un periodista acerca de los motivos de la no publicación de la decisión, a más de un año de la sesión de juzgamiento (Lemes, 2018). La decisión fue publicada en febrero de 2019.

Eso pasó con la decisión proferida en la ADI 3406 (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 2017), pendiente de recurso, que recibió una decisión provisional individual que suspende sus efectos mientras no se publique la sentencia. La decisión cautelar fue proferida en el proceso ADI 3470 (Supremo Tribunal Federal, voto individual, 2017), y fue emitida por la magistrada Rosa Weber, ponente del primer caso. Por esta razón, sigue sin efectos concretos y sin tránsito a cosa juzgada la decisión de 2017 que declara la constitucionalidad de Ley de Rio de Janeiro, cuyos efectos fueron extendidos por la corte, para **prohibir la producción y el uso de asbesto en todo el país.**

Los tres fenómenos examinados por Falcão y Arguelhes (2017) revelan un tribunal cuyo sentido de colegialidad está en entredicho, como destacan los autores, lo que representa un riesgo, pues un solo magistrado nombrado puede cambiar toda la dinámica institucional<sup>164</sup>.

Un factor que, a lo mejor, puede generar más cohesión interna y, con eso, más coherencia y previsibilidad de las decisiones es la creación de un código de conducta interno alineado con reglas transparentes de gestión administrativa y procesal, como lo hizo el Tribunal Constitucional Alemán. Esa medida, que está al alcance de la propia institución, podría generar más transparencia y previsibilidad en el funcionamiento institucional.

Es necesario señalar que a pesar de que las prácticas criticadas por la academia no son recientes, el rechazo político, social y académico a ellas aumentó en los últimos años, por el riesgo que representa impedir que el órgano cumpla su papel institucional de guarda de la Constitución en momentos críticos para la democracia y los DESCAs. Los cambios de comportamiento son, por tanto, urgentes y necesarios. Además, los cambios legislativos podrían ser útiles para aclarar o limitar la competencia individual de los magistrados de la corte.

---

<sup>164</sup> Conrado Hübner Mendes es uno de los analistas del STF que frecuentemente llama la atención por tal cuestión.



Por otro lado, es necesario decir que solamente es posible entender el comportamiento del STF de Brasil cuando el problema del control de constitucionalidad del país se analiza a partir del **contexto local**, como lo propone Bayón (2011), a fin de entender las causas y consecuencias de los problemas detectados.

En ese sentido, es ingenuo y temeroso proponer un cambio de diseño en el poder Judicial, sin resolver, al mismo tiempo, el desequilibrio funcional observado en los demás poderes, es decir, sin cambiar el diseño de la casa de máquinas, generando más equilibrio entre los poderes, como lo hizo Colombia, en gran medida, en su Constitución y en reformas posteriores<sup>165</sup>.

Hay que mejorar aspectos relativos a la confianza y la legitimidad de los tres poderes; aumentar las inhabilidades del poder Legislativo, para evitar que favorezcan la impersonalidad en la gestión pública; reducir las competencias del STF que no favorezcan la guarda de la Constitución y retirar algunos poderes concentrados de la Presidencia de la República que pueden desestabilizar a los demás poderes, como, por ejemplo, los que le permite vaciar los órganos de control, dictar normas invadiendo la competencia del Parlamento o nombrar, sin la participación de los otros poderes y de la sociedad, cargos estratégicos de la administración pública, inclusive todos los magistrados del STF y el Procurador General de la República.

En sentido contrario, la falta de garantías del mandato presidencial en contra de golpes parlamentarios también es preocupante, y suele justificar la adopción de prácticas autocráticas del Presidente, inclusive de aquellas que intentan limitar los poderes y la independencia del Congreso y del STF.

---

<sup>165</sup> En este momento, el país debe estar atento a la tendencia del poder Ejecutivo a desequilibrar el diseño constitucional, lo que se ve claramente con la propuesta de unificar las altas cortes.

El diseño institucional brasileño es, por tanto, “autofágico” o “suicida” para la democracia y perjudicial para la estabilidad institucional, lo que se exagera por la cultura autoritaria local, que, en momentos de tensión, favorece las rupturas y la autoproclamación de las fuerzas armadas como órgano moderador de los conflictos e impases institucionales. En ese escenario, la promoción de una cultura política y jurídica democráticas y de prácticas institucionales adecuadas puede dar más resiliencia a las instituciones, especialmente a las cortes, para enfrentar momentos de turbulencia institucional (Sadursky, 2019) y externa.

En caso contrario, el alineamiento con las élites políticas puede ser el camino que se presente a los tribunales como la “única salida” para la sobrevivencia institucional (Landau, 2015). Camino que, no obstante, chocará con el rol contramayoritario que necesita cumplir y, por tanto, con su misión institucional. La opción de la Corte Constitucional de Colombia parece ser la de alejarse conscientemente de ese camino y basar su legitimidad en la confianza social, sin depender de las élites políticas (Landau, 2015, p. 276). Eso, por otro lado, es favorecido y legitimado por el diseño institucional de la corte, que da amplio acceso a la ciudadanía para discutir los temas de la agenda pública.

Al restringir el acceso ciudadano al tribunal, el STF puede haber fragilizado, indirectamente, el acceso y la confianza social como factores de protección institucional, y haber debilitado un mecanismo de protección social en contra poderes mayoritarios y autocráticos de ocasión.

Registrase, por tanto, con preocupación, la proximidad entre STF y las fuerzas armadas, en caso de que esta se entienda como un factor de protección y garantía de la supervivencia del órgano. Tal proximidad, por el contrario, puede ser un factor de vulneración de la independencia de la corte, debido al riesgo de que ese actor pueda interferir en el contenido de ciertas decisiones. Ese comportamiento, a su vez, revela la existencia de una cultura autoritaria aún no superada en el ámbito militar.

En tal contexto, ambas instituciones dejarán de cumplir su función constitucional, lo que quedará claro cuando se examine la cuestión ambiental, que suele ser fragilizada en lo que se refiere a la protección del patrimonio y de la soberanía nacional, función militar que resulta esencial en momentos de ruptura institucional.

En cuanto a la independencia de los magistrados, hay un aspecto saludable común en las dos cortes que busca salvaguardar las disidencias de opinión internas, esto es, la posibilidad de registrar los votos divergentes o de hacer salvamentos de votos. Esto es más relevante en la Corte Constitucional colombiana, por su estilo deliberativo (*per curiam*).

En el STF, eso ocurre cuando los votantes adhieren al voto del magistrado ponente y agregan algún aspecto divergente de la decisión en su voto particular. Los votos individuales que no producen una decisión final distinta son llamados votos concurrentes<sup>166</sup>, y suelen tener fundamentos y argumentos diferentes, para llegar a un resultado final semejante o apenas parcialmente divergente.

La Corte Constitucional colombiana (además de otros tribunales superiores del país) posee un área interna que se dedica a los estudios de su jurisprudencia y a la sistematización de sus decisiones, llamada **Relatoría**. Gracias a su trabajo, es posible encontrar las decisiones de la Corte Constitucional indexadas por temas, además de información organizada sobre algunas líneas de jurisprudencia, factor que favorece el mantenimiento de la coherencia y el cumplimiento de los autoprecedentes.

---

<sup>166</sup> Según Da Silva (2015, p.206), “[en] el Supremo Tribunal Federal, prácticamente todas las decisiones en los casos más polémicos tienen votos divergentes. Así mismo, en aquellos casos en que la decisión final es unánime, hay al menos divergencias argumentativas que pueden ser relevantes. Esos son los votos que, en algunas cortes, son llamados votos concurrentes, porque, sin embargo, no difieren del resultado final, difieren del camino para se llegar a él”. Traducción libre de la autora de: “[n]o Supremo Tribunal Federal, praticamente todas as decisões nos casos mais polêmicos têm votos divergentes. Mesmo naqueles casos em que a decisão final é unânime, há ao menos divergências argumentativas que podem ser relevantes. Esses são os votos que, em algumas cortes, são chamados de votos concurrentes, porque, embora não diverjam do resultado final, divergem do caminho para se chegar a ele”.

El STF también posee motores de búsqueda de jurisprudencia, y difunde la relación de sus decisiones vinculantes y de las sùmulas aprobadas. En los casos ordinarios, el comportamiento individualista de los miembros de la corte y el estilo deliberativo de votos individuales no favorecen la coherencia de las decisiones.

Este problema se podría resolver con la sistematización de las líneas jurisprudenciales del STF y, en casos complejos, con la deliberación a partir de un voto detallado del magistrado ponente, la exposición del problema y la definición de los conceptos fundamentales objeto de la controversia, como ocurrió en los casos PET 3388RR (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 2009), M.P. Carlos Ayres Britto, y ADI 3.239/DF (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 2018), M.P. Rosa Weber, que se examinarán más adelante.

Nótese, en cuanto al problema de la seguridad jurídica, que la jurisprudencia del STF aumentó su impacto sobre las decisiones de las instancias inferiores, ante la obligatoriedad de seguir los precedentes vinculantes de la corte (repercusión general, sùmulas vinculantes y casos con transcendencia reconocida). No obstante, la misma corte sigue incumpliendo sus propios precedentes.

En Colombia, las sentencias de unificación de jurisprudencia (SU) de las altas cortes son relevantes para generar un efecto vinculante. Además, se nota el esfuerzo interno de coherencia en las sentencias confirmadoras de principio, que refuerzan precedentes anteriores, y en las sentencias hito, que marcan un giro jurisprudencial y justifican el cambio o el avance de la jurisprudencia. Todos estos tipos de decisiones están presentes en el campo del derecho al agua, y serán comentados más adelante.

Cabe anotar que, por utilizar el sistema de precedentes del derecho anglosajón, el esfuerzo de coherencia de la corte está incorporado a la forma de

producir el derecho. Tanto la institución como los abogados litigantes y los actores intervinientes buscan reconstruir cómo se dio la evolución del pensamiento de la Corte Constitucional y de otras cortes sobre la cuestión que será decidida (o intentan construir una línea acerca de cómo la corte debería construir la respuesta).

La sentencia de unificación SU 354 de 2017 (Corte Constitucional, Sala Plena, 2017), M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo, aclara el concepto de precedente y su carácter vinculante del siguiente modo:

En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como *“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares. (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-354, 2017).

Las decisiones anteriores de la corporación son, por tanto, fuente de derecho que debe ser tenida en cuenta cuando se tengan que decidir casos similares futuros.

Los precedentes pueden ser **horizontales** o **verticales**, y ambos deben ser respetados por los jueces en un sistema judicial que adopta tal modelo. Los primeros, con base en los principios de **buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima y derecho a la igualdad**. Los segundos, por el deber de **obediencia y respeto** a las decisiones de las autoridades judiciales encargadas de unificar la jurisprudencia, cuando no hay motivo para hacer una distinción del caso.

Al respecto, la corte señaló, en la misma sentencia:

Se puede clasificar el precedente en dos categorías: (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza

vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.

La preocupación por mejorar el mapeo de precedentes es común al STF y a la Corte Constitucional de Colombia.

Para avanzar en esa cuestión, ambas cortes anunciaron recientemente su intención de adoptar un sistema de inteligencia artificial<sup>167</sup> como herramienta de gestión procesal. Esa tecnología puede auxiliar la indexación de temas, de problemas jurídicos y de soluciones adoptadas, y puede ser relevante en la recuperación de información y, en el caso colombiano, en la selección de las acciones de tutela.

La noticia es promisoría, ante el volumen de casos que ambas cortes deben manejar. Las tecnologías, sin embargo, también son herramientas al servicio de los propósitos institucionales y, por ello, están sujetas a las reglas de transparencia y confianza institucional, y deben ser pasibles de fiscalización por la sociedad, como todas las otras prácticas de ambas cortes.

Los algoritmos son formas ocultas de tomar decisiones, y es necesario que las reglas de operación de los sistemas de inteligencia artificial, como las de los sistemas que hacen los sorteos de casos entre los magistrados, sean pasibles de control público. La cooperación entre el STF y la Corte Constitucional colombiana puede ser productiva en ese campo, tal como se dijo con relación a los controles y análisis estadísticos realizados por el poder Judicial de Brasil.

---

<sup>167</sup> Ver noticias sobre el tema en: Supremo Tribunal Federal (2018) disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>; Corte Constitucional República de Colombia (2018), disponible en: [http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Comunicado%20de%20prensa%20Retiro%20Paipa%20\(Abril%2027%202018\).pdf](http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Comunicado%20de%20prensa%20Retiro%20Paipa%20(Abril%2027%202018).pdf) y DPI Cuántico (2019), disponible en <http://dpicuantico.com/2019/02/04/inteligencia-artificial-en-la-corte-constitucional-colombiana-otra-experiencia-prometea/>

Las prácticas institucionales de una corte también necesitan ser discutidas en lo que se refiere a su relación con las partes, como lo advierte Vale (2015), cuando se refiere a la importancia de la “representatividad discursiva”, la “amplitud informativa y cognitiva” y la “inclusividad y diversidad de las razones”, lo que se examinará a partir de los casos elegidos y de las buenas prácticas dialógicas mapeadas en los casos del derecho al agua.

Para que esa interacción pueda darse de forma democrática e incluyente, es necesario que la cultura democrática penetre todas las prácticas institucionales del tribunal, incluidas las antes mencionadas.

### **3.4. Conclusiones del capítulo**

En los primeros capítulos se demostró la necesidad de superar concepciones teóricas acerca de la justiciabilidad de los DESCAs que tratan como opuestas o incompatibles las ideas de derecho y democracia. También se demostró que, en Brasil, es necesario superar la cultura jurídica autoritaria, para aplicar las normas de derechos fundamentales previstas en la Constitución y en los instrumentos de Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y para aplicar el método deliberativo dialógico propuesto en la investigación, que tiene como uno de sus pilares la consolidación de prácticas institucionales de *accountability* por las cortes constitucionales, esenciales para la transparencia, la rendición de cuentas, la confianza institucional, la imparcialidad y la independencia del órgano y, por tanto, para la creación de un círculo virtuoso entre la teoría y la práctica de la deliberación constitucional, esencial para la aplicación efectiva de los DESCAs.

Para superar la cultura autoritaria que reproduce prácticas excluyentes y contrarias a los derechos humanos en los tribunales, es importante entender los motivos históricos que las hacen persistentes y los factores o actores históricos que facilitaron o dificultaron los avances de la democracia durante el último proceso constituyente, cuya transición, diseñada en la Constitución de 1988, fue

incompleta y está en la raíz de los impases institucionales contemporáneos en Brasil.

Esto se dio a similitud de otros procesos históricos de cambio político y social interrumpidos en el país, y que, en 1988, impidieron algunos avances en el diseño institucional de órganos fundamentales de los tres poderes, como el STF y la consolidación de su rol de guardián de los derechos fundamentales; las fuerzas militares y la definición de su rol en un Estado democrático de derecho; el sistema de frenos y contrapesos y los mecanismos de control de los poderes políticos. Todo esto influyó negativamente en el equilibrio de poderes, que es fundamental para el desarrollo del constitucionalismo y de la propia democracia, lo que se hace más evidente cuando el caso brasileño se compara con el caso colombiano.

En ese contexto, para que el STF perfeccione su papel de guardián de la democracia y de los derechos fundamentales, es fundamental que profundice su cultura democrática y mejore sus prácticas institucionales y dialógicas, a fin de generar legitimidad, independencia (interna y externa), transparencia y confianza institucional (Vale, 2015), factores que también aumentan el grado de blindaje (Landau, 2015) y resiliencia (Sadursky, 2019) institucional, especialmente en momentos de inestabilidad política.

Esto se puede lograr, entre otros modos, por medio del respeto al colegiado, de la integridad y coherencia de las decisiones y de la observancia de los principios de gestión democrática aplicables a los derechos humanos (transparencia, rendición de cuentas, inclusión, igualdad y no discriminación). Todo eso, a fin de que entre el contenido de las decisiones y el método de trabajo se produzca un círculo virtuoso (Uprimny, 2018) favorable para la calidad de la deliberación, pero, también, para la confianza y la estabilidad institucionales.

Se analizaron, de forma comparativa, cuatro puntos de las prácticas institucionales del STF y de la Corte Constitucional colombiana, casi todos



considerados críticos en el funcionamiento del STF: a) acceso a la información procesal y administrativa, b) agenda institucional, c) relación con la prensa y d) colegialidad y deliberación (incluidos los esfuerzos de integridad y coherencia). Tales aspectos se refieren al funcionamiento interno de ambas cortes, y pueden ser perfeccionados por su propia iniciativa, independientemente del cambio de diseño institucional, lo que se pretendió demostrar con esta investigación.

En contextos hostiles a los avances democráticos, es fundamental que los cambios de cultura y de prácticas institucionales, para superar la cultura autoritaria, sean promovidos mediante el impulso de los propios tribunales. En el caso de Brasil, este será el primer desafío por superar, para implementar el derecho fundamental al agua o cualquier otro derecho fundamental previsto en la Constitución o en el bloque de constitucionalidad del país.

**4. Conclusión de la primera parte de la tesis. El desafío democrático: es necesario entender el origen de la cultura autoritaria de Brasil y superarla para implementar eficazmente el derecho fundamental al agua. Lecciones del caso colombiano**

La implementación de los DESCAs, como se ha visto, es una tarea pendiente en América Latina y, no casualmente, es un objetivo fundamental del Estado en las constituciones de Brasil y Colombia, que protegen, al mismo tiempo, los derechos económicos, sociales y culturales; el medio ambiente y la democracia participativa, que son derechos plenamente justiciables, como se analizó.

Para constituir y tornar efectivos tales derechos, es necesario proteger, al mismo tiempo, el derecho sustantivo y sus garantías, así como la democracia procedimental, participativa y deliberativa, esta última, inclusive, en el espacio de los tribunales.

Debido a la existencia de facetas prestacionales en muchos de los DESCAs, la protección judicial de estos derechos requiere un método de

deliberación dialógico que prevea el diálogo normativo multinivel, el diálogo social con los interesados y afectados y el diálogo con el poder público. La protección multinivel de los DESCAs, en la perspectiva defendida por Pisarello (2007), también importa en la protección de las garantías institucionales y extrainstitucionales de tales derechos, lo que es esencial para prevenir violaciones, fortalecer los mecanismos de autotutela y proteger los mecanismos institucionales necesarios para la promoción y protección del derecho y para combatir su violación, incluida la protección de los mecanismos de acceso a la justicia.

No obstante, para que la aplicación de un modelo judicial de deliberación dialógica sea efectivo, es necesario fomentar la cultura democrática en el ámbito de los tres poderes y de la sociedad. De modo que la propia corte debe incorporar en sus prácticas institucionales principios que fortalezcan la legitimidad y la confianza social, la transparencia, la rendición de cuentas, la imparcialidad y la independencia judicial. Además, debe incorporar los principios generales que se aplican a los derechos humanos, como la inclusión, la igualdad y la no discriminación, que son esenciales para generar un círculo virtuoso entre la teoría y la práctica de los derechos humanos y las prácticas anticorrupción (Uprimny, 2018). Esto se logra más fácilmente, al incorporar el Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos a la práctica deliberativa cotidiana de la corte.

Ese conjunto de prácticas favorece, incluso, la estabilidad de los tribunales, pues aumenta potencialmente la resiliencia de la institución (Sadursky, 2019) o su capacidad de resistencia y supervivencia en momentos de turbulencia política, sin alejarse de los valores que informan su papel contramayoritario y sin que su protección dependa de la proximidad con las élites políticas (Landau, 2015).

Como el objetivo de la investigación no es solamente diseñar un método deliberativo, sino contribuir a su efectiva implementación, de poco serviría pensar

en el método propuesto sin comprender los factores contextuales que pueden obstaculizar su aplicación en Brasil.

El análisis comparativo con Colombia indica que, desde el punto de vista del constitucionalismo y de la democracia, Brasil debe enfrentar dos problemas centrales: el autoritarismo de sus culturas jurídica y política y el desequilibrio de poderes. Ambos problemas vulneran la democracia, los derechos fundamentales y las instituciones que deberían protegerlos. Las prácticas autoritarias de estas instituciones deben ser superadas, para romper el círculo vicioso de autoritarismo que perjudica el cumplimiento de su función constitucional, lo que se aplica a los tres poderes y a las fuerzas armadas.

La primera parte de la tesis explica, por tanto, cómo intentar salirse de los impases generados por una persistente cultura autoritaria y excluyente, especialmente en el ámbito del poder Judicial, para lograr la aplicación efectiva de los DESCAs.

Comprendida la importancia que tiene la democracia sustantiva, procedimental, participativa y deliberativa para recuperar los vínculos culturales entre constitucionalismo, derechos, legalidad y democracia, es necesario comprender más a fondo los impases externos (geopolíticos) que inciden en la región, especialmente aquellos relacionados con la división internacional del trabajo y el modelo económico hegemónico vigente.

Estos impases de orden político y económico intentan imponer una lógica neocolonial en la región, inclusive sobre los territorios, lo que es incompatible con la implementación del derecho fundamental al agua, que es esencialmente contrahegemónico y depende de un entorno ambiental sano y protegido.

Si Colombia logró, al menos formalmente, significativos avances en los diseños de sus instituciones y en el equilibrio entre la protección de los derechos sustantivos y de la democracia participativa y deliberativa, su fragilidad

geopolítica, que impone los mismos desafíos aplicables a Brasil, debe ser comprendida, a fin de evitar los retrocesos que intentan imponerse en ambos países.

El uso de teorías generadas en contextos políticos que no sufren los mismos desafíos, como, por ejemplo, las teorías liberales que defienden la reducción del tamaño del Estado y la no interferencia del poder Judicial en cuestiones relativas a la implementación de políticas públicas, termina por favorecer, en el campo de los DESCAs, la persistencia en la omisión de los poderes públicos o la práctica destituyente de derechos, lo que contraría los mandatos constitucionales presentes en los modelos de Constitución vigentes en Brasil y Colombia

Para entender los problemas que involucran agua y medio ambiente en ambos países, es necesario mirarlos globalmente, a fin de comprender las causas de los persistentes problemas relacionados con la no implementación del derecho específico en América Latina. No obstante, estos problemas se deben resolver localmente, a partir de una perspectiva decolonial en la aplicación de la Constitución y del bloque de constitucionalidad del país, lo que también exige un cambio de cultura, principalmente en Brasil.

Los cambios de cultura, por tanto, son urgentes, tanto para proteger la democracia como para proteger el agua, pues, como ocurre con una y otra, **su capacidad de autorregeneración no es ilimitada.**

Eso exige, actualmente, que **no se sobrepase el punto de no retorno**, necesario para la preservación institucional y ambiental. Por este motivo, el cambio de cultura jurídica y política, para perfeccionar las prácticas democráticas, y la protección sustantiva del acceso al agua y al medio ambiente son igual de urgentes y necesarios para Brasil y Colombia.

Analizados los **desafíos democráticos**, sus causas e implicaciones para la implementación de los derechos fundamentales, en general, y del derecho al agua, en particular, especialmente en lo que se refiere a la aplicación judicial del derecho, en la segunda parte de la investigación se analizarán, con mayor profundidad, los **desafíos geopolíticos** para la protección de tales derechos, que representan **la otra cara de la misma moneda** de los desafíos democráticos que se acaba de examinar.

**PARTE II – EL DESAFÍO GEOPOLÍTICO: El derecho al agua es  
contrahegemónico**

***Contexto del problema, tutela individual y colectiva y la importancia  
de fortalecer los espacios de deliberación y participación  
democráticas como forma de garantizar derechos, democracia y  
protección ambiental***

## **CAPÍTULO 1. La geopolítica del agua y el nivel de satisfacción del derecho fundamental al agua potable en Brasil y Colombia**

En la primera parte de la investigación se concluyó que conocer el contexto es importante para pensar el constitucionalismo, la democracia y los derechos fundamentales en Brasil y Colombia. De igual manera, para entender los problemas que involucran agua y medio ambiente en ambos países, es necesario comprender el contexto en el que está insertada la cuestión.

En este caso, es indispensable comprender un contexto más amplio que el regional, que involucra la “geopolítica del agua”, caracterizada por la concurrencia de abundancia, escasez, disputa económica, acceso y distribución desiguales. Además, es necesario comprender cómo Brasil y Colombia se insertan en el contexto global y cómo eso se refleja en los problemas que enfrentan los tribunales, cuyas características institucionales, con relación a las cortes constitucionales, fueron analizadas en la primera parte de la investigación.

Por otro lado, se debe entender cómo la división internacional del trabajo y el modelo económico vigente impulsan actividades que consumen grandes cantidades de agua en los países analizados; aumentan el riesgo de su contaminación; incentivan ocupaciones de tierras donde viven poblaciones tradicionales, para el ejercicio de actividades extractivas y agropecuarias; promocionan la privatización de empresas de suministro de agua y alcantarillado y adoptan políticas de recorte de los presupuestos públicos que perjudican la implementación de servicios públicos y políticas sociales. Estos factores, en su conjunto, sumados a una eventual gestión ineficiente o corrupta del sector, son frontalmente contrarios a la promoción, protección y no vulneración del derecho objeto de la investigación.

El modelo económico, por su parte, produce una desigualdad creciente que incide en el desequilibrio de la representación política y en la pérdida de empleo y renta. Esto aumenta la demanda por subsidios en los servicios

públicos, mientras el régimen reduce las fuentes de financiación del Estado y amplía su endeudamiento, lo que fragiliza su capacidad para implementar políticas sociales y expandir servicios, como ya se analizó.

En lo que se refiere al derecho al agua o a la preservación de sus fuentes, las consecuencias de tal modelo económico y de las decisiones políticas que genera en América Latina llegan al poder Judicial por medio de litigios individuales o colectivos que tratan, entre otros temas, de:

- Reparación de la contaminación de fuentes de agua;
- Implementación de políticas públicas de descontaminación de ríos y otros cursos de agua;
- Disputas sobre el uso del agua o del acceso a cursos de agua, inclusive entre Estados o provincias diferentes de un mismo país;
- Actuación preventiva o cautelar para prohibir o controlar ciertas actividades económicas, construcciones u ocupaciones humanas en áreas de recargas hídricas;
- Represión a ocupaciones, actividades ilegales y/o contaminantes en áreas de protección ambiental, resguardos indígenas o tierras ocupadas por poblaciones tradicionales;
- Implementación de políticas públicas de acceso al agua potable para grupos social o económicamente vulnerables y derecho a un mínimo vital de agua para las personas que no pueden pagar por su consumo;
- Hurtos de agua y sus consecuencias civiles y penales;
- Derecho de las generaciones futuras al agua y al medio ambiente sano y protegido;
- Derecho al trabajo, a la autonomía local y a los modos de vida vinculados al uso del suelo y el subsuelo, en contra de la realización de actividades económicas extractivas o contaminantes del suelo y del agua;
- Accidentes y enfermedades laborales o de la población en general vinculadas a la contaminación ambiental o a desastres de grandes estructuras colapsadas;



- Derecho de las comunidades tradicionales (campesinas, indígenas y de remanentes de esclavos o afrodescendientes) a la demarcación o reconocimiento de tierras tradicionalmente ocupadas por ellos y derecho al agua en sus territorios;
- Derecho de las comunidades tradicionales o de la población en general a participar en las decisiones que puedan afectar el uso de sus tierras o amenazar sus fuentes hídricas;
- Represión o prevención de la violencia de la que son víctimas los líderes sociales, ambientales, campesinos, indígenas o tradicionales por la defensa de sus territorios, del agua o de sus derechos económicos y sociales<sup>168</sup>.

Los conflictos enunciados no incluyen los relacionados con aguas transfronterizas, que también están presentes en la región, pero con normas y métodos de resolución propios, y que no serán tratados en este estudio. No obstante, cabe decir que la forma en que un país trata y usa sus fuentes de agua puede tener consecuencias internacionales graves, como contaminación y escasez transfronterizas, boicots y sanciones internacionales, que son motivos crecientes de conflictos y guerras<sup>169</sup>.

Esto, en Brasil, es particularmente importante con relación a los ríos afluentes y tributarios de la cuenca amazónica<sup>170</sup> y del Río de la Plata y a los sistemas acuíferos **Guaraní (SAG)** y **Gran Amazonía (SAGA)**, de modo que lo que aquí se discute sobre la distribución de agua, su protección y la protección

---

<sup>168</sup> Una investigación de la ONG inglesa Global Witness indica que Brasil es el país donde más muertes de líderes indígenas, sociales y ambientales ocurren en el mundo, seguido de Colombia. El 60 % de las muertes de estos líderes ocurren en América Latina, de las cuales el 40% son de indígenas. Las principales causas son: “**oponerse a proyectos mineros o petroleros (33), deforestación (23), agroindustria (23)**, caza furtiva (18), **agua o represas (7)** y otros (4)” (Monsalves & Petro, 2017).

<sup>169</sup> En ese sentido, Milliet (2017, p. 161) advierte que las relaciones que involucran agua son casi siempre cooperativas, pero que el agua es un factor “irritante” en caso de conflicto: “La mayoría de las interacciones sobre el agua son cooperativas y la mayor parte de las interacciones conflictivas son moderadas, sin embargo, el agua también actúa como un irritante y los recursos hídricos pueden estropear las buenas relaciones y volver peores las malas”.

<sup>170</sup> Las actuales políticas ambientales de Brasil, que tienden a permitir la deforestación de la Amazonía o la explotación agrícola o minera en tal zona, son una potencial causa de conflictos ambientales internacionales, inclusive con Colombia, cuya política ambiental parece caminar en la dirección opuesta, a pesar de soportar presiones similares a las de Brasil, debido a la deforestación.

de las zonas de foresta y de recarga hídrica también vale para pensar cómo conflictos similares pueden tomar proporciones aún más graves si afectan intereses internacionales, especialmente cuando involucran Estados con fuerzas políticas y económicas distintas, como ocurre en la Franja de Gaza, área en la que Israel y Palestina también se disputan el agua.

En lo que se refiere a los problemas internos de Brasil y Colombia, además de que las cuestiones objeto de judicialización en torno al tema del agua son semejantes, la normativa internacional incorporada al ordenamiento interno de ambos países es prácticamente la misma, con uno que otro tratado aún no firmado por alguno de los dos países.

También es común que exista una tensión entre el modelo económico, interesado en la explotación internacional de los recursos naturales, y el uso y la ocupación del suelo bajo otros modelos de subsistencia local. Además, se nota el cuestionamiento del propio concepto de “crecimiento”, en confrontación con los de “desarrollo”, “desarrollo sostenible” y “buen vivir”, que diferencian los modos de vida y de uso de la tierra y de sus “recursos” en la región. Esto se observa principalmente en países de la región andina y, en Brasil, especialmente en los conflictos entre los pueblos de la foresta amazónica y los interesados en ocupar sus territorios para la agricultura, la ganadería o la industria extractiva, en particular la minería, como se examinará en seguida.

Cabe registrar que, aunque la economía esté controlada mundialmente por instituciones o empresas que dificultan o impiden la autonomía local, la posibilidad de una falencia repentina de los modelos económicos excesivamente financiarizados y del aumento de la degradación ambiental, de la violencia y de la pobreza quizás contribuya a impulsar cambios que regeneren el tejido social y el medio ambiente, lo que es urgente, como se pretende demostrar.

Para implementar un modelo de “desarrollo” que sea “sostenible”, es necesario equilibrar sus tres pilares: el social, el ambiental y el económico.

Además, en el campo económico, es necesario tener en cuenta que el ecosistema<sup>171</sup> es finito y limitado y que su capacidad de autorregeneración debe ser el límite de la extracción y uso de sus “recursos”. En el caso del agua, eso es evidente y, además, como se ha dicho a lo largo de la investigación, del agua depende el ejercicio de los demás derechos o de cualquier trabajo o actividad económica. Así mismo, es factor de seguridad y soberanía nacionales.

El agua puede ser la última frontera para demostrar la importancia de hacer cambios en el modelo político y económico, en favor de la implementación de políticas social y ambientalmente sostenibles, tanto por ser un elemento que conecta a todos (positiva o negativamente), como por su capacidad de regenerar el medio ambiente<sup>172</sup>, el tejido social y de regenerarse a sí misma, cuando se fomentan las prácticas cooperativas y solidarias necesarias para su protección.

Darle una importancia central al agua como bien público y de interés colectivo en el orden jurídico, político y social será una buena oportunidad para fortalecer la cultura democrática en Brasil, inclusive en el ámbito del poder Judicial, a fin de que se pueda lograr un buen manejo de prácticas deliberativas dialógicas, fundamentales para la toma de decisiones complejas y policéntricas, típicas del campo de los DESCA, como se verá en los casos analizados en esta parte de la investigación.

---

<sup>171</sup> Un economista que incorpora explícitamente los límites del ecosistema en su modelo económico es Manfred Max-Neef (Max-Neef, 2011, p. 191). Los postulados y el principio valórico de su modelo son: “1. La economía está para servir a las personas y no las personas para servir a la economía; 2. El desarrollo tiene que ver con personas y no con objetos; 3. El crecimiento no es lo mismo que el desarrollo y el desarrollo no precisa necesariamente de crecimiento; **4. Ninguna economía es posible al margen de los servicios que prestan los ecosistemas; 5. La economía es un subsistema de un sistema mayor que es finito —la biosfera— y por lo tanto el crecimiento permanente es imposible.** Principio valórico: Ningún interés económico, bajo ninguna circunstancia, [ni] puede ni debe estar por encima de la **vida**”.

<sup>172</sup> Se recomienda ver la película *La Sal de la Tierra* (Wenders, 2014), que cuenta la experiencia personal del fotógrafo brasileño Sebastião Salgado al fotografiar la degradación social y ambiental en las últimas décadas, así como áreas vírgenes del planeta. La cinta también cuenta la experiencia ambiental y emocionalmente regenerativa que fue para él recuperar un área de tierra degradada de su familia.

### 1.1. La geopolítica del agua y sus impactos en América Latina. Perfil de la disponibilidad de agua y de los conflictos relativos al agua en Brasil y Colombia

Cuando analizamos el mapa de la disponibilidad física de agua en el mundo, en comparación con el acceso que se le brinda a la población, vemos que la escasez de agua es más bien un problema **político** (Ribeiro, 2008), que apenas una cuestión geográfica (disponibilidad física del líquido).

Toda América del Sur, países de África Central y Nueva Zelanda están entre las zonas del mundo con más alta disponibilidad hídrica<sup>173</sup> del planeta.

Según la Asociación Global Water Partnership, el 28 % del agua dulce del mundo está en América del Sur, donde vive apenas el 6 % de la población mundial (Global Water Partnership South América, 2011 y 2012)<sup>174</sup>. Brasil ocupa el primer lugar en el mundo en términos de disponibilidad hídrica, si se tiene en cuenta que su población corresponde al 3 % de la población mundial y en su territorio está, por lo menos, el 12 %<sup>175</sup> del agua potable del mundo (Cunha, 2015, p. 24). Colombia ocupa la sexta posición mundial, y Perú, la octava, entre los diez países con mayor disponibilidad de agua en el mundo (Banco Mundial, 2015).

---

<sup>173</sup> Ver mapa de disponibilidad hídrica en el mundo, por ejemplo, en Ecodebate (2011). Disponible en <https://www.ecodebate.com.br/2011/03/23/agua-vital-para-a-reproducao-da-vida-no-planeta-entrevista-com-wagner-costa-ribeiro/>.

<sup>174</sup> Según el informe, “[l]a región contiene tres de las mayores cuencas fluviales del mundo: la del río Amazonas (la más grande del mundo), la del Orinoco y la del Río de la Plata. Además, cuenta con el acuífero Guaraní, uno de los cuerpos de agua subterránea más grandes del mundo, que se extiende sobre más de 1.200.000 kilómetros cuadrados” (Global Water Partnership South América, 2011 y 2012, p. 3).

<sup>175</sup> Es probable que la disponibilidad de agua dulce en el territorio brasileño sea todavía más importante, y llegue al 20 % del agua dulce del mundo, como indican algunos documentos más recientes de la ONU (Nações Unidas Brasil, 2016). Eso porque, después de diversos estudios, Brasil sigue descubriendo fuentes importantes de aguas subterráneas, como el SAGA, que equivale a un océano subterráneo, con más de 160.000 km<sup>3</sup> de agua. Por tanto, es más de cuatro veces más grande en volumen de agua que el Acuífero Guaraní y ocupa el subsuelo de Estados localizados en la Amazonía (Abreu, Cavalcante & Matta, 2013), con aguas transfronterizas con los países andinos, inclusive compartidas con Colombia.

Es importante destacar que solamente el 2,5 % del agua del mundo es dulce, y casi tres cuartas partes de ella están congeladas. Otra parte está disponible en acuíferos y aguas subterráneas, no siempre fáciles de alcanzar.

Lo que se considera como agua dulce superficial y en estado líquido disponible para uso corresponde a cerca del 0,015 % del total mundial (Cunha V., 2015, p. 18).

Además de ser “escasa”<sup>176</sup> y limitada, el agua está en progresivo deterioro en América del Sur, por diversos factores como “la deforestación y la erosión del suelo, la contaminación por actividades productivas, entre otros” (Global Water Partnership South América, 2011 y 2012, p. 3). Eso porque gran parte del agua utilizada en las actividades productivas (agrícolas, pecuarias e industriales) y domésticas es devuelta al medio ambiente sin tratamiento, de modo que, además del riesgo progresivo que origina no frenar ese proceso de contaminación, se genera una desproporcional repartición de los costos económicos, sociales y ambientales entre los afectados.

El acceso de las personas al agua en el mundo es desigual física y socialmente, lo que se nota por la comparación entre distintos países (Ribeiro, 2008), que revela que las personas tienen mejor acceso al agua potable y al saneamiento en los países dichos desarrollados, aunque tengan una reducida capacidad hídrica. Lo mismo se observa cuando analizamos a un mismo país o, conforme a estudios más específicos, a un mismo municipio, como el caso de São Paulo, en Brasil (Frasson, 2018a)<sup>177</sup>.

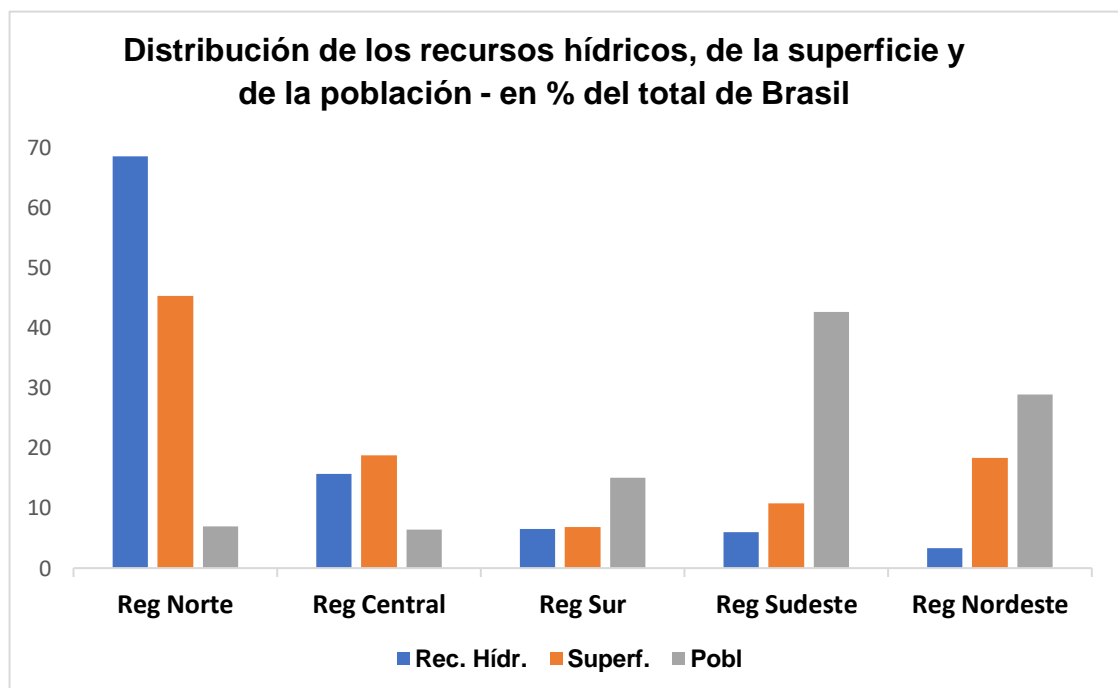
---

<sup>176</sup> Los conceptos de abundancia y escasez son siempre antropocéntricos, como advierte Milliet (2017), porque la naturaleza se adapta, como ecosistema, a la cantidad de agua disponible: “Ambos extremos son una medida antropocéntrica, dimensionada para las necesidades del ser humano. Se habla de abundancia cuando la oferta de la naturaleza sobrepasa abundantemente las necesidades de la sociedad y de escasez cuando la situación es inversa, pero en ambos casos la medida de la disponibilidad es el hombre” (Milliet, 2017, p. 178). Con el aumento del consumo y la contaminación, el agua es considerada, cada vez más, como un recurso escaso y, por lo tanto, una causa potencial de conflictos.

<sup>177</sup> Respecto de la distribución de agua por la empresa Sabesp, la autora Caroline Frasson (2018a) demuestra la desigualdad de tratamiento y los diferentes impactos de la escasez hídrica entre diferentes regiones del municipio. Ver mapas de acceso al agua (Frasson, 2018b), especialmente las figuras 6, 8 y 9, disponibles en: <https://lumenjuris.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Material-Complementar-Justi%C3%A7a-Ambiental-e-a-Crise-H%C3%ADrica-2018.pdf>.

Tanto en Brasil como en Colombia, el agua está distribuida desigualmente en sus territorios, pues hay densidades pluviométricas distintas en diferentes zonas, ríos perennes más o menos caudalosos desigualmente distribuidos, acuíferos y otras zonas de recarga hídrica presentes no necesariamente en las zonas de mayor concentración poblacional, como pasa, por ejemplo, en la región norte de Brasil, en comparación con la región sudeste<sup>178</sup>.

**Gráfico 1**



Fuente: Ministério do Meio Ambiente. Ministério da Educação. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. (2005). Consumo Sustentável: Manual de educação. Brasília: Consumers International/ MMA/ MEC/ IDEC. Gráfico Distribuição dos Recursos Hídricos, da Superfície e da População em % do total do Brasil, p.29.

Además, los dos países poseen zonas semiáridas y pobres bien habitadas (por ejemplo, La Guajira, en Colombia, y la región nordeste, en Brasil), que sufren períodos largos de sequía y disputas por el uso del agua disponible, y que necesitan políticas públicas específicas para el suministro de agua y la convivencia con el clima local.

<sup>178</sup> La densidad poblacional (personas/km<sup>2</sup>) de la región norte de Brasil es de 4,12, y la de la región sudeste es de 86,92, según el censo realizado en 2010 en Brasil (IBGE, 2010). Tres cuartos del agua dulce de Brasil está concentrada en la cuenca amazónica (Cunha V., 2015, p. 26), situada en la región norte del país.

La mayor abundancia de agua en algunas zonas de los dos países tampoco garantiza el acceso al agua de buena calidad para todos, pues el agua tratada y el saneamiento básico están presentes de manera desigual en el territorio de ambos países. En Brasil, por ejemplo, esto es acentuado en la región norte, donde el saneamiento básico es mucho más escaso que en otras regiones del país, a pesar de ser la zona con mayor abundancia de agua dulce en el mundo.

La privatización del servicio de suministro y los costos del agua, en comparación con los ingresos de la población más pobre, son factores que aumentan la desigualdad en el acceso. En Brasil, esto se podría agravar en caso de privatización, pues no existe una política general de tarifa basada en la solidaridad, como en Colombia, y hay un bajo acceso de las personas pobres a las llamadas “tarifas sociales”<sup>179</sup>, por desconocimiento o por falta de imposición legal.

Por otro lado, la presión para aumentar la distribución de ganancias a los accionistas de empresas privatizadas o de capital abierto reduce las tasas de inversión en políticas de seguridad para el sector. Así ocurrió en São Paulo, en años recientes, donde la ausencia de inversión generó una **escasez hídrica grave** y donde sigue vigente la amenaza de desabastecimiento<sup>180</sup>.

Una gestión adecuada del agua evitaría el problema, pues, por ejemplo, se preocuparía por aumentar las reservas, según la proyección de aumento de la demanda; recuperar los manantiales; reducir el consumo; aumentar la reutilización; tratar los efluentes y controlar las pérdidas de agua tratada en el sistema de distribución. También se preocuparía por implementar soluciones

---

<sup>179</sup> Una investigación de la Asociación Brasileña de Agencias de Regulación estimó en un 20 % el acceso de las personas pobres a las tarifas sociales de agua y alcantarillado (Associação Brasileira de Agências de Regulação, 2018). Desde 2013, se tramita en el Congreso un proyecto de ley sobre la obligatoriedad de la tarifa social de agua (PL 9543, 2018).

<sup>180</sup> Como ocurrió con Ciudad del Cabo, en Sudáfrica, São Paulo es una de las ciudades del mundo amenazada de quedarse sin agua (BBC News Brasil, 2018).

tecnológicas alternativas (no necesariamente costosas), para resolver el problema de acceso de las personas más pobres, cuyo consumo, que es prioritario por ley en caso de escasez, no siempre se respeta. Ese conjunto de medidas no es observado, cuando la lógica del servicio está basada en el lucro.

Es relevante destacar que incluso para las regiones semiáridas hay soluciones técnicas y de gestión que se pueden implementar, como sustituir las tecnologías de riego por otras más eficientes en gasto de agua; fiscalizar y regular la captación del agua en actividades económicas intensivas; preservar y recuperar zonas de recarga hídrica; acumular aguas de lluvia en cisternas y otros tipos de reservorios; captar agua del aire; desalinizar el agua salobre<sup>181</sup> o del mar; descontaminar agua con plantas acuáticas o ultrasonido, entre otras soluciones probadas en Brasil y Colombia (lo que podría ser objeto de cooperación sur-sur) y en países con poca disponibilidad hídrica.

Por las razones antes expuestas, se concluye que las **crisis** o la **escasez hídricas** no son un resultado de la deficiencia técnica, considerando el conocimiento disponible sobre el tema, sino un problema de **gestión**<sup>182</sup>, es decir, un problema “**político-administrativo**”, lo que también se aplica a Colombia. Así lo señalan Jackson Roehrig, profesor de Gestión de Recursos Hídricos de la Universidad de Ciencias Aplicadas de Colonia, Alemania, al analizar la situación de Brasil (Carta Capital, 2015), y João Suassuna, especialista en gestión hídrica de la zona del semiárido de Brasil (Sakamoto, 2018)<sup>183</sup>.

Cuando se analiza el problema en términos de la destinación económica del agua, se nota una enorme irracionalidad del sistema, en cuanto a la

---

<sup>181</sup> Ver el programa “Agua Doce”, del Ministerio del Medio Ambiente de Brasil (Ministerio de Meio Ambiente, s.f.), para las regiones del semiárido brasileño, en el que se emplea tecnología local.

<sup>182</sup> Como lo destaca Milliet (2017, p. 170), “hay agua suficiente como para satisfacer las necesidades crecientes del mundo, pero no si no cambiamos radicalmente el modo en que se usa, se maneja y se comparte el agua”. Esto refuerza que la crisis de agua es más una crisis de gobernanza que de recursos disponibles (WWAP, 2003, y UNWater, 2015).

<sup>183</sup> Ingeniero agrónomo y especialista en recursos hídricos de la región nordeste de Brasil. Ver entrevista reciente realizada por Leonardo Sakamoto (2018), a propósito de las discusiones sobre la importación de tecnologías extranjeras para las zonas semiáridas del país.



resistencia a preservarla, especialmente por parte de los sectores que más necesitan agua o más se benefician económicamente con su uso, que son, principalmente, la actividad agropecuaria y la actividad extractiva.

Si lo miramos desde el punto de vista social, se nota una persistente incapacidad histórica del poder público de universalizar el acceso al agua para las poblaciones más pobres o vulnerables<sup>184</sup>, especialmente en Brasil, lo que indica la falta de voluntad política para resolver el problema. La falta de protección a tal derecho es, además, un factor que aumenta el nivel de contaminación del agua por los desagües domésticos no tratados, con consecuencias nocivas para la salud y la economía, como indican estudios internacionales.

Se sabe que solo del 8 % al 10 % del agua total se gasta directamente en el consumo humano y de otros seres vivos. El resto, del 90 % al 92 %, es consumido por actividades económicas variadas: del 20 % al 22 % por la actividad industrial y del 70 % al 72 % por la actividad agrícola, que debería ser la más interesada en preservar las fuentes y los cursos de agua. Sobre el sector agrícola, por tanto, deberían concentrarse prioritariamente las políticas que promuevan el uso sostenible del recurso (García, 2017, pp. 128-129).

Sin embargo, eso no es lo que se ve en Brasil, pues el sector agropecuario es uno de los que más presiona políticamente a los poderes públicos en contra de las medidas de protección a ríos, forestas y zonas de recarga hídrica, lo que afecta directamente la disponibilidad de agua y aumenta el riesgo de interrupción de la propia actividad por la pérdida de sostenibilidad.

---

<sup>184</sup> En Brasil, se le llama “industria de la sequía” a la omisión deliberada en resolver el problema del acceso al agua en la región nordeste. Varios análisis demuestran que tal “industria” mantiene el envío de fondos que no llegan a su destino final, promesas políticas eternas a cambio de votos y desvío de fondos por corrupción. Por ejemplo, un programa barato para la construcción de cisternas de almacenamiento de aguas lluvias premiado por la ONU (Vilela, 2017) fue prácticamente extinguido después del *impeachment* de 2016. Ese programa, mediante el cual se redujo el éxodo rural y la mortalidad infantil en la región, sufrió un recorte del 92 % del presupuesto por el presidente Temer, en 2018, al igual que otros programas de inversión en políticas sociales. Esto confirma que la falta de acceso al agua es más una cuestión de falta de prioridad política que una cuestión técnica o de restricción de recursos hídricos, tanto en Brasil como en Colombia, lo que explica, junto a otros factores, la judicialización de tal derecho.

Otro factor de riesgo que genera la actividad agrícola es el uso abusivo de agrotóxicos, lo que perjudica la calidad del agua para riegos que es devuelta al medio ambiente. Eso es así, por los impactos que el agua contaminada con residuos químicos causa en la salud humana y en los ecosistemas. Tal contaminación, además de que puede causar enfermedades graves en seres humanos, es una de las causas de muertes masivas de insectos polinizadores.

La muerte de los insectos, además de los impactos que genera en la cadena alimenticia de diversos animales, causa la reducción de la productividad agrícola<sup>185</sup>, por la pérdida de los servicios ecosistémicos que prestan esos animales. Ambos factores (deforestación y uso abusivo de agrotóxicos) también perjudican la actividad económica de ese sector, pues aumentan el rechazo al producto del agronegocio extensivo a los mercados interno e internacional<sup>186</sup>.

En el ámbito industrial, los riesgos más altos los genera la contaminación de las fuentes de agua por desechos industriales diversos que no son tratados o acondicionados adecuadamente, inclusive en la industria extractiva, y el riesgo de desastres ambientales de grandes proporciones, como los ocurridos

---

<sup>185</sup> Un informe reciente de la Plataforma Brasileira de Biodiversidade e Serviços Ecosistêmicos y la Rede Brasileira de Interações Planta-Polinizador (BPBES y REBIPP, 2019) indica que la deforestación, la contaminación por agrotóxicos y otros factores relacionados con prácticas agrícolas no sostenibles están entre los factores que perjudican la producción de alimentos y la conservación de la biodiversidad en Brasil, por sus impactos sobre los animales polinizadores. El informe destaca que algunos de los cultivos que dependen de tales animales son de gran importancia para la agricultura brasileña, como la soja, el café, los frijoles y la naranja.

<sup>186</sup> Son ejemplos de denuncias internacionales sobre los impactos negativos de la contaminación del agua o de la distribución inequitativa del agua en América Latina, entre otros, la privatización del agua en Chile y su consumo intensivo en la producción de alimentos para exportación, que compromete el agua de los pequeños propietarios de tierra; la concesión de fuentes de agua a una empresa minera en la región de La Guajira, en Colombia, que compromete la vida y la salud de los indígenas Wayúu; la alta tasa de contaminación en los campesinos del sur de Brasil o en Argentina, por el uso indiscriminado de defensivos agrícolas. La mortalidad de abejas también es un tema conflictivo en Colombia. En este país, una tutela ordenó investigar las causas del fenómeno (Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, fallo de tutela 213/2018, juez ponente Fredy Antonio Machado López). Aunque la tutela no fue confirmada por el Tribunal Superior de Cartagena, por una cuestión de forma, impulsó una medida preventiva de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, que, con base en el principio de precaución, prohibió los pesticidas con neoticotinoides, y un proyecto legislativo en el Congreso, lo que se puede entender como efectos indirectos de la sentencia de primer grado.

recientemente tras la ruptura de represas de minería en Brasil y otras partes del mundo.

En cuanto a la conexión entre agua y otros derechos, la Organización Mundial de Salud advierte que la inversión en acceso a agua potable y saneamiento básico reduce los gastos en salud, en una proporción de 4,3 veces, es decir que por cada dólar que se invierte en agua y saneamiento básico se ahorran 4,3 dólares en gastos en salud. Esto se debe al gran número de enfermedades transmitidas por el consumo de agua de mala calidad o el contacto con desechos contaminantes, que se pueden evitar con el consumo de agua tratada y el acceso a saneamiento básico (World Health Organization, UN-Water, 2014).

La falta de saneamiento urbano y rural también es una causa de la contaminación del suelo y del agua, que, a vez, puede perjudicar no solo la salud de las personas, sino las actividades económicas, inclusive, la producción de alimentos, en caso de que se use agua contaminada para el riego de la producción agrícola.

En un informe reciente, el Instituto Trata Brasil se refiere a otros beneficios de la implementación del saneamiento básico, desde el punto de vista económico (Freitas & Magnabosco, 2018). Además de la reducción de los gastos en salud, el instituto apunta ventajas como el aumento de la productividad de los trabajadores, por la reducción de enfermedades; la valorización inmobiliaria de las zonas beneficiadas; la expansión del turismo y la generación de empleo y renta en el propio sector de agua y saneamiento, uno de los tipos de empleos considerados “verdes” por la OIT y la ONU.

La importancia de preservar las fuentes de agua está vinculada directamente al derecho al trabajo, pues cualquier actividad económica depende del agua para su realización. Como lo ha destacado la ONU, el 78 % de los puestos de trabajo en el mundo dependen del agua para el ejercicio de su

actividad (WWAP, 2016). Por ese mismo motivo, el uso irracional o abusivo de agua por algunos sectores puede poner en riesgo el trabajo y la renta de muchas otras personas que dependen de la misma fuente de agua. Eso es notorio en los casos de contaminación o explotación abusiva de ríos y mares, especialmente cuando generan la interrupción repentina de la disponibilidad del agua<sup>187</sup>.

Además, la externalización de los costos ambientales de ciertas actividades o su exoneración fiscal hace que el bajo precio de algunos productos agrícolas o extractivos oculte la contraprestación insuficiente para el provecho económico de la actividad o la insuficiente reparación de los daños ambientales causados a la colectividad, ya que tales costos no se tienen en cuenta en la formación de los precios.

Por otro lado, analizando los riesgos de *dumping* ambiental, la propia contaminación del agua es vista por algunos investigadores como una forma de reducir las oportunidades económicas de terceros o de generar “nuevas oportunidades de negocios” (Isch, 2011, pp. 103-104), por simple racionalidad económica basada en el paradigma de la escasez (reducción de la oferta para aumentar el precio, por ejemplo). Tal riesgo merece ser considerado en el contexto latinoamericano, ya que reducir el agua y la riqueza natural disponibles en una región puede significar una reserva de mercado futuro de otras regiones o la creación artificial de escasez para manipular el precio o crear demanda para el comercio privado de un servicio o recurso.

---

<sup>187</sup> Además de los casos colombianos que serán analizados, dos casos objeto de decisiones recientes en América del Sur son emblemáticos para entender la importancia que tienen los ríos vivos para las comunidades de su entorno: la ruptura de una represa de desechos mineros de la empresa Samarco (controlada por las multinacionales BHP Billiton y Vale SA), en la ciudad de Mariana, en Minas Gerais, Brasil, que afectó diversas actividades económicas realizadas a lo largo del río Doce, inclusive, las de la propia Samarco. En Argentina, la construcción de una represa en el río Atuel perjudicó el acceso al agua en la región de la Pampa, y generó un estancamiento económico en la zona, además de otras pérdidas sociales y culturales. Ambos casos fueron judicializados en Brasil y Argentina. La ruptura de otra represa de desechos mineros en Brumadinho, Minas Gerais, Brasil, generó otro gran impacto ambiental por la contaminación de ríos o arroyos, además de la muerte probable de más de 250 personas (trabajadores, habitantes o visitantes del entorno) y un gran impacto en las actividades económicas de la región. Un caso colombiano reciente, que se asemeja al caso argentino, fue el cierre de las compuertas de la hidroeléctrica Hidroituango, por el riesgo de colapso de su estructura, y las consecuencias que tuvo para el río Cauca y su entorno.

También es importante considerar los riesgos del ingreso de sustancias contaminantes diversas al territorio local, inclusive, la exportación ilegal de basura, de desechos tóxicos o contaminantes y de productos químicos considerados como peligrosos, lo que suele ocurrir en perjuicio de los países más pobres. Por ello, debido a los riesgos para el agua y el medio ambiente, es necesario tener en cuenta y dar efectividad a las reglas del Convenio de Basilea (PNUMA, Naciones Unidas, 1989).

La soberanía de América Latina para decidir sobre el uso del agua también encuentra obstáculos en la división internacional del trabajo, que desincentiva o impide el desarrollo de actividades industriales en la región y estimula la producción agrícola y extractiva para la exportación, muchas veces por medio de la concesión de recursos naturales a empresas extranjeras o de la suscripción de tratados de libre comercio que imponen una relación de subalternidad económica similar a la del período colonial. Eso direcciona el uso de las tierras y del subsuelo regional para actividades económicamente poco ventajosas (principalmente, *agrobusiness* y explotación minera y petrolera) y la exportación de productos brutos, que terminan, también, por exportar empleos y renta que se podrían generar localmente, si el beneficio de los productos se produjera en la región.

Hay que destacar que la exportación de esos productos implica la exportación de gran cantidad de **agua virtual**<sup>188</sup>.

La consideración acerca del **agua virtual** o de la **huella hídrica**<sup>189</sup> de determinados productos, es decir, de la cantidad de agua necesaria para

---

<sup>188</sup> Según Hoekstra (2003, p. 13), “El agua virtual es el agua ‘incorporada’ en un producto, no en el sentido real, sino en el sentido virtual. Se refiere al agua necesaria para la producción de un producto. El agua virtual también se ha denominado ‘agua embutida’ o ‘agua exógena’, refiriéndose esta última al hecho de que la importación de agua virtual de un país significa utilizar agua que es exógena al país importador”. Traducción libre de: “Virtual water is the water ‘embodied’ in a product, not in real sense, but in virtual sense. It refers to the water needed for the production of the product. Virtual water has also been called ‘embedded water’ or ‘exogenous water’, the latter referring to the fact that import of virtual water into a country means using water that is exogenous to the importing country” (Hoekstra, 2003, p. 13).

<sup>189</sup> Hay varios métodos para medir la huella hídrica de los productos. Una fórmula internacional está contenida en la Norma ISO 14046. Se estima, por ejemplo, que para producir una taza de café son necesarios

producirlos, suele transferir a países pobres las actividades económicas con alto consumo de agua y bajo valor agregado. Esto reserva indirectamente el uso del agua de los países más ricos o políticamente más influyentes para actividades económicamente más “ventajosas” o, inclusive, para el abastecimiento de su población, aumentando potencialmente la inseguridad hídrica, la pobreza y la desigualdad en el acceso al derecho fundamental en los países exportadores de productos agrícolas y minerales. La propia decisión de lo que tiene bajo o alto valor económico es determinada geopolíticamente, pues no hay ninguna racionalidad puramente económica en la formación internacional de los precios.

En lo que se refiere a las consecuencias de las políticas económicas neoliberales sobre el trabajo, otros factores agravan el escenario de disputa por la tierra y el agua. La desindustrialización<sup>190</sup> provocada por las políticas de apertura de mercados y de predominio del capital financiero sobre el capital productivo generó una reducción del nivel y de la calidad de los empleos en las grandes ciudades, especialmente en la industria manufacturera, lo que está causando una ola migratoria de retorno al campo o a pequeñas ciudades, en busca de oportunidades de trabajo y renta o, incluso, de un estilo de vida sencillo, menos costoso y/o más cercano a la naturaleza.

El fenómeno de los “neorrurales” o “nuevos rurales”<sup>191</sup> no está suficientemente visibilizado en los tribunales, en los casos de judicialización de las luchas por la tierra y el agua. Tales grupos sociales no corresponden necesariamente al perfil de los campesinos tradicionales, y pueden estar interesados en desarrollar actividades económicas diversificadas en el campo (turismo rural y manufactura de bebidas y alimentos, por ejemplo). Eso refuerza

---

140 litros de agua o que para producir un kilogramo de pollo se consumen casi 4.000 litros de agua, para mencionar solo dos productos que exportan Brasil y Colombia.

<sup>190</sup> En los últimos años, Brasil y América Latina perdieron varias de sus industrias. Economistas que proponen políticas desarrollistas para los países emergentes, como Ha Joon Chang, clasifican la desindustrialización de Brasil como una de las mayores del mundo en la historia económica (Oliveira, 2018).

<sup>191</sup> El fenómeno es objeto de estudio en Brasil y Colombia. El desplazamiento de las ciudades al campo tiene diversas razones, y lleva al campo otro perfil de habitantes, inclusive, más gente cuyo negocio o estilo de vida necesita de un ambiente ecológicamente equilibrado y con protección de las fuentes de agua. Ver, por ejemplo, Sastoque (2013) y Brandenburg (2010).

la importancia de discutir los derechos al trabajo, a la tierra y a la autonomía local, para decidir sobre los usos del suelo y el subsuelo, cuestión que se refleja en los conflictos de intereses que se dan en las consultas previas y populares acerca de actividades mineras, de extracción de petróleo o de construcción de megaproyectos de infraestructura, ante los riesgos de desplazamiento y pérdida de territorios y renta de la población rural o del interior del país, sin que las grandes ciudades, hoy por hoy, puedan absorber nuevas demandas de empleo y de acceso a servicios públicos.

Tanto en Brasil como en Colombia, todavía se nota el surgimiento de conflictos relacionados con la apertura del mercado agrícola nacional al mercado internacional. Eso puede darse de varios modos, como la firma de tratados de libre comercio sin la protección de productos de la agricultura familiar, la retirada local de barreras comerciales *antidumping*, el aumento de la tasación de productos agrícolas locales y la autorización de compra de tierras por extranjeros. Esto indica que incluso las formas tradicionales de actividad económica de la región están desprotegidas para la población local<sup>192</sup>, ante la imposición de los dogmas de la economía neoliberal, lo que puede intensificar los conflictos por tierra, trabajo y agua.

En cuanto a las actividades extractivas, Brasil y Colombia tienen un gran potencial para sustituir el uso de combustibles fósiles, especialmente por la disponibilidad de fuentes alternativas de energía. No obstante, esto no se ha hecho todavía, y se va manteniendo la dependencia del petróleo, cuya extracción, además de generar un alto riesgo de contaminación de aguas subterráneas y superficiales, consume una gran cantidad de agua en toda la cadena de producción, de modo que exportar crudo o sus subproductos es exportar agua. Lo mismo pasa con los biocombustibles, como el etanol, cuya exportación significa, también, la exportación de agua gratis.

---

<sup>192</sup> La disputa internacional del mercado agrícola también es fruto de la desindustrialización de los países ricos y de los subsidios locales concedidos por tales países, que tornan desleal la competencia, como lo reconoce la propia OMC en el caso de Brasil.

Es importante tener en cuenta que la producción energética en Brasil y Colombia (sobre todo en Brasil) es muy dependiente del agua (más del 50 % de la matriz energética de Brasil es **hidroeléctrica**). Por otro lado, otras fuentes de energía se pueden obtener a partir del **agua** (por ejemplo, los motores movidos por electrólisis, inclusive, con el uso del agua del mar). Sin embargo, el agua **es insustituible**, lo que debería hacer que prevalezca su protección cuando esté en conflicto con otros derechos u otras actividades económicas, como se discutirá más adelante.

El agua tiene una reconocida importancia cultural, religiosa y social, conforme al derecho local e internacional aplicable en ambos países. Tal patrimonio inmaterial también está en el origen de la protección de varios ecosistemas por la Constitución, los tratados y las leyes de Brasil y Colombia.

La conservación de la foresta amazónica es otro foco de conflicto actual, no solo porque es esencial para el equilibrio del planeta, sino por la necesidad de preservar los ríos aéreos que ella genera y que equilibran el régimen de lluvias de Colombia y Brasil. Además, la preservación de la foresta está vinculada a la protección del río Amazonas, de los acuíferos de la región, de las tierras de los pueblos tradicionales locales, de la protección de su existencia y de la preservación de sus modos de vida. Hay que registrar que la foresta amazónica preservada es, también, una fuente potencial de trabajo y renta, que no compromete la lucha contra el cambio climático (o crisis ambiental) y la protección del derecho de las generaciones futuras a un medio ambiente sano y protegido.

Finalmente, en el contexto específico de la investigación, no se puede ignorar que la existencia de cultivos ilícitos torna más complejo el problema del acceso a la tierra y al agua en Brasil y Colombia, y que es causa de parte de la violencia en el campo. En Colombia, esta situación victimiza, inclusive, a los campesinos que adhieren a las políticas de sustitución de cultivos ilícitos.



El debate acerca de la legalización o no de los cultivos ilícitos no debería evitarse, ante su planteamiento y aprobación en otras partes del continente. Sin embargo, en caso de una eventual aprobación, se deben considerar los posibles impactos en las políticas de acceso a la tierra y al agua y su destinación, cuestión que merece atención en Brasil y Colombia, donde la protección a los campesinos, a la agricultura familiar y a la seguridad alimentaria son todavía frágiles, a pesar del esfuerzo del legislador constituyente para cambiar esa realidad.

En el contexto examinado, es importante entender cómo la prevalencia de un modelo económico que privilegia al inversionista internacional, sumado a los procesos de violencia armada internos, se relaciona con las muertes, los desplazamientos y las amenazas a los habitantes y trabajadores del campo, fenómenos que funcionan con una lógica de “economía del exterminio” (Cárdenas, 2019) que permite eliminar o silenciar modos de vida y producción contrahegemónicos. Eso no debería seguir siendo ignorado por los poderes encargados de proteger los derechos humanos y fundamentales, a fin de promover soluciones estructurales en contra de las violaciones masivas a múltiples derechos fundamentales (la vida, la tierra, la vivienda, el agua y el trabajo) que eso representa.

Entender el complejo contexto que involucra la importancia del agua y los desafíos para su protección en América Latina es importante para promover la tutela efectiva del derecho, que dispone de suficientes mecanismos jurídicos y normativos para su implementación, como se verá.

El ejemplo colombiano de aplicación judicial del derecho es paradigmático para Brasil, pero, por otro lado, ambos países sufren idénticas presiones internacionales que actúan en contra de la efectividad del derecho y de su universalización, en múltiples aspectos, desafío común que debe ser comprendido y enfrentado.

## **1.2. La implementación del derecho al agua potable y al saneamiento básico en Brasil y Colombia. Nivel de satisfacción de las necesidades y desafíos pendientes para su efectividad**

Estudios realizados en Brasil en 2016 indican que, entre 2003 y 2014, la cobertura del servicio de suministro de agua para la población avanzó del 88 % al 95 %, y la del servicio de alcantarillado, del 46 % al 56 % (DIEESE, 2016). Cabe señalar que la población de Brasil es más de cuatro veces superior a la de Colombia, lo que significa que la población brasileña sin acceso a alcantarillado equivale a más del doble de los habitantes de Colombia.

En Colombia, por su parte, la cobertura del servicio de acueducto, incluidas las soluciones alternativas (soluciones individuales), pasó del 90,31 %, en 2002, a 91,60 %, en 2013, mientras la cobertura de alcantarillado, en el mismo período, saltó del 83,33 % al 86,32 % (Subdirección de Agua y Saneamiento, s.f).

Datos de Colombia de 2017 indican que la cobertura urbana de acceso al agua era del 97,4 %, y la rural, del 73,2 %, con un total nacional del 92,4 % (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2018). En cuanto al servicio público domiciliario de alcantarillado, para el mismo año, la cobertura era del 92,4 %, en suelo urbano, y del 70,1 % en suelo rural, con total nacional de 88,2 %, lo que indica que la cobertura se sigue ampliando.

Por otro lado, ambos países tienen números preocupantes relativos a la pérdida de agua tratada en los servicios de acueducto, que, según datos de 2017, era del 41 %, en Colombia (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2018, p.17) y, de acuerdo con datos de 2014, del 36,7 %, en Brasil (DIEESE, 2016, p. 8).

La pérdida de agua no solo revela fallas en la eficiencia de la infraestructura, sino la existencia de un consumo no autorizado. Merecen

atención los casos en que este consumo se debe al aumento de la pobreza, fenómeno que también es responsable de los cortes de suministro de agua por falta de pago, y que se debe enfrentar de forma estructural, para ampliar el acceso efectivo al derecho, lo que está relacionado con criterios de accesibilidad económica<sup>193</sup>. Tal cuestión encuentra mejores perspectivas de enfrentamiento jurídico en Colombia que en Brasil, como se verá.

En lo que se refiere al tratamiento de las aguas residuales, el problema también es grave. De acuerdo con datos de 2017, Colombia trata el 42 % de la colecta urbana (Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, 2018, p. 16) y Brasil, según datos de 2016, apenas el 44,9 % (Ministério das Cidades, 2018, p. 1). En ambos casos, los desagües domésticos son una fuente importante de contaminación del agua, lo que es particularmente grave en la zona rural y en la región norte de Brasil, donde, en general, la cobertura de alcantarillado y de tratamiento de los desagües domésticos, así como de los residuos industriales y los residuos sólidos, es muy inferior a la media nacional.

A pesar de que la ONU reconoció el acceso al agua potable como un derecho humano, el suministro público de agua en Brasil continúa sin ser tratado como derecho fundamental, y no se observa una posibilidad de avances a corto plazo, ante la política de recortes de gastos públicos y de regresión de derechos en materia social y ambiental implementada a partir de 2016, lo que contribuye a empeorar los índices de desarrollo humano y de desigualdad social en el país.

Cinco factores, todos vinculados al modelo político-económico neoliberal, apuntan al posible descenso del acceso al agua potable en Brasil: (i) el riesgo de privatización de las empresas públicas de suministro de agua y alcantarillado en los Estados (compañías estatales de saneamiento básico, CESB) y en los municipios brasileños; (ii) el aumento de la pobreza, causado por el desempleo

---

<sup>193</sup> El cuarto informe sobre el derecho al agua de uno de los relatores de la ONU para tal derecho, el brasileño Léo Heller, menciona la posición de la ONU al respecto (Observación General n.º 15, párrafo 44) y cita iniciativas internacionales que impiden cortar el suministro de agua o energía eléctrica por la situación de pobreza, como la Ley Sudafricana de Servicios Hídricos (Act 108, 1997, art. 4, 3, c) y la Lei Brottes (Ley 312, 2013, art. 19) de Francia (Conselho de Direitos Humanos, 2015, p. 15).

estructural, la precarización del trabajo y las regresivas reformas del sistema de pensiones, que perjudican la renta individual necesaria para costear los servicios públicos; (iii) la ausencia de una política nacional de tarifas sociales para el sector o de garantía de un mínimo vital gratuito de agua; (iv) la política económica que debilita (por las exenciones fiscales) o congela (política de “austeridad”) el presupuesto público y recorta los gastos sociales y (v) el mantenimiento del sistema de la deuda, sin auditoria, que sigue consumiendo cerca de la mitad del presupuesto público en sus pagos.

Las cinco políticas antes mencionadas, como lo registra la experiencia internacional comparada, agravan el problema de sostenibilidad de los derechos sociales y del derecho al agua, porque perjudica la calidad y la expansión del servicio, aumenta su costo, aumenta la pobreza y reduce la capacidad del Estado de hacer políticas compensatorias, lo que, a su vez, genera un círculo vicioso contrario al acceso al derecho.

El desempleo estructural perjudica la capacidad de pago de los servicios domiciliarios, y aumenta los niveles de impago de los consumidores y las pérdidas de agua por desvíos y fraudes diversos.

El aumento de las tarifas de agua, práctica común en caso de privatización, es perjudicial para la generación de empleos y renta, ya que el agua es un insumo esencial para la realización de cualquier actividad económica, y la existencia de tarifas elevadas puede inviabilizar la sostenibilidad de los negocios que dependan del uso intensivo de ese recurso. Además, contribuye al aumento de las pérdidas de agua por consumo no autorizado (hurtos, fraudes y desvíos), lo que disminuye la eficiencia del servicio.

Por su parte, las políticas recesivas del Estado (exenciones fiscales, evasión fiscal no combatida, políticas de austeridad selectiva y políticas de incremento artificial de la deuda pública) impiden o dificultan la realización de políticas de subsidio de tarifas públicas o de financiación del mínimo vital.

Por su importancia como servicio esencial, derecho fundamental o insumo básico de cualquier actividad económica, el agua no puede ser tratada, en sí misma, como mercancía. Tornar el agua costosa, por el incremento de su escasez, y no enfrentar las cuestiones estructurales que generan los problemas relativos a su disponibilidad, calidad, distribución y tratamiento, como ocurre en Brasil, termina por generar un círculo vicioso que puede provocar retrocesos, incluso en los niveles de acceso al derecho actualmente conquistados.

Por lo tanto, es necesario pensar en un modelo de protección del derecho al agua compatible con un modelo de desarrollo sostenible constitucionalmente adecuado, con el fin de alcanzar los parámetros mínimos exigidos por el derecho internacional. Por todos los motivos expuestos, las políticas neoliberales que se pretende implementar en el sector, además de ser ineficaces e ineficientes para ampliar el acceso al agua potable, violan los principios contenidos en las normas del sistema internacional público de protección de los derechos humanos vigentes en Brasil y Colombia, que deben definir las políticas públicas específicas del sector.

En los casos examinados, además de entender que las normas de derecho internacional y nacional vinculan a los órganos responsables de la implementación de los servicios públicos de suministro de agua y alcantarillado y, por tanto, su eficacia no depende obligatoriamente de la intervención del poder Judicial, hubo situaciones en que la actuación de ese poder fue esencial para consolidar la política pública, especialmente en un contexto donde la omisión estatal era persistente y la vulnerabilidad social era alta, como se analizará en seguida.

Se considera que los avances de la jurisprudencia colombiana sobre la constitución del derecho fundamental al agua potable, en sus perspectivas individual y colectiva, puede inspirar a Brasil a avanzar más rápidamente en la

protección de ese derecho, sin obviar la experiencia que registra avances progresivos desde hace más de veintiséis años.

### **1.3. Conclusiones del capítulo**

En este capítulo se observó que, para analizar las cuestiones que involucran la implementación del derecho al agua en América Latina, es necesario comprender las disputas relacionadas con ese bien desde el punto de vista geopolítico, además de los riesgos específicos de escasez que enfrenta la región, una de las que posee la más alta disponibilidad hídrica del planeta, aunque con gran desigualdad en su distribución y acceso.

Inicialmente, es necesario tener en cuenta que el concepto de escasez de agua es siempre antropocéntrico (Milliet, 2017) y está vinculado esencialmente a problemas de gestión (Ribeiro, 2008) o preferencias políticas. Por tal motivo, el acceso al agua en el mundo es física y socialmente desigual (Ribeiro, 2008). Eso se puede verificar cuando se analizan comparativamente distintas regiones del mundo, de un país o, incluso, de un mismo municipio (Frasson, 2018a y 2018b).

En lo que se refiere a los usos del agua, apenas del 8 % al 10 % del agua total se gasta directamente en el consumo humano y animal. Entre el 70 % y el 72 % se emplea en la actividad agrícola, sobre la cual deberían concentrarse prioritariamente las políticas relacionadas con el uso sostenible del recurso (García, 2017), lo que no ocurre en América Latina, a pesar de ser la región muy dependiente económicamente de la producción agrícola.

Por otro lado, la implementación del derecho al agua, además de ser esencial para la vida humana, contribuye a mejorar otros derechos y servicios, con positivos impactos sociales y económicos.

Según la OMS, la inversión en acceso al agua potable y el saneamiento básico reduce los gastos en salud, en una proporción de 4,3 dólares por cada dólar invertido. También causa valorización inmobiliaria, incremento de la productividad, expansión del turismo y generación de empleo y renta, incluidos los empleos verdes del propio sector. Además, el agua tiene una importancia cultural, religiosa y social, conforme el derecho local e internacional aplicables en Brasil y Colombia, que también protege su valor inmaterial.

La soberanía de América Latina para decidir sobre los usos de su agua encuentra obstáculos en la división internacional del trabajo, que desincentiva o impide el desarrollo de actividades industriales en la región, lo que intensifica el uso de agua, pues a la región se suelen transferir actividades económicas con alto consumo de agua y bajo valor económico agregado. Esto genera, por un lado, exportación intensiva de agua virtual y, por otro, Estados débiles desde el punto de vista fiscal.

En el contexto examinado, la prevalencia de un modelo económico que privilegia al inversionista internacional y a las actividades agropecuarias y extractivas está directamente relacionada con la violencia en contra de los habitantes y trabajadores del campo y la disputa por sus territorios. Este fenómeno funciona con una lógica de “economía del exterminio” (Cárdenas, 2019), que permite eliminar o silenciar modos de vida y de producción contrahegemónicos, lo que, en Brasil y Colombia, requiere un tratamiento y una reparación estructurales.

Cinco factores, todos vinculados al modelo político-económico neoliberal, apuntan al posible descenso del acceso al agua potable en Brasil, si esa tendencia no se revierte: (i) el riesgo de privatización de empresas públicas de suministro de agua y alcantarillado existentes en los Estados (CESB) y en los municipios brasileños; (ii) el aumento de la pobreza, por el desempleo estructural y la precarización del trabajo y del sistema de pensiones; (iii) la ausencia de una política nacional de tarifas sociales para el sector o de la garantía de un mínimo

vital gratuito de agua; (iv) la política económica que debilita el presupuesto público y congela los gastos sociales (política de “austeridad” selectiva) y (v) el mantenimiento del sistema de la deuda pública sin auditorías, que consume cerca de la mitad del presupuesto público. Estos factores se deben enfrentar de modo contrahegemónico, para la implementación del derecho.

Sobre la satisfacción de las necesidades relacionadas con el derecho al agua, además de superar las desigualdades regionales existentes en cuanto al acceso al agua potable, también es necesario avanzar en el saneamiento rural, cuyo déficit es superior al urbano en Brasil y Colombia. Por otro lado, ambos países tienen números preocupantes de pérdida de agua tratada, que supera un tercio del agua distribuida, y de tratamiento de aguas residuales, que es inferior al 50 % del agua colectada, con índices diferentes y desiguales entre las regiones más ricas y pobres, y con desigualdades regionales más acentuadas en Brasil.

Finalmente, es necesario comprender que, por su importancia como servicio esencial, derecho fundamental o insumo básico de cualquier actividad económica, el agua no puede ser tratada como simple mercancía. Por lo tanto, es necesario pensar en un modelo de protección a ese derecho que sea constitucionalmente adecuado, observe los parámetros mínimos exigidos por el Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y sea compatible con un modelo de desarrollo social, económica y ambientalmente sostenible.

La intervención del poder Judicial en Colombia, con una experiencia de más de veintiséis años de avances progresivos, fue esencial para la consolidación de las políticas públicas del sector, especialmente en un contexto de persistente omisión estatal y elevada vulnerabilidad social, como se analizará en los capítulos siguientes.

Sin embargo, los desafíos geopolíticos son una amenaza regresiva para ambos países, y no pueden ser ignorados, si se quiere cumplir el objetivo de



universalizar el derecho, como es la meta en el ámbito del sistema internacional público de derechos humanos, especialmente, por medio de la Agenda 2030.

## **CAPÍTULO 2. La normativa internacional acerca del derecho fundamental al agua aplicable en Brasil y Colombia y las estrategias emergentes de protección al derecho**

En el plano internacional, Brasil y Colombia son miembros de la ONU y pertenecen al Sistema Universal de Derechos Humanos vinculado a tal órgano. Como tales, reciben los impactos políticos, económicos y jurídicos de las conferencias, convenios y programas aprobados o desarrollados por tal organización, con una mayor o menor efectividad en su adhesión o implementación, conforme a los compromisos políticos de los gobiernos locales, la fuerza de las luchas ciudadanas y el papel que ejercen las instituciones jurídicas en su aplicación.

Ambos países también están vinculados al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y reconocen la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para decidir acerca de la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y su Protocolo adicional (Protocolo de San Salvador)<sup>194</sup>.

Por pertenecer al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y reconocer la competencia de la Corte Interamericana, Brasil y Colombia están vinculados a la jurisprudencia de esa corte como fuente de derecho, y están sometidos a la fiscalización del cumplimiento de los convenios del sistema por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que puede presentar quejas en contra de los dos países ante la Corte Interamericana.

Es relevante tener en cuenta que conforme a los artículos 27 de la Convención de Viena y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la observancia del principio de **prevalencia de la norma más favorable** es un criterio general de interpretación de las disposiciones

---

<sup>194</sup> Aprobados en Brasil y Colombia, por medio de los siguientes instrumentos normativos: decretos 678 de 1992 y 3321 de 1999, en Brasil, y leyes 16 de 1972 y 319 de 1996, en Colombia.

internacionales de ambos sistemas, cuando son confrontadas con las normas internas de los países miembros u otras normas internacionales aplicables. Tal principio también está presente en dispositivos constitucionales de Brasil y de Colombia, especialmente en los campos del derecho penal y el derecho laboral, así como en otras normativas específicas, inclusive, en materia ambiental.

En seguida, se analizarán las principales normas internacionales aplicables al campo del derecho al agua y algunas tendencias en el campo del derecho internacional para proteger el agua, el derecho a la tierra y el derecho fundamental al medio ambiente sano y protegido, que se pueden aplicar en ambos países.

### **2.1. Las normas del Sistema Universal de Derechos Humanos y su aplicación en Brasil y Colombia**

En el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos, ambos países están vinculados a la Declaración universal de derechos humanos (1948), aprobada por la Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, que garantiza, indistintamente, derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, como la vida, la seguridad, el trabajo, la salud, el bienestar, la alimentación, la vivienda, entre otros. Además, ambos aprobaron convenios fundamentales vinculantes<sup>195</sup> que pueden ser invocados para proteger el derecho al agua, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) (PIDCP) y su Protocolo Facultativo (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (PIDESC) y la Convención sobre los derechos del niño (1989), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

---

<sup>195</sup> Instrumentos normativos aprobados por las siguientes leyes y decretos: Ley 74 de 1968, Ley 12 de 1991, Ley 51 de 1981 y Ley 1346 de 2009, en Colombia, y Decreto 591 de 1992, Decreto Legislativo 311 de 2009, Decreto 592 de 1992, Decreto 99710 de 1990, Decreto 4377 de 2002 y Decreto 6949 de 2009, en Brasil.

El PIDCP puede ser invocado, por ejemplo, para la protección de los derechos a la vida; a la libre autodeterminación de los pueblos, inclusive, para utilizar sus recursos naturales; a la participación política y a la libertad de expresión, estas últimas, necesarias para garantizar la lucha por la protección de otros derechos, incluido el derecho al agua.

De modo indirecto, por su conexidad con otros derechos, el PIDESC protege el derecho al agua, al proteger los derechos a la alimentación, a la vivienda digna y a la salud. Los convenios específicos mencionados contienen dispositivos relativos al derecho al acceso al agua potable, que les dan una protección preferencial o no discriminatoria a los sujetos vulnerables objeto de protección especial (mujeres, niñas y niños y personas con discapacidad).

Cada uno de esos pactos tiene un comité encargado de vigilar su cumplimiento, como el Comité de Derechos Humanos (CDH); el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC); el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por su sigla en inglés); el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por su sigla en inglés) y el Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD, por su sigla en inglés).

Estos comités tienen poderes variados, según el marco normativo que los rige. Como competencia mínima, todos pueden **analizar los informes** periódicos sobre el cumplimiento de los convenios respectivos por parte de los Estados y **emitir recomendaciones y observaciones generales** que “interpretan las disposiciones de los pactos y aclaran el alcance de las obligaciones de los Estados parte en virtud de éstos” (Bregaglio, 2013, p. 98). Las recomendaciones y observaciones suelen reforzar y detallar las disposiciones específicas del convenio objeto de seguimiento, e integrarlas a las normas y principios que rigen el funcionamiento del sistema internacional universal y la aplicación de los derechos humanos.

Brasil y Colombia no firmaron ni ratificaron el Protocolo Facultativo del PIDESC, lo que indica que no reconocen al CDESC como órgano competente para recibir y examinar denuncias individuales y quejas interestatales de violación a los DESC. No obstante, el comité puede **examinar los informes, y sus observaciones pueden ser utilizadas en los sistemas nacionales e internacionales de justicia como instrumento de interpretación del PIDESC** y, subsidiariamente, de otras normas internacionales o internas sobre los DESC, lo que es esencial en el campo del derecho al agua, ante los avances y la sistematización que el CDESC ha efectuado con relación a ese derecho.

En lo que se refiere al agua, la Observación General n.º 15 del CDESC (2002) detalla el contenido normativo y los requisitos para la implementación del mencionado derecho, lo que pasó por un proceso de consolidación en el sistema internacional a partir de los años setenta, tanto en el marco de la protección al medioambiente y al desarrollo sostenible, como en el marco del acceso al agua potable y el saneamiento básico como derecho humano esencial.

Ambos aspectos deben ser analizados en conjunto, porque, a diferencia de otros derechos cuyas políticas públicas pueden ser desarrolladas directamente por los gobiernos, la disponibilidad y la calidad del **agua** depende de un **medio ambiente sano y protegido**. Proteger el derecho fundamental al agua, por tanto, significa, al mismo tiempo, **proteger al medio ambiente y fomentar las políticas públicas de acceso al agua potable y al saneamiento básico**.

Como derecho fundamental esencial para la realización de otros derechos, declarado así por la ONU, su violación puede ser objeto de denuncia ante el CDH, cuando se compromete la realización del **derecho a la vida**, tal como lo reconoció la Resolución 15/9, expedida en el ámbito de tal comité (Resolución 15/9, A/HRC/RES/15/9, 2010).

Los siguientes hitos (eventos y normas internacionales) indican el desarrollo de la protección internacional del derecho al agua mediante la protección del medio ambiente (ONU, A ONU e o meio ambiente, s.f.) y mediante la protección específica del derecho fundamental al agua potable (ONU, El derecho humano al agua y al saneamiento. Hitos, s.f.). A continuación, se destacan las disposiciones internacionales más relevantes para la constitución de este derecho, que ayudan a interpretar su contenido normativo esencial:

- **Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente humano - Conferencia de Estocolmo y Declaración de Estocolmo - Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano (1972).** Como resultado de dicha conferencia, se establecieron los principios para la protección del medio ambiente, a favor de las actuales y futuras generaciones. Además, se impulsó la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), que fue sustituido por la Agencia ONU Medio Ambiente (Naciones Unidas, 1973).
- **Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua - Conferencia de Mar del Plata (1977).** Reconoció por primera vez al agua como derecho humano. En sus resoluciones, declaró que “[t]odos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso a agua potable en una cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”<sup>196</sup> (Naciones Unidas, 1977, II, a, p. 66).
- **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).** Dispone, en su artículo 14(2)(h), que “[l]os Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la

---

<sup>196</sup> Traducción libre de: “All peoples, whatever their stage of development and their social and economic conditions, have the right to have access to drinking water in quantities and of a quality equal to their basic needs” (United Nations, 1977, II, a, p. 66).

supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer en las zonas rurales: (...) (h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones” (Naciones Unidas, 1979, art. 14, 2, h).

- **Comisión sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1983).** Presidida por la médica Gro Harlem Brundtland, esta comisión fue responsable del informe “Nuestro futuro Común” (o “Informe Brundtland”), publicado en 1987, que definió por primera vez el desarrollo sostenible como aquel que “satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones” (Naciones Unidas, 1987, 3, párr. 27, p. 23). Además, sentó las bases para la Agenda 21 y para los principios de la declaración de la Conferencia de Río 92.
- **Panel Intergubernamental para los Cambios Climáticos (1988).** El PNUMA y la Organización Meteorológica Mundial (OMM) se unieron para crear este panel, que se convirtió en la principal fuente de información científica sobre los cambios climáticos. A partir de allí, se adoptaron la **Convención cuadro de las Naciones Unidas sobre cambios climáticos** (Naciones Unidas, 1992) y el **Protocolo de Kyoto** (Naciones Unidas, 1997), que establece metas en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.
- **Convención sobre los derechos del niño (1989).** Menciona explícitamente al agua, al saneamiento ambiental y a la higiene en su artículo 24, numeral 2, según el cual: “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas,

la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; (...) e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos” (Naciones Unidas, 1989, art. 24).

- **Conferencia internacional sobre agua y desarrollo sostenible - Conferencia de Dublín (1992).** En su principio 4, declara que el agua tiene “valor económico”, y prevé “ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible” (Organización Meteorológica Mundial, 1992). Tal declaración, además de reconocer el derecho humano al agua, impulsa su privatización, fomentando compromisos internacionales en ese sentido, con resultados controvertidos, como se verá.
- **Conferencia de Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo - Conferencia de Río 92 (1992).** En esta conferencia, se creó la **Comisión para el Desarrollo Sostenible** (CDS), responsable del monitoreo de la implementación de la **Agenda 21**, que consiste en un plan de acción exhaustivo para la implementación de los principios del desarrollo sostenible (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, s.f.). Además, se firmaron la **Declaración de Río de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo** (Naciones Unidas, 1992b); el **Convenio sobre diversidad biológica** (Naciones Unidas, 1992c)<sup>197</sup> y la **Convención marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático** (Naciones Unidas, 1992a). El capítulo 18 del Programa 21 refrendó la

---

<sup>197</sup> Se trata de un instrumento normativo relevante en la protección ambiental, como se verá en los casos analizados, aprobado, respectivamente, por las siguientes normas: Ley 165 de 1994, en Colombia, y Decreto 1519 de 1998, en Brasil.



Resolución de la Conferencia de Mar del Plata sobre el agua, en la que se reconoció que todas las personas tienen derecho al acceso al agua potable, a lo que se le llamó “la premisa convenida”.

- **Conferencia internacional de las Naciones Unidas sobre la población y el desarrollo (1994).** El Programa de Acción de la conferencia afirma, en su principio 2, que “[l]os seres humanos son el elemento central del desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza. La población es el recurso más importante y valioso de toda nación. Los países deberían cerciorarse de que se dé a todos la oportunidad de aprovechar al máximo su potencial. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados” (Naciones Unidas, 1995, principio 2, p. 10).
- **Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/Res/54/175 (1999) - “El derecho al desarrollo”.** El artículo 12 de la resolución reafirma que la “total realización del derecho al desarrollo” incluye, entre otros, el derecho a la alimentación y a un agua pura, como “derechos humanos fundamentales”. Además, que “su promoción constituye un imperativo moral tanto para los gobiernos nacionales como para la comunidad internacional”<sup>198</sup> (Naciones Unidas, 2000a, art. 12, a, p. 4).
- **Cúpula del Milenio de las Naciones Unidas (2000).** Determinó los **Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)**, esto es, ocho objetivos internacionales de desarrollo para el año de 2015. **El Objetivo 07** (garantizar la sostenibilidad ambiental) incluía la promoción del acceso al agua potable y al saneamiento básico entre sus metas, y pretendía reducir

---

<sup>198</sup> Traducido de: “(a) The rights to food and clean water are fundamental human rights and their promotion constitutes a moral imperative both for national Governments and for the international community;” Naciones Unidas, 2000, art. 12, a, p. 4)

a la mitad el porcentaje de la población sin acceso al agua potable (Naciones Unidas, 2010).

- **Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible (2002).** La declaración política de la cumbre incluyó una felicitación, porque “la Cumbre de Johannesburgo haya centrado la atención en la universalidad de la dignidad humana”. Los firmantes se declararon “resueltos, no sólo mediante la adopción de decisiones sobre objetivos y calendarios sino también mediante asociaciones de colaboración, a aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención de la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad” (Naciones Unidas, 2002, párr. 18, p.3).
  
- **Observación General n.º 15 del CDESC (2002) - El “derecho al agua”.** La Observación General n.º 15 interpreta el PIDESC, reafirmando el derecho al agua en la legislación internacional y detallando su contenido normativo. Así mismo, establece las obligaciones de los Estados parte en materia del derecho humano al agua y define qué acciones podrían ser consideradas como una violación a ese derecho. El artículo I.1 dispone que “[e]l derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (Observación General n.º 15, art. I.1).
  
- **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).** El artículo 28 de la convención define el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias. En su numeral 2, prevé que “[l]os Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: (a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las

personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad” (Naciones Unidas, 2006, art. 28).

- **Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/64/292 (2010).** Esta resolución de las Naciones Unidas reconoció oficialmente, por primera vez, el derecho humano al agua y al saneamiento, y asumió que el agua potable pura y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La resolución insta a los Estados y a las organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros; a apoyar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, y a suministrar unos servicios de agua potable y saneamiento seguros, limpios, accesibles y asequibles para todos (Naciones Unidas, 2010a).
  
- **Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/15/9 (2010).** Siguiendo lo previsto en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, esta resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU afirma que el derecho al agua y al saneamiento es parte de la ley internacional, y confirma que este derecho es **legalmente vinculante** para los Estados. También exhorta a los Estados a desarrollar herramientas y mecanismos apropiados para alcanzar progresivamente el completo cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el acceso seguro al agua potable y al saneamiento, incluidas aquellas zonas actualmente sin servicio o con un servicio insuficiente (Naciones Unidas, 2010b).
  
- **Conferencia de las Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible - Río+20 (2012).** En esta conferencia, se firmó el documento “El futuro que queremos” (Resolución A/RES/66/288), que reconoció “la importancia y la

utilidad de un conjunto de objetivos de desarrollo sostenible, basados en el Programa 21 y el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo, que respeten plenamente todos los Principios de Río, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias, capacidad y prioridades nacionales, se ajusten al derecho internacional, se basen en compromisos ya contraídos y contribuyan a la plena aplicación de los resultados de todas las grandes cumbres en las esferas económica, social y ambiental, incluido el presente documento final. Los objetivos deben guardar relación con las tres dimensiones del desarrollo sostenible y sus interrelaciones e incorporarlas de forma equilibrada, y deben ser coherentes con la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo con posterioridad a 2015, e integrarse en esta, lo cual contribuiría al logro del desarrollo sostenible e impulsaría la labor conexas y la integración del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas en su conjunto” (Naciones Unidas, 2012, párr. 246, p. 52-53).

- **Cumbre de desarrollo sostenible (2015) - Resolución 70/1 de 2015.** En este encuentro, todos los países de la ONU definieron los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), como parte de una nueva agenda, conocida como la **Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**. Entre los objetivos indicados, hay uno directamente relacionado con el agua potable y el saneamiento y tres relacionados con el medio ambiente, que son: objetivo 6, asegurar la disponibilidad y gestión sostenible del agua y saneamiento para todas y todos; objetivo 13, tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus impactos; objetivo 14, conservación y uso sostenible de los océanos, de los mares y de los recursos marinos para el desarrollo sostenible; objetivo 15, proteger, recuperar y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres; gestionar de forma sostenible las forestas; combatir la desertificación; detener y revertir la degradación de la tierra y detener la pérdida de biodiversidad. Además, como se verá más adelante, todos los objetivos

pueden y deben estar relacionados con el agua (Naciones Unidas, 2015a).

Otro importante documento internacional relativo a la protección ambiental fue el Acuerdo de París (Naciones Unidas, 2015b), aprobado a finales de 2015, en la **Convención marco sobre el cambio climático** (FCCC/CP/2015/L.9), y firmado en abril de 2016.

Entre los principales compromisos del acuerdo están la contención de los gases de efecto invernadero, la inversión en economía de bajo carbono y la contención del aumento de la temperatura del planeta, por debajo de los 2°C. Una de las preocupaciones de la economía de bajo carbono que impacta las actividades de Brasil y Colombia es **no comprometer la producción de alimentos** (Naciones Unidas, 2015b, art. 2, 1, b, p. 24/40).

El anterior recuento histórico denota que el proceso de globalización, que generó y sigue generando la explotación extrema de los recursos ambientales, especialmente en los países del sur global, fue seguido de una serie de compromisos para frenar o revertir el agotamiento de tales recursos, que pueden ser utilizados como marcos normativos en las decisiones sobre el agua y el medio ambiente.

Además de las normas mencionadas, los principales convenios que se deben invocar para proteger directamente el derecho al agua son el PIDCP y el PIDESC, complementados por las resoluciones A/RES/64/292 de la Asamblea General de la ONU (Naciones Unidas, 2010a) y A/HRC/RES/15/9 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (Naciones Unidas, 2010b). Así mismo, la Observación General n.º 15 del CDESC (2002), que detalla las obligaciones del Estado para la protección e implementación del derecho.

Así, debido al reconocimiento del derecho al agua en el ámbito general, y a la firma del PIDCP y de su protocolo facultativo, Brasil y Colombia pueden ser

denunciados ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU por el incumplimiento de las obligaciones relativas a ese derecho, que es conexo a todos los derechos humanos, como lo ha declarado la ONU. Tales derechos incluyen, por supuesto, el derecho a la vida, expresamente protegido en cuanto a los recursos necesarios para tener una **vida digna**, entre ellos el agua.

Por otro lado, la Agenda 2030 es un importante instrumento de *soft law* que puede impulsar políticas públicas y cooperación local, regional e internacional.

Tanto Colombia como Brasil están vinculados a los compromisos de esa agenda<sup>199</sup>, lo que, tal vez, pueda minimizar los impactos negativos de las agendas regresivas de los actuales o próximos gobiernos en materia de derechos humanos, ya que la Agenda 2030 tiene una potencial aplicación difusa, que puede ser fomentada por distintas instituciones, incluso privadas.

En lo que se refiere al **ODS número 6**, la Agenda 2030 prevé las siguientes metas, conforme lo previsto en la Resolución A/RES/70/1, que pueden ser reforzadas en las acciones judiciales que demanden la implementación de políticas públicas en ese campo (Naciones Unidas, 2015a, p. 21/40):

6.1 De aquí a 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos;

6.2 De aquí a 2030, lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones de vulnerabilidad;

6.3 De aquí a 2030, mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos, reduciendo a la mitad el porcentaje de aguas residuales sin tratar y aumentando considerablemente el reciclado y la reutilización sin riesgos a nivel mundial;

6.4 De aquí a 2030, aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua;

---

<sup>199</sup> Textos oficiales de la agenda para Brasil y Colombia y plataformas de seguimiento de la agenda. Al respecto, ver: (Brasil. Governo Federal, 2016), (Plataforma Agenda 2030, s.f.), (Cancillería de Colombia, s.f.) y (Gobierno de Colombia, s.f.).

6.5 De aquí a 2030, implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda;

6.6 De aquí a 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos;

6.a De aquí a 2030, ampliar la cooperación internacional y el apoyo prestado a los países en desarrollo para la creación de capacidad en actividades y programas relativos al agua y el saneamiento, como los de captación de agua, desalinización, uso eficiente de los recursos hídricos, tratamiento de aguas residuales, reciclado y tecnologías de reutilización;

6.b Apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento.

Regístrase que, así como todos los derechos humanos dependen del agua, alcanzar los distintos ODS también depende del agua, como lo explica García (2017, pp. 144-158), que afirma que el agua es el “nexo común” entre todos los ODS y “factor clave” para el “desarrollo” y la “igualdad” entre los habitantes del planeta (García, 2017, p. 144).

En lo que se refiere a las obligaciones de los Estados parte en el PIDESC relacionadas con el derecho al agua, la Observación General n.º 15 del CDESC (2002) indica que ese derecho comprende “libertades” y “derechos”. Las libertades incluyen el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua suficiente para ejercer el derecho al agua y no sufrir injerencias, como cortes arbitrarios o contaminación. Los derechos se refieren al acceso a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que le ofrezca a la población el mismo derecho a disfrutar del derecho al agua.

La misma observación general detalla cuáles son los elementos constitutivos del derecho, para cumplir con el objetivo de lograr un acceso adecuado a la dignidad, la vida y la salud humanas. En ese sentido, resalta que el agua debe ser tratada como un bien **social** y **cultural**, y no como un bien fundamentalmente **económico**, y que el ejercicio del derecho debe ser **sostenible**, es decir, que pueda ser ejercido por las **actuales** y **futuras generaciones**.

Para que el derecho al agua se considere adecuadamente satisfecho, es necesario cumplir algunos requisitos aplicables en cualquier circunstancia, conforme lo previsto en el artículo 12 de la Observación General n.º 15 del CDESC:

- a) **La disponibilidad.** El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Estos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, del clima y de las condiciones de trabajo.
- b) **La calidad.** El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud. Además, el agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.
- c) **La accesibilidad.** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
  - i) **Accesibilidad física.** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.
  - ii) **Accesibilidad económica.** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.
  - iii) **No discriminación.** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
  - iv) **Acceso a la información.** La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Reforzando los principios aplicables a los derechos humanos en general, especialmente el de **no discriminación**, la Observación General n.º 15 del



CDESC destaca la necesidad de conceder especial protección a grupos vulnerables en el acceso al derecho al agua, especialmente a las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos (Observación General n.º 15, 2002, art. 16).

Como ocurre con otros derechos humanos, para implementar el derecho al agua, el Estado tiene obligaciones de respetar, proteger y cumplir, así configuradas a partir del párrafo 21 de la observación general (Observación General n.º 15, 2002, párr. 21 a 26):

a) **Obligación de respetar.** La obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. Comprende, entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario. [...]

b) **Obligación de proteger.** La obligación de **proteger** exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua. [...]

c) **Obligación de cumplir.** La obligación de cumplir se puede subdividir en obligación de **facilitar**, **promover** y **garantizar**. La obligación de **facilitar** exige que los Estados Partes adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho. La obligación de **promover** impone al Estado Parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua. Los Estados Partes también tienen la obligación de hacer efectivo (garantizar) el derecho en los casos en que los particulares o los

grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. La obligación de **cumplir** exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas. [...]

Como se ve, la **Observación General n.º 15 del CDESC** interpreta y detalla la aplicación del derecho al agua potable y el saneamiento, sistematizando la regulación del derecho previsto en la normativa internacional y observando, además, los principios y métodos de interpretación e implementación consagrados en el Sistema Universal de Derechos Humanos.

De ese modo, se nota una preocupación por la **universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad** del derecho, así como por darles una **atención especial o prioritaria a los más vulnerables**.

También se nota una coherencia con el método de formulación de políticas públicas a partir del enfoque basado en derechos (EBD), que prevé que estas se deben formular con base en los principios de **progresividad, igualdad y no discriminación, participación ciudadana, transparencia y rendición de cuentas** (Barco, 2014).

En lo que se refiere a las cantidades de agua recomendadas por la ONU, la referencia sigue siendo el informe de la Organización Mundial de la Salud “Domestic Water Quantity, Service Level and Health”, de 2003, elaborado por Guy Howard y Jamie Bartram (2003) y validado en el informe específico sobre el derecho al agua de la misma organización (OMS, 2003).

En ese informe, los autores dividen el acceso al agua en cuatro niveles: **negativo** (menos de 5 litros per cápita por día), **básico** (hasta 20 litros per cápita

por día), **intermedio** (50 litros per cápita por día, en promedio) y **alto** (de 100 litros a 200 litros per cápita por día).

Además, clasifican las condiciones de acceso según la forma como se obtiene el bien, considerando la distancia entre la fuente de agua y el hogar. Las condiciones consideradas van desde una distancia superior a un kilómetro o un tiempo superior a 30 minutos para recolectar el recurso, hasta la disponibilidad de agua en el mismo inmueble, con al menos un grifo (acceso intermedio) hasta varios grifos con flujo continuo (acceso óptimo).

En cuanto a las necesidades satisfechas, el nivel de prioridad de acción va desde **muy alta** hasta **muy baja prioridad**, teniendo en cuenta que el acceso al agua sea apenas para el consumo personal y la preparación de alimentos o también para la higiene básica y la higiene completa, que incluye lavar la ropa en la casa.

Los criterios mencionados se utilizan en Brasil y Colombia como referencia para medir el nivel de acceso al servicio, y fueron utilizados por la Corte Constitucional colombiana como parámetro para establecer el mínimo vital de agua potable, en la sentencia T-740 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2011).

La incorporación sistematizada del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos a su jurisprudencia hace que la Corte Constitucional colombiana gane en integridad y coherencia en sus deliberaciones en ese campo. Tales deliberaciones incorporan el control de convencionalidad y el constitucionalismo multinivel en los análisis acerca de los derechos examinados, incluyendo las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la OIT, que también son relevantes para la constitución del derecho al agua, como se verá en seguida.

Cabe señalar que las normas de la OIT agregan un elemento esencial para comprender y enfrentar de manera estructural el problema del acceso al agua, esto es, la relación entre la tendencia a la degradación de la protección del agua y el aumento de su mercantilización. Ambos problemas reflejan las premisas económicas y financieras de la globalización neoliberal, que también afectaron el trabajo, y que fueron combatidas, en primer lugar, por las normas de la OIT. Estas normas también son esenciales para **no abandonar el paradigma de la protección al trabajo y a la seguridad social**, como forma de proteger la dignidad humana, el derecho al trabajo y otros derechos fundamentales, incluido el derecho al agua.

## **2.2. Las normas de la OIT y del Sistema Interamericano sobre el derecho al agua y su aplicación en Brasil y Colombia**

La OIT también está impulsando la efectividad del derecho al agua, a fin de darle visibilidad al informe sobre agua y empleo de la ONU (WWAP, 2016). Además, el órgano está comprometido con la difusión de la Agenda 2030, que incluye la promoción del trabajo digno entre los ODS (ODS 8) y se preocupa por vincularlo a la implementación de los demás objetivos, incluido el ODS 6, que se refiere al agua<sup>200</sup>. El trabajo digno también es, en sí mismo, una política estructural de reducción de la pobreza y de las desigualdades sociales, que son otros dos objetivos de la misma agenda (ODS 1 y 10).

En su centenario (en 2019), y en el ámbito de la Agenda 2030, la OIT también está anticipando la difusión de políticas que pueden prevenir los daños del cambio climático en el campo laboral, entre ellas, el **estímulo a la generación de empleos verdes**<sup>201</sup>. La actuación de la OIT tiene, por tanto,

---

<sup>200</sup> Sobre la relación entre los ODS 6 y 8, el informe sobre el trabajo digno y la Agenda 2030 declaran que “[e]l agua afecta a la vida de los trabajadores por su presencia, su calidad y cantidad. Las inversiones en el agua y el saneamiento pueden crear empleos decentes y remunerados y, por lo tanto, contribuir al desarrollo sostenible” (Organización Internacional del Trabajo, s.f., p. 25).

<sup>201</sup> La iniciativa de la 106.ª Conferencia Internacional del Trabajo, de 2017, reafirma “la necesidad de una transición justa hacia una economía ambientalmente sostenible como medio para el crecimiento económico sostenible y el progreso social” (Organización Internacional del Trabajo, 2017, art. II, 7, j, p. 4).

fundamental importancia para combatir los efectos negativos de la globalización económica sobre el **trabajo** y el **medio ambiente**. La protección conjunta a esos dos derechos fortalece la capacidad de los individuos y del Estado para proporcionar un acceso individual y colectivo al agua potable.

En lo que se refiere a la relación entre agua y trabajo, es posible destacar algunas macro políticas objeto de la actuación de la OIT, como: **(i) la necesidad del agua para el ejercicio de cualquier actividad económica; (ii) la importancia de prevenir los impactos del cambio climático en las actividades humanas y en la migración de personas; (iii) la importancia de garantizar la sostenibilidad del pago de tarifas públicas asequibles, por medio de la generación de trabajo digno; (iv) la planificación de las oportunidades de generación de empleo digno, objeto de la Agenda 2030, especialmente, los empleos verdes, que también pueden ser generados en las obras de infraestructura y los programas vinculados a la ampliación del acceso al agua y el saneamiento y al tratamiento de desagües y residuos sólidos; (v) la protección de los más vulnerables, como las niñas y las mujeres (principales responsables del abastecimiento de agua en los hogares sin acceso físico al suministro de agua), ante la explotación laboral, que les quita tiempo para desarrollar otras capacidades, inclusive acceder al derecho a la educación.**

Así mismo, es relevante destacar las preocupaciones ordinarias de las normas laborales sobre: **(vi) las condiciones de trabajo relacionadas con el consumo adecuado de agua potable y el acceso al agua para la higiene personal en el lugar de trabajo y (vii) el manejo seguro del agua y de sus residuos por parte de los trabajadores.** Ambas materias son objeto de acciones judiciales frecuentes en Brasil y Colombia, incluso con la aplicación de los principios de precaución y prevención, y son objeto de reglamentación en las

normas de trabajo seguro de la OIT<sup>202</sup>, entre las cuales está en Convenio 161 (1985), que se refiere a la salud y la higiene en el lugar de trabajo.

Como se dijo en la primera parte de la investigación, la OIT todavía tiene una importancia fundamental en el sistema internacional de derechos humanos, por su experiencia dialógica (diálogo social tripartido), por ser pionera en el debate de temas que encuentran resistencia en otros campos y por su gran capacidad de resiliencia, a lo largo de su historia, en la protección del trabajo digno y la dignidad de la persona humana, mediante la protección a los trabajadores y a la actividad económica vinculada al capital productivo.

Por esos motivos, es importante involucrar a la OIT en la promoción del derecho al agua y, de otro lado, reconocer el **trabajo** como un **derecho conexo al derecho al agua**, para promover la generación de empleo y de trabajo dignos como fuentes de autonomía y sostenibilidad para el sistema de protección de los derechos humanos en las sociedades capitalistas, especialmente en los países en “vías de desarrollo”. El acceso a ambos derechos (**trabajo y agua**) es importante para resistir a los procesos de mercantilización de bienes, servicios y personas típicos de la globalización financiera neoliberal, y es un pilar necesario para la autonomía personal y el goce recíproco de todos los derechos humanos. En el caso del derecho al agua, uno de los obstáculos que dificulta su acceso (accesibilidad económica) es la capacidad de pago de los usuarios del servicio, inclusive, por su situación de paro laboral.

En cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no hay una norma específica sobre el derecho al acceso al agua potable y al saneamiento. No obstante, al igual que los avances en la interpretación de las normas del Sistema Universal, la protección del agua en el sistema regional se da como **derecho conexo a la vida y a la integridad personal**, y es considerada como

---

<sup>202</sup> Al respecto, ver la estrategia global en materia de seguridad y salud en el trabajo aprobada en la 91.ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, celebrada en 2003, que consolidó las normas (convenios y recomendaciones) sobre seguridad y salud para la configuración de un trabajo digno (Organización Internacional del Trabajo, 2004).

una **condición para el goce de los demás derechos** protegidos por el sistema, en el mismo sentido de la jurisprudencia del CDH y del CDESC.

Algunas normas específicas del Sistema Interamericano y sus dispositivos más relevantes se destacarán más adelante, para analizar el problema. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza otras normas del Sistema Universal al tratar del tema, que tuvo un desarrollo reciente muy relevante, por la óptica de la protección del **derecho al medio ambiente sano para las actuales y futuras generaciones**.

La Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (Organización de los Estados Americanos, 1948) protege los derechos a la **vida**, a la **integridad personal**, a la preservación de la **salud** y del **bienestar** (que incluye una **alimentación adecuada** y una **vivienda digna**) y al **trabajo**, todos conexos al derecho al agua. Los derechos a la **vida** y a la **integridad personal** también están asegurados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Organización de los Estados Americanos, 1969), y la protección a la **salud**, el **bienestar** y el **trabajo** están previstos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (Organización de los Estados Americanos, 1988). En este último instrumento normativo también está explícitamente incluido el derecho a un **medio ambiente sano**.

La Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (Organización de los Estados Americanos, 1999), firmada y ratificada por Brasil y Colombia, protege, entre otros derechos, el **acceso a bienes y servicios**, incluida la **vivienda**.

La Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (Organización de los Estados Americanos, 2016), aprobada con restricciones de Colombia, protege varios derechos que, en su conjunto, fortalecen los derechos

de estas poblaciones al medio ambiente sano y al agua. La restricción de Colombia, como en el caso de otras normas internacionales que se analizarán más adelante, se concentró en los dispositivos que regulan la obligación de adelantar una consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas y tribales.

Entre otros derechos, la declaración protege el “carácter pluricultural” de los pueblos indígenas (artículo II); los derechos a la libre determinación y al libre desarrollo económico, social y cultural (artículo III); los derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral, incluido el de usar sus propias tierras, territorios y recursos (artículo VI); el derecho colectivo e individual al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y espiritual; el derecho a utilizar, sin discriminación, todas las instituciones y servicios de salud y atención médica accesibles para la población en general (artículo XVIII); el derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, como condiciones esenciales para el pleno goce de los derechos a la vida, a su espiritualidad y cosmovisión y al bienestar colectivo; el derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos; el derecho a ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas; el derecho a la conservación y protección del medio ambiente y la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos (artículo XIX); el derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas; la obligación de los Estados de celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (artículo XXIII, con



la salvedad de Colombia acerca de que el Convenio 169 de la OIT y la declaración de la ONU son más restrictivos); el derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras; el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido; el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma; la obligación de los Estados de asegurar el reconocimiento y la protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos, respetando las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra, y el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos, de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes.

El fortalecimiento de tal declaración en el ámbito interamericano es relevante para combatir la violación de los derechos de los indígenas y el asesinato sistemático de sus líderes en Brasil y Colombia, fenómeno presente en la disputa económica por los recursos minerales, la tierra y el agua de los países en vías de desarrollo, como ya se analizó.

La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es fuente de derecho para Brasil y Colombia, mediante el sistema de precedentes judiciales al estilo anglosajón. Los **derechos civiles y políticos**, por su fuerza vinculante, y siguiendo la idea de indivisibilidad, son invocados como **puerta de entrada** al sistema. Además, por su **conexidad**, **logran proteger los derechos sociales y ambientales**, incluido el **acceso al agua potable** y al **medio ambiente sano**. Esto se da con la aplicación auxiliar de las normas del Sistema Universal, especialmente cuando sujetos vulnerables protegidos por convenios especiales demandan protección, como lo destaca Elizabeth Salmón (2012):

[S]i bien el SIDH ha hecho referencia a algunos DESC como el medio ambiente sano, la salud o la alimentación, en estricto, su desarrollo se ha dado frente a la vulneración de cuatro derechos civiles y políticos: (i) la propiedad, (ii) la vida, (iii) la integridad y (iv) la igualdad y no discriminación, derechos sobre los cuales la Corte IDH sí tiene competencia para declarar su vulneración. Además, en el ámbito interamericano el derecho humano al agua se ha desarrollado principalmente frente a grupos vulnerables como pueblos indígenas, personas en situación de pobreza, personas privadas de libertad o niños y niñas. (Salmón, 2012, p. 251).

La autora (Salmón, 2012) agrupa cuatro situaciones en las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha protegido el derecho al acceso al agua potable. Esto ha ocurrido por medio de la protección a los **territorios de los pueblos indígenas**, al **derecho a una vida digna**, a las **personas en situación de privación de la libertad** y a las **personas en situación de exclusión o vulnerabilidad**. Para ello, se han utilizado subsidiariamente normas del Sistema Universal de Derechos Humanos, como la Observación General n.º 15 del CDESC. Además, se han denunciado casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y se han relatado situaciones en el mismo sentido en sus informes. Las cuatro situaciones son:

- a. **“La propiedad del territorio ancestral de los pueblos indígenas incluye el derecho de acceso a agua limpia y de calidad”**. Se entiende que la propiedad de las tierras incluye el agua y el derecho a protegerlas de actividades contaminantes. Las decisiones también protegen la dimensión cultural y religiosa del agua, y no solo el aspecto social y ambiental relacionado con ese derecho. Algunos casos son: **Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua** (Corte IDH, Tribunal Pleno, 2001), **Pueblo Saramaka vs. Surinam** (Corte IDH, Tribunal Pleno, 2007), **Comunidad indígena Maya y sus miembros vs. Belice** (CIDH, Caso 12.053, 2004) y **Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay** (Corte IDH, Tribunal Pleno, 2005).
- b. **“El derecho al agua como elemento fundamental para gozar de una vida digna”**. Aunque en algunos casos no se aleja del derecho a la propiedad y de la protección a los pueblos indígenas, la autora destaca que es por medio de la protección del derecho a la vida que el derecho al agua encuentra sus más altos estándares de protección en el Sistema Interamericano. El incremento de la mortalidad infantil por la ingestión de agua insalubre en comunidades indígenas o en los casos de niños y

niñas que viven en la calle o están internados en instituciones son algunos ejemplos. Al respecto, ver: **Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala** (CIDH, MC 260-07, 2010); **14 comunidades indígenas Q'echi del Municipio de Panzos, Guatemala** (CIDH, MC 121-11, 2011); **“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala** (Corte IDH, Tribunal Pleno, 1999) e **Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay** (Corte IDH, Tribunal Pleno, 2004).

- c. **“El derecho a la integridad personal de los privados de libertad involucra el ejercicio del derecho humano al agua”**. El derecho al agua de buena calidad y los servicios higiénicos están entre los derechos mínimos para garantizar la integridad personal de las personas privadas de la libertad, según normas del Sistema Universal que fueron utilizadas para interpretar el derecho a la integridad previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Algunos informes de la CIDH y jurisprudencia de la Corte IDH sobre el tema son: **Paul Lallion vs. Grenada** (CIDH, Caso 11.765, 1999), **Víctor Rosario Congo vs. Ecuador** (CIDH, Caso 11.427, 1999), **Raxcacó Reyes vs. Guatemala** (Corte IDH, Tribunal Pleno, 2005), **Yvon Neptune vs. Haití** (Corte IDH, Tribunal Pleno, 2008) y **López Álvarez vs. Honduras** (Corte IDH, Tribunal Pleno, 2006).
- d. **“La compleja relación entre el derecho al agua, la igualdad y no discriminación: el derecho humano al agua y poblaciones en situación de exclusión y vulnerabilidad”**. La autora destaca la importancia de los principios de igualdad y no discriminación para sostener el orden jurídico público nacional e internacional. Sin embargo, observa que en el campo del acceso al agua potable “[e]n general, y específicamente en América Latina, la falta de acceso a agua de calidad tiene una relación directa con circunstancias de pobreza, exclusión social y discriminación” (Salmón, 2012, p. 265). Un ejemplo frecuente en la jurisprudencia sobre la relación entre el acceso al agua y la discriminación es la falta de acceso a ese derecho por los pueblos indígenas, tanto en casos ante la CIDH como en la jurisprudencia de la Corte IDH. La CIDH, en sus informes también, ha tratado la discriminación en el acceso al agua y el saneamiento a la población más pobre de Brasil y a las comunidades afrodescendientes de Colombia, situaciones de desigualdad que aún existen. Algunos ejemplos son: **Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay** (Corte IDH, Tribunal Pleno, 2010); **Opinión Consultiva n.º 18, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados** (Corte IDH, Tribunal Pleno, OC-18/03, 2003); **Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, OEA/Ser, L/V/II.97, doc. 29, rev.1 de 29 de setiembre de 1997** (CIDH, 1997); **Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia OEA/Ser, L/V/II.102, doc. 9, rev. 1 de 26 de febrero de 1999** (CIDH, 1999).

La jurisprudencia de la Corte IDH en esas materias está ratificada y consolidada en la opinión consultiva OC-23/17 (Corte IDH, Tribunal Pleno, 2017), requerida por Colombia, ante la posible construcción de una obra que podría generar impacto ambiental en el área del Gran Caribe. En esa oportunidad, se pidió aclarar conceptos del derecho interamericano aplicables al caso, además de parámetros generales para tener en cuenta en la realización de los estudios de impacto ambiental y su contenido mínimo.

En los párrafos 110 y 111 de la referida consulta, la Corte IDH indicó cómo el derecho a un medio ambiente sano se relaciona con otros derechos humanos y cuáles son las condiciones necesarias para tener una vida digna, inclusive, con relación al acceso a agua de calidad (el subrayado es nuestro):

110. Entre dichas condiciones cabe destacar que la salud requiere de ciertas precondiciones necesarias para una vida saludable [...], por lo que se relaciona directamente con el acceso a la alimentación y **al agua** [...]. Al respecto, la Corte ha señalado que la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Por tanto, la contaminación ambiental puede causar afectaciones a la salud [...]. 111. Por otra parte, el **acceso al agua** y a la alimentación puede ser afectado, por ejemplo, si la **contaminación** limita la disponibilidad de los mismos en cantidades suficientes o afecta su calidad [...]. Cabe destacar que **el acceso al agua incluye el acceso “para uso personal y doméstico”** que comprende **“el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica”**, así como para algunos individuos y grupos también incluirá **“recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo”** [...]. El acceso al agua, a la alimentación y la salud son obligaciones de **realización progresiva**, sin embargo, los Estados tienen **obligaciones inmediatas**, como **garantizarlos sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización** [...].

Esta opinión consultiva denota que el parámetro utilizado por la Corte IDH acerca del derecho al agua recomienda un nivel intermedio de acceso a ese bien. Como referencia, utiliza los mismos parámetros de la Observación General n.º 15. Tal recomendación incluye como parámetros de satisfacción del derecho el suministro de agua suficiente para la higiene personal y doméstica y el saneamiento, lo que puede servir como referencia para la idea de progresividad del derecho, en Colombia, y para su satisfacción, en Brasil.

Aplicar de manera multinivel las normas de los sistemas universal e interamericano, para reforzar los derechos fundamentales previstos en las normas constitucionales y legales internas o implícitos en ellas, es una práctica consolidada en la jurisprudencia constitucional colombiana. Brasil tiene debilidades históricas en ese campo, lo que es, a la vez, causa y consecuencia de la profundización de su cultura autoritaria y de la debilitación de la eficacia de los derechos humanos en el país. Eso reduce la capacidad de resistencia de la gente en contra la tiranía de las mayorías de ocasión, lo que es evidente cuando se recrudecen el autoritarismo y la tensión institucional entre los tres poderes, como está pasando en Brasil, con un deterioro progresivo de la democracia y de los derechos en general.

Es importante tener en cuenta, además, los aspectos relacionados con el agua, la seguridad y la soberanía nacional, lo que también encuentra parámetros de protección en el derecho internacional, con más avances en su aplicación en Colombia que en Brasil, como se verá en seguida.

### **2.3. Seguridad y soberanía nacionales y el derecho humanitario en la protección del agua**

En países como Brasil y Colombia, donde, históricamente, las fuerzas armadas han tenido un protagonismo político y/o social en temas relacionados con la seguridad estratégica y el desarrollo local, causa extrañeza su falta de preocupación explícita, al menos en Brasil, por las políticas sobre el cambio climático y la preservación del agua y de las fuentes energéticas, recursos que también son estratégicos desde el punto de vista de la seguridad y la soberanía nacionales<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> Es importante registrar que la matriz energética de Brasil es muy dependiente del agua (usinas hidroeléctricas), a pesar del potencial que tiene el país para producir y usar otras fuentes de energía renovables. Además, Brasil es un país autosuficiente en petróleo. Sin embargo, debido a políticas que no tienen justificación desde el punto de vista del interés y de la seguridad nacional, está obligado a no refinar su propio crudo. En 2018, esto causó un desabastecimiento de alimentos, tras la huelga que iniciaron los transportistas para protestar por la subida de los precios del diesel. Ese tipo de decisión económica solo se

En el caso de Brasil, también causa asombro la falta de preservación de la foresta amazónica, donde, posiblemente, se encuentra la mayor riqueza nacional, inclusive como **usina productora de agua y reguladora del régimen de lluvias de las regiones donde se concentra la mayor densidad poblacional** (y el PIB) del país (regiones sur y sudeste), **así como la mayor parte de los campos de producción agropecuaria** (región central).

En la región sudeste, además, está la ciudad de São Paulo, la más poblada del país, que sufre una grave amenaza de escasez hídrica. Sin las lluvias que se forman en la Amazonía, la zona puede convertirse en un desierto (Nobre, s.f.), como pasa en las mismas latitudes (trópico de Capricornio) de otras partes del planeta (desiertos de Atacama, en Chile; Kalahari, en Botsuana, Namibia y Sudáfrica, y de Outback, en Australia). Parte de los ríos aéreos de la Amazonía también se precipita como nieve sobre los Andes, que, al derretirse, vuelve a abastecer a los ríos de la propia cuenca. Tales ríos aéreos ayudan a formar lluvias en Uruguay, Paraguay y en la parte norte de Argentina.

Tal incongruencia es evidente cuando se comparan el papel constitucional de protección del patrimonio y de la soberanía nacionales que tiene la fuerza pública y la falta de un plan estratégico de defensa ambiental, como el que existe en otras partes del mundo, especialmente ante los riesgos de desabastecimiento energético, de agua y de alimentos, y de contaminación de fuentes hídricas por actividades económicas diversas, incluida la posibilidad de contaminación intencional, como alerta Isch (2011).

Además, en el campo militar, las fuentes de energía y de suministro de agua son consideradas como áreas de defensa estratégica y, por ello, están

---

puede explicar si miramos el país en el contexto de su injustificable sumisión geopolítica. Lo mismo se puede decir de Colombia. El riesgo actual para los dos países, en términos militares, es que ambos sucumban al llamado militarismo neoliberal (no nacionalista), que transforma la guerra y la seguridad interna en un negocio, y cuyo centro de preocupación termina por ser aquel que favorece los intereses comerciales de los inversionistas extranjeros, contrarios a los intereses nacionales y a la misión constitucional de las fuerzas públicas.

protegidas, inclusive, por el Derecho Internacional Humanitario, como lo destacan la Observación General n.º 15 de la ONU y el informe sobre los avances del derecho al agua en Colombia elaborado por la Defensoría del Pueblo (2012, pp. 57-58).

Tal informe cita el artículo 22 del anexo del Cuarto convenio de La Haya (Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 1907, art. 22), que restringe, en caso de guerra, “la elección de los medios de perjudicar al enemigo”. En ese sentido, la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (1976, art. 22) limita el uso de “técnicas de modificación ambiental” que puedan alterar la dinámica de la composición o de la estructura de la tierra, incluida su **hidrósfera**.

El informe también cita el III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949, art. 26), en cuanto a la garantía de **suministro de agua potable** y alimentos suficientes para el mantenimiento de su vida, y el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977, art. 54, 2), en el cual se **prohíbe inutilizar y atacar obras indispensables para el mantenimiento de la población civil**, como los “**artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego**”, lo que debe ser vigilado por organismos de asistencia humanitaria.

Elevar la protección del agua a interés prioritario nacional, con la participación del pueblo y de agentes públicos de diferentes sectores, como lo determinan las leyes de Brasil y Colombia, podría surtir un importante efecto en el perfeccionamiento de las políticas públicas sobre el tema, inclusive, con la protección estratégica y la conservación de las fuentes necesarias para el suministro universal de agua de calidad y en cantidades suficientes para la población.

Eso no debe significar la militarización de la cuestión ambiental, como advierte Gudynas (2019), ya que el medio ambiente debe ser protegido con la participación de todos. Por el contrario, quiere decir que el país debe estar alerta a los riesgos de atentados a la soberanía; a la seguridad alimentaria, hídrica y energética y a la supervivencia de las personas y de su biodiversidad, en caso de que las fuentes de agua y la misma tierra sean objeto de contaminación intencional o culposa.

En el caso colombiano, en la página web del Ministerio de Defensa, está disponible su plan de desarrollo, que da cuenta del alineamiento estratégico de la fuerza pública a la Agenda 2030. Entre los objetivos de defensa y seguridad, hay algunos que indican que las divisiones de los agentes de la fuerza pública deben ayudar en la prevención de daños, así como en su reparación o en la gestión de los riesgos posdesastres, como se destaca en seguida (Ministerio de Defensa, 2016, p. 20-21):

**1. Convivencia y Seguridad Ciudadana** - Acciones encaminadas a garantizar los derechos, libertades, desarrollo social y proyección humana, con esfuerzos coordinados con las autoridades político-administrativas, que satisfagan las necesidades de los habitantes.

[...]

**3. Defensa Nacional** - Acciones encaminadas a proteger la soberanía y la integridad territorial en los dominios terrestre, marítimo, fluvial, aéreo, espacial y ciberespacial frente a cualquier tipo de agresión sea interna o externa, convencional o no convencional.

**4. Gestión del Riesgo de Desastres** - Acciones para contribuir a la prevención, atención y mitigación del riesgo de desastres a nivel nacional en el marco del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (SNGRD).

[...]

**6. Protección de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente** - Acciones para prestar apoyo a las autoridades ambientales, a los entes territoriales y a la comunidad, en la defensa y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables y no renovables, en las funciones y acciones de control y vigilancia previstas por la ley.

**7. Contribución al Desarrollo del País** - Acciones en campos como el transporte, la construcción, las telecomunicaciones y la tecnología e innovación, que permitan promover el papel de la Fuerza Pública en el desarrollo económico y social de la Nación.

[...]



Durante la investigación, se le solicitó al Ministerio de Defensa de Brasil información sobre la existencia de un plan estratégico de carácter público para la protección del agua y del medio ambiente, pero la respuesta fue negativa (no existía en aquel entonces). Las políticas del pasado indican que el Estado ya militarizó el control de regiones donde había interés en la expansión de fronteras agrícolas y minerales, lo que causó muchas muertes de indígenas durante la dictadura militar, por acción u omisión del Estado, especialmente por desplazamiento y despojo de tierras<sup>204</sup>. Por otro lado, hay registros positivos de políticas de control de seguridad de zonas ambientalmente protegidas o de uso de sectores técnicos o de ingeniería militar para realizar obras de distribución o vigilancia del agua. Estas últimas experiencias ocurrieron, especialmente, en períodos de democracia plena, lo que es esencial para que el medio ambiente sea protegido y entendido como un derecho de todos en la historia de Brasil.

La misma solicitud (acerca de cómo protege la fuerza pública el agua y el medio ambiente) se le hizo al Ministerio de Defensa de Colombia, en cuanto al plan vigente a partir de 2018. Casualmente, pocos días después de la pregunta, el Gobierno anunció la inclusión de la protección estratégica del medio ambiente en la agenda de defensa nacional, por medio del Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022, en cooperación con otros actores y la sociedad<sup>205</sup>. Esta materia es tema de debate en el Congreso.

En el caso del agua y del medio ambiente, sería importante para ambos países no debilitar las políticas estratégicas de protección a los recursos naturales y al patrimonio nacional y mantener actualizados los protocolos de gestión de desastres ambientales, que pueden tornarse más frecuentes, ante los cambios climáticos o el estrés ambiental al que está siendo sometida la región.

Además, existe un alto potencial de daño en actividades de riesgo presentes en la economía regional (particularmente en la explotación de petróleo

---

<sup>204</sup> La Comisión de la Verdad recomienda la aceptación de responsabilidad, y da cuenta de más de 8.000 indígenas muertos en ese período.

<sup>205</sup> En dicho plan, se anunció la protección del agua y del medio ambiente. Ver: Noticias Caracol (2019).

y la minería), especialmente cuando hay fallas en su ejecución, lo que no es raro. La región también está sujeta a desastres naturales previsible, cuyos daños se pueden mitigar, si el país está preparado para enfrentar y prevenir esos fenómenos<sup>206</sup>. Sin embargo, eso necesita de control político y ciudadano, como lo determinan los procesos de democracia ambiental previstos en las normas nacionales e internacionales aplicables en Brasil y Colombia.

Por otro lado, cabe recordar que Brasil y Colombia tienen experiencia con policías especializadas en materia ambiental y forestal, que auxilian en el combate de los delitos ambientales y en la vigilancia patrimonial ambiental. Estos cuerpos de policía pueden ser perfeccionados, en un contexto de necesario cambio de cultura, para proteger el medio ambiente y las áreas de recarga hídrica.

La defensa estratégica, hecha de forma democrática y con el fin de proteger el patrimonio, la seguridad y la soberanía nacional, necesita comprender las repercusiones de los impactos ambientales en la vida de las personas y en la seguridad del país, para poder determinar los modos y las situaciones en que debe operar la protección militar.

En ese sentido, es relevante observar cómo a pesar de que la sociedad siente los impactos de la deforestación y de la contaminación ambiental en la

---

<sup>206</sup> Después de la consulta sobre la existencia de un plan estratégico de protección al agua hecha al Ministerio de Defensa de Brasil, por medio de la Oidoría de la Nación (Protocolo:60110.000095/2019-64), ocurrió el mayor accidente laboral del país, que involucró nuevamente a una empresa de minería (Vale S.A.), en Minas Gerais. Se estima que este desastre dejó más de 250 víctimas fatales y más de una cuenca de ríos afectada. Las escenas de rescate fueron otra vez dramáticas, y no hubo noticia de equipamientos de la fuerza pública (o de la empresa involucrada) capaces de ayudar en la localización de objetos o cuerpos enterrados. Lo mismo ocurrió en un desastre anterior, en Mariana, en noviembre de 2015. A comienzos de febrero de 2019, Colombia también vivió una emergencia ambiental, debido al cierre del cauce de un río (el río Cauca). Los protocolos utilizados por la empresa después de la emergencia no evitaron graves daños ambientales, pero posibilitaron salvar parte de los peces del río. En los casos de Brasil, no se activó ningún protocolo de protección humana o animal, lo que provocó la pérdida de muchas vidas humanas y de toda la fauna íctica de las zonas afectadas. Otros desastres ocurrieron hasta octubre de 2019, como los incendios forestales de grandes proporciones en las regiones norte y centro del país y el derrame de crudo en la Costa Atlántica, todos sin precedentes de tamaño proporción, y sin accionamiento de protocolos de seguridad para la protección del patrimonio ambiental. En los últimos casos hay sospecha de daño intencional al medio ambiente, como alertava Isch (2011).

seguridad hídrica del país, poco se ha hecho en Brasil al respecto, desde el punto de vista de la seguridad estratégica, como lo advierte Abdenur (2019):

En la Amazonía, los cambios en los patrones pluviales afectan los patrones de sequía y de inundaciones. Eso exacerba los conflictos en torno a la tierra, provoca enormes flujos migratorios internos y contribuye a las crisis hídricas en grandes regiones metropolitanas, como São Paulo. El cambio climático amenaza a los llamados “ríos voladores”, es decir, las corrientes de viento que traen humedad de la Amazonía a la región centro-sur de Brasil.

En el Cerrado<sup>207</sup>, la elevación de la temperatura puede extender el período de sequía, reduciendo la cobertura de árboles y favoreciendo los incendios forestales. Esas sequías tendrán un impacto de cada vez mayor alcance, ya que el Cerrado distribuye aguas a las principales cuencas hidrográficas del país. En todas esas regiones, infraestructuras críticas, desde hidroeléctricas hasta instalaciones portuarias, pueden sufrir daños irreversibles en cuestión de horas, en casos de eventos climáticos extremos.

[...]

Es necesario un enfoque preventivo y transversal, que vele por la cooperación internacional, la mitigación y la adaptación de todos los sectores de la sociedad brasileña. En caso contrario, inclusive las Fuerzas Armadas serán perjudicadas por la falta de preparación.

En cuanto a la política externa, la permanencia de Brasil en el Acuerdo de París permite que el país también coopere con otros Estados. Eso para el desarrollo, y también para la seguridad nacional. Faltan, por tanto, políticas y directrices que se tomen en serio el enorme impacto que los cambios climáticos surten sobre los intereses nacionales, y los efectos aún más graves que el fenómeno tendrá sobre la seguridad durante las próximas décadas. Los cambios climáticos requieren una visión a largo plazo, bajo una óptica de derechos humanos fundamentada en la planificación sistemática y de precaución<sup>208</sup>. (Abdenur, 2019).

---

<sup>207</sup> Región del Planalto Central de Brasil, con un ecosistema específico, que sufrió una deforestación casi total en las últimas décadas.

<sup>208</sup> Traducción libre de la autora de: “Na Amazônia, mudanças nos padrões pluviiais afetam os padrões de seca e de inundações. Isso exacerba os conflitos em torno da terra, provoca enormes fluxos migratórios internos e contribui para crises hídricas em grandes regiões metropolitanas, tais como São Paulo. A mudança climática já ameaça os chamados ‘rios voadores’, correntes de vento que trazem umidade da Amazônia até a região centro-sul do Brasil.

No Cerrado, a elevação da temperatura pode estender o período de seca, reduzindo a cobertura de árvores e favorecendo as queimadas. Essas secas terão impacto de cada vez maior alcance, já que o Cerrado distribui águas para as principais bacias hidrográficas do país. Em todas essas regiões, infraestruturas críticas, desde hidroelétricas até instalações portuárias, podem sofrer danos irreversíveis em questão de horas em casos de eventos climáticos extremos. [...] É necessária uma abordagem preventiva e transversal, que preze a cooperação internacional, a mitigação e adaptação de todos os setores da sociedade brasileira. Caso contrário, inclusive as Forças Armadas serão prejudicadas pela falta de preparo.

Quanto à política externa, a permanência do Brasil no Acordo de Paris permite que o país também coopere com outros Estados. Isso para o desenvolvimento, e também para a segurança nacional. Faltam, portanto, políticas e diretrizes que levem a sério o enorme impacto que as mudanças climáticas já surtem sobre os interesses nacionais, e os efeitos ainda mais graves que o fenômeno terá sobre a segurança durante as próximas décadas. As mudanças climáticas requerem uma visão a longo prazo, sob uma ótica de direitos humanos e fundamentada no planejamento sistemático e de precaução”.

En Brasil, es motivo de preocupación que el tema sea identificado con pautas de partidos políticos de izquierda, y no con el interés del país y de sus habitantes. En ese sentido, Colombia parece caminar en mejor dirección que Brasil, pues la cuestión ambiental, a pesar de los intereses específicos de algunos sectores económicos, parece haber ganado fuerza en la agenda ciudadana, por encima de los sesgos partidistas, pese a la disputa que el tema causa entre partidos con visiones distintas.

Finalmente, es importante preocuparse por la presencia internacional, no siempre controlada, en los territorios brasileño y colombiano, debido a los riesgos ambientales, de seguridad nacional (contaminación ambiental y biopiratería, por ejemplo) o de evangelización de las comunidades tradicionales. Esta situación también es una causa de judicialización de conflictos y de daños al patrimonio natural, genético, arqueológico y cultural del país, que pueden ser mitigados por programas de seguridad estratégica, que parecen mejor planteados en Colombia que en Brasil.

#### **2.4. Algunas estrategias internacionales para contrarrestar los efectos negativos de las políticas neoliberales sobre el medio ambiente, el agua, la tierra y el trabajo en el campo**

Antes de pasar al examen de los casos que ilustrarán el método de deliberación propuesto y al análisis comparativo de las normas internas, cabe mencionar algunas tendencias y resistencias presentes en el plano internacional que deben ser tenidas en cuenta por Brasil y Colombia, a fin de reforzar la deliberación estructural para proteger a las personas o grupos vulnerables, los ecosistemas y los entes de la naturaleza.

En ese sentido, como se analizó en los tópicos anteriores, cuando las políticas neoliberales son examinadas en el contexto geopolítico, indican que América Latina está expuesta a un proceso de neocolonización, por la imposición de un modelo de apertura comercial y de privatización que generó el abandono

de las políticas desarrollistas y de sustitución de importación aplicadas en el pasado. Esto ha causado una desindustrialización precoz, la pérdida o precarización de los empleos, el aumento de la exportación de productos agropecuarios y extractivos con bajo valor agregado, una elevada huella hídrica (exportación de agua virtual) y un alto impacto ambiental.

Ese conjunto de factores es responsable del aumento de la concentración de la renta; la pérdida de la calidad de la democracia, por la concentración de poder económico y político; el aumento de la contaminación y del uso intensivo del agua y el aumento de los conflictos en torno a la tierra, incluido el asesinato sistemático de líderes campesinos, indígenas, afrodescendientes, ambientales y sociales de Brasil y Colombia. Estos países, precisamente, cuentan con la mayor disponibilidad de agua de América Latina, con los mayores índices de violencia en el campo y están entre los que sufren un alto impacto económico por el proceso de desindustrialización en curso, fenómenos que están relacionados entre sí.

Con la prevalencia del ideario neoliberal en las políticas económicas, aumenta la privatización y la mercantilización de bienes y servicios, inclusive por medio de la privatización del suministro de agua potable y alcantarillado. Esa política generó efectos negativos en varias ciudades del mundo, que empezaron a abandonar el modelo privado de gestión del agua.

Para combatir ese conjunto de problemas, en los últimos años se debatieron o implementaron algunas soluciones de orden normativo, jurisprudencial o de política pública y económica, lo que merece ser registrado, a fin de respaldar las críticas a los puntos débiles de las decisiones sobre el derecho al agua o reforzar las tendencias positivas que se observan en la región, especialmente, en los casos de Colombia.

Son cuatro los fenómenos que se pretende destacar como **emergentes** y **relevantes** en el campo ambiental o del derecho al agua: **el esfuerzo de**

**protección a la democracia ambiental** por medio del Acuerdo de Escazú (Naciones Unidas, 2016); **la necesidad de protección a los campesinos, indígenas y otras personas que trabajan en zonas rurales y la Declaración de la ONU A/C.3/73/L.30** (Naciones Unidas, 2018); **la remunicipalización de los servicios de suministro de agua potable** y el **reconocimiento de entes de la naturaleza como nuevos sujetos de derecho**.

#### **2.4.1. El esfuerzo de protección de la democracia ambiental (el Acuerdo de Escazú)**

La Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo (Naciones Unidas, 1992b) incluyó entre los principios para el desarrollo sostenible el principio 10, que prevé la idea de **fortalecer la democracia en materia ambiental**, en el siguiente sentido:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Brasil y Colombia avanzaron en materia de legislación interna relativa a la protección ambiental y al derecho a la información y la participación política de los usuarios del agua en las decisiones sobre su uso, como se verá en el capítulo siguiente.

Por otro lado, en el mismo período, ambos países pasaron por un proceso de profundización de las políticas neoliberales que, agravadas por la coyuntura geopolítica analizada, generaron un riesgo de retroceso en términos ambientales y democráticos. Eso es evidente en el caso de Brasil, especialmente por las políticas puestas en marcha a partir de 2019, que vacían las competencias

fiscalizadoras y de diseño o implementación de políticas públicas del Ministerio del Medio Ambiente, los órganos y los consejos ambientales y/o transfieren decisiones en ese campo a otros ministerios.

Colombia no sufrió muchos cambios en las políticas ambientales, pero se nota cierta tendencia a fortalecer los contratos internacionales de explotación minera y petrolera, inclusive por medio de iniciativas de reforma constitucional<sup>209</sup>. Las propuestas de ese tipo se pueden confrontar directamente con los avances normativos y jurisprudenciales locales, especialmente en el grado de autonomía de las consultas populares en materia ambiental.

La tendencia que apunta al crecimiento de los conflictos por cuestiones vinculadas a la tierra y el medio ambiente recomienda a Brasil y Colombia firmar (Brasil ya lo hizo), ratificar e implementar el 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, o Acuerdo de Escazú<sup>210</sup> (Naciones Unidas, 2016), adoptado el 27 de septiembre de 2018.

El objetivo de dicho acuerdo es, según su artículo 1:

[...] garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la **información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales**, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible (negritas fuera de texto).

---

<sup>209</sup> Una de las propuestas de enmienda constitucional se tramita por medio del proyecto de acto legislativo 17-2018 (PAL 17, 2018, art. 5), que plantea incluir un inciso en el artículo 333 de la Constitución colombiana, con la siguiente redacción: “El desarrollo económico progresivo y la seguridad jurídica son fines del Estado. Los Proyectos de Inversión Nacional Estratégica (PINES) son ejes del desarrollo socio económico del país, la ley reglamentará los trámites para su aprobación”. En esa propuesta, se nota el interés de proteger las inversiones internacionales, los contratos y el desarrollo económico, sin una mención explícita al paradigma del desarrollo sostenible.

<sup>210</sup> Al respecto, ver el recuento histórico de la negociación y la importancia del acuerdo para el derecho internacional ambiental en América Latina y el Caribe, en Castro-Buitrago & Valencia (2018).

El acuerdo detalla los requisitos para cumplir el estándar de satisfacción de la garantía de los tres derechos (información, participación pública y acceso a la justicia) y los principios para su aplicación, que refuerzan los principios de las normas de derecho internacional público y de derecho ambiental (Naciones Unidas, 2016, art. 3):

- a) principio de igualdad y principio de no discriminación;
- b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas;
- c) principio de no regresión y principio de progresividad;
- d) principio de buena fe;
- e) principio preventivo;
- f) principio precautorio;
- g) principio de equidad intergeneracional;
- h) principio de máxima publicidad;
- i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales;
- j) principio de igualdad soberana de los Estados; y
- k) principio *pro persona*.

Todos estos principios encuentran amparo en otros dispositivos normativos vigentes en Brasil y Colombia, y pueden ser aplicados con base en esas normas, para reforzar el proceso de protección al medio ambiente y a la democracia ambiental, independientemente de la vigencia del acuerdo mencionado.

Las restricciones a la ley de acceso a la información impuestas en Brasil por medio del Decreto 9690<sup>211</sup> de 23 de enero de 2019 o de medidas semejantes pueden perjudicar el acceso a datos relativos a productos tóxicos o desastres ambientales, asegurado mediante la Ley 10650 de 2003, así como otras informaciones que pueden ser objeto de dominio del poder público, lo que contraría el principio 10 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo.

En lo que se refiere a la participación y al acceso a la justicia, el acuerdo incluye estándares de deliberación participativa y de acceso amplio a la justicia,

---

<sup>211</sup> La Cámara de los Diputados de Brasil suspendió los efectos del decreto, el 19 de febrero de 2019. El asunto espera la decisión del Senado.



entre ellos, la existencia de una estructura de órganos técnicos especializados en el cuidado de las cuestiones ambientales.

El acceso a instancias **judiciales** y **administrativas** para impugnar y recurrir decisiones, en cuanto al **fondo** y el **procedimiento**, es un parámetro de acceso a la justicia (Naciones Unidas, 2016, art. 8, 2). Esto refuerza la necesidad de implementar espacios de deliberación por fuera del ámbito judicial y de proteger la esfera **procedimental** de los procesos de toma de decisiones, en términos de políticas públicas, incluyendo el derecho a impugnar y recurrir:

- a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental;
- b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y
- c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.

Los requisitos para garantizar el acceso a la justicia ambiental incluyen, de parte del Estado, el deber de proveer:

- a) órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental;
- b) procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos;
- c) legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional;
- d) la posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para, entre otros fines, prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente;
- e) medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, cuando corresponda y sea aplicable, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba;
- f) mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan; y
- g) mecanismos de reparación, según corresponda, tales como la restitución al estado previo al daño, la restauración, la compensación o el pago de una sanción económica, la satisfacción, las garantías de no repetición, la atención a las personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación (Naciones Unidas, 2016, art. 8).

Brasil y Colombia poseen mecanismos que satisfacen los requisitos mencionados. No obstante, si Brasil insiste en eliminar los poderes y recursos

financieros y administrativos de los órganos ambientales que funcionan en el ámbito del poder Ejecutivo, es posible que aumente la judicialización de las cuestiones ambientales. El contexto internacional y sus efectos locales también fragilizan la cuestión ambiental en Colombia, lo que debe ser evitado por los poderes competentes, para proteger el medio ambiente y los derechos humanos.

Cabe destacar que el acuerdo, expresamente, busca generar el compromiso de **combatir la violencia en contra a los defensores de derechos humanos en materia ambiental**, lo que implica el reconocimiento del persistente aumento de la **violencia sistemática en contra tales personas**. Además, invita a los Estados parte a tomar las siguientes medidas, que pueden servir de referencia en Brasil y Colombia, en caso de demandas preventivas de tal naturaleza:

1. Cada Parte garantizará 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;
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 Acuerdo (Naciones Unidas, 2016, art. 9).

Los derechos de protección mencionados dan cuenta del reconocimiento de la importancia que tienen las garantías políticas relativas a los derechos civiles y políticos para la efectividad de los derechos humanos. Precisamente, esa es una de las falencias existentes en Brasil y Colombia, debido a la omisión del deber estatal de proteger a los defensores de derechos humanos y a la falta de efectividad en la investigación de sus asesinatos.

Tal cuestión puede tener avances en Colombia, debido a la enorme presión popular, la actuación de autoridades locales como la Defensoría del Pueblo y la Jurisdicción Especial para la Paz y la posibilidad de que la acción de tutela se use para obtener protección personal, lo que no ocurre en Brasil. La institucionalidad de Brasil parece indicar que persiste el aumento de la impunidad en ese campo e, inclusive, el riesgo que aumente la represión a los movimientos sociales.

La judicialización de los conflictos ambientales y en el campo tiende a ampliarse, lo que se debe enfrentar de modo estructural. Las referencias normativas al Acuerdo de Escazú pueden ayudar a encontrar estándares normativos útiles para llenar de contenido las normas ambientales internacionales adoptadas en Brasil y Colombia, a fin de diseñar soluciones adecuadas a los problemas locales generados por el particular contexto geopolítico.

#### **2.4.2. La necesidad de protección a los campesinos, indígenas y otras personas que trabajan en zonas rurales**

En el mismo sentido del Acuerdo de Escazú, que reconoce la necesidad de proteger a los defensores de derechos humanos que actúan en defensa de la protección ambiental, el 30 de octubre de 2018, la Asamblea General de la ONU aprobó la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales” (Naciones Unidas, 2018), con 119 votos a favor, 7 votos en contra (Australia, Hungría, Israel, Nueva Zelanda, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos) y 49 abstenciones, incluidas las de Brasil y Colombia, a pesar de ser los dos países con el más alto índice de asesinatos de indígenas y líderes campesinos en América Latina y el mundo.

Es relevante resaltar que, como lo advierte una de las premisas de esta investigación, en tiempos de globalización neoliberal, no se debe abdicar de la

**protección al trabajo** como **factor estructural** de la protección al goce de otros derechos y de una potencial reducción de la pobreza. Además, en el caso de los campesinos y los trabajadores de la tierra, esta relación es directa, porque su propia supervivencia depende del acceso a la tierra, como lo reconoce el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de la ONU, al listar los factores por los cuales recomendó la aprobación de la declaración por la Asamblea General.

Entre los factores que justifican la protección especial a estos grupos sociales, según el CDH, están:

- La especial relación e interacción de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales con la tierra, el agua y la naturaleza, a los que están vinculados y de los que depende su subsistencia;
- Las cargas que deben soportar esos grupos, causadas por la degradación del medio ambiente y por el cambio climático;
- El desalojo o desplazamiento por la fuerza;
- Un gran número de casos de suicidio;
- La violencia y la discriminación a las mujeres, inclusive en cuanto a la tenencia de la tierra;
- La importancia de promover y proteger los derechos del niño, incluida la promoción de una educación y una salud de calidad y la protección contra la exposición a los productos químicos y los desechos;
- La dificultad de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales de hacerse oír para defender sus derechos humanos y sus derechos de tenencia y para garantizar el uso sostenible de los recursos naturales de los que dependen;
- La dificultad de acceso a la tierra, al agua, a las semillas y a otros recursos naturales;
- La necesidad de recibir apoyo a su labor de promoción y empleo de prácticas de producción agrícola sostenible y de que se respete la capacidad biológica y natural de los ecosistemas para adaptarse y regenerarse mediante los procesos y ciclos naturales;
- Las condiciones peligrosas y de explotación en las que tienen que trabajar en muchas partes del mundo;

- El riesgo de ser víctimas de diferentes formas de intimidación y de atentado en contra su integridad física que soportan las personas, los grupos y las instituciones que promueven y protegen los derechos humanos de quienes se ocupan de cuestiones relacionadas con la tierra y los recursos naturales;
- Las dificultades para acceder a tribunales, policía, fiscales y abogados, al punto de no poder obtener reparación ni protección inmediatas en caso de violencia, abuso y explotación;
- La especulación sobre los alimentos, el aumento de la concentración y la distribución desequilibrada de los sistemas alimentarios;
- El derecho de los pueblos a ejercer su soberanía plena y completa sobre todos sus recursos y riquezas naturales, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos pactos internacionales de derechos humanos;
- El derecho a la soberanía alimentaria para definir sus sistemas agroalimentarios y el derecho a una alimentación sana y culturalmente apropiada, producida con métodos ecológicos y sostenibles que respeten los derechos humanos;
- La necesidad de que se protejan mejor los derechos humanos de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales y de que se interpreten y se apliquen de forma coherente las normas y los principios internacionales de derechos humanos relativos a esta cuestión.

La declaración reconoce la condición de vulnerabilidad de las personas que trabajan en las zonas rurales, incluidos los agricultores familiares o a pequeña escala; los pueblos indígenas; los trabajadores asalariados por diferentes modalidades y las personas que se dedican a la pesca, la silvicultura, la caza, la recolección o las artesanías relacionadas con la agricultura u otras ocupaciones conexas en una zona rural (Naciones Unidas, 2018, art. 1). Además, prevé que se debe proteger, en especial, a “las personas de edad, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad”, como una manera de luchar en contra de las múltiples formas de discriminación (Naciones Unidas, 2018, art. 2, párr. 2).

Entre los derechos protegidos que pueden afectar directamente el derecho al agua está el derecho a la consulta previa, que se debe realizar “antes de aprobar y aplicar leyes y políticas, acuerdos internacionales y otros procesos

de adopción de decisiones” que puedan afectar sus derechos, asegurando la “participación activa, libre, efectiva, significativa e informada de las personas y los grupos en los procesos conexos de adopción de decisiones” (Naciones Unidas, 2018, art. 2, párr. 3).

Desde el punto de vista sustantivo, la declaración protege el derecho a la no discriminación, incluidos los derechos de: “[a]cceder en condiciones de igualdad al más alto nivel posible de salud física y mental” (Naciones Unidas, 2018, art. 4, párr. 2, “b”); “[a]cceder en condiciones de igualdad a la tierra y los recursos naturales, y poder utilizarlos y gestionarlos en pie de igualdad, y obtener un trato igual o prioritario en las reformas agrarias y los planes de reasentamiento” (Naciones Unidas, 2018, art. 4, párr. 2, “h”) y “[e]star protegidas de todas las formas de violencia” (Naciones Unidas, 2018, art. 4, párr. 2, “h”).

En lo que se refiere a la explotación económica de la tierra, la declaración protege el derecho a “acceder a los recursos naturales presentes en su comunidad que sean necesarios para gozar de condiciones de vida adecuadas, y a utilizarlos de manera sostenible” (Naciones Unidas, 2018, art. 5, párr. 1). En caso de explotación de los recursos existentes en las tierras ocupadas por la actividad rural, se garantiza que solo sea autorizada si: “a) Se ha realizado una evaluación del impacto social y ambiental; b) Se han celebrado consultas de buena fe de conformidad con el artículo 2, párrafo 3, de la presente Declaración; c) Se han establecido las modalidades para repartir de manera justa y equitativa los beneficios de la explotación de común acuerdo entre quienes explotan los recursos naturales y los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales” (Naciones Unidas, 2018, art. 5, párr. 2).

En cuanto a otros derechos fundamentales, la declaración refuerza el “derecho a la vida, la integridad física y mental” (Naciones Unidas, 2018, art. 6, párr. 1); el derecho a la reunión, la opinión y la asociación pacífica en defensa de sus derechos humanos y fundamentales, incluida la protección de las autoridades competentes frente a todo acto de violencia, amenaza, represalia y

otros que impidan el ejercicio legítimo y la defensa de los derechos descritos en la declaración (Naciones Unidas, 2018, art. 8, párr. 2 y 4); el derecho a participar en la preparación y aplicación de las políticas, los programas y los proyectos que puedan afectar a su vida, su tierra y sus medios de subsistencia (Naciones Unidas, 2018, art. 10, párr. 1); el derecho a la información (buscar, recibir, preparar y difundir información), entre otras cosas, sobre los factores que puedan “afectar a la producción, la elaboración, la comercialización y la distribución de sus productos” (Naciones Unidas, 2018, art. 11, párr. 1); el “derecho al trabajo, que engloba el derecho a elegir libremente cómo ganarse el sustento”, y la protección de los hijos “contra todo trabajo que pueda ser peligroso, perjudicar a su educación o ser nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social” (Naciones Unidas, 2018, art. 13, párr. 1 y 2); el “derecho a no utilizar sustancias peligrosas o productos químicos tóxicos, como productos agroquímicos o contaminantes agrícolas o industriales, y a no exponerse a ellos” (Naciones Unidas, 2018, art. 14 párr. 2); el derecho a una “alimentación adecuada” y el derecho fundamental a “estar protegidos contra el hambre” (Naciones Unidas, 2018, art. 15, párr.1); el “derecho a la tierra, individual o colectivamente”, de conformidad con el artículo 28 de la declaración y, en especial, el “derecho a acceder a la tierra, las masas de agua, las aguas costeras, las pesquerías, los pastos y los bosques, así como a utilizarlos y gestionarlos de manera sostenible para alcanzar un nivel de vida adecuado, tener un lugar en el que vivir con seguridad, paz y dignidad y desarrollar su cultura” (Naciones Unidas, 2018, art. 17, párr. 1).

La declaración avanza en la interpretación del derecho al medio ambiente sostenible y al agua, que incluye el “derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras, así como de los recursos que utilizan y gestionan”; el derecho a disfrutar “sin discriminación alguna, de un medio ambiente seguro, limpio y saludable” y el “derecho a contribuir a la formulación y aplicación de las políticas nacionales y locales de adaptación al cambio climático y mitigación de sus efectos, en particular empleando sus prácticas y conocimientos tradicionales”. Por su parte, los

Estados tienen el deber de adoptar “medidas eficaces para impedir que se almacenen o se viertan materiales, sustancias o desechos peligrosos en las tierras de los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales” y de cooperar “para hacer frente a las amenazas que planteen los daños ambientales transfronterizos al disfrute de sus derechos”. Además, deben protegerlos “de los abusos cometidos por actores no estatales, en particular haciendo cumplir las leyes ambientales que contribuyan, directa o indirectamente, a proteger los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales” (Naciones Unidas, 2018, art. 18, párr. 1-5).

El manejo de los recursos ambientales incluye “el derecho a las semillas”, de conformidad con el artículo 28 de la declaración. Este derecho engloba, entre otros, los siguientes elementos: “a) El derecho a proteger los conocimientos tradicionales relativos a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura; b) El derecho a participar equitativamente en el reparto de los beneficios derivados de la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura; c) El derecho a participar en la toma de decisiones sobre las cuestiones relativas a la conservación y el uso sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura; d) El derecho a conservar, utilizar, intercambiar y vender las semillas o el material de multiplicación que hayan conservado después de la cosecha” (Naciones Unidas, 2018, art. 19, párr. 1).

Cabe anotar que parece absurda la necesidad de declarar el derecho de los campesinos a aplicar los conocimientos tradicionales del campo y a usar semillas criollas. Sin embargo, la mercantilización neoliberal también pretende apropiarse del mercado agrícola, imponiéndoles el uso exclusivo de semillas modificadas e, incluso, prohibiéndoles vender productos de origen de la agricultura familiar en el comercio ordinario, como se intentó en Brasil. También es frecuente el fenómeno de la apropiación y el patentamiento irregular de conocimientos tradicionales, plantas y productos, que es materia de conflicto con los campesinos y productores agrícolas en América Latina.



Finalmente, en lo que se refiere específicamente al derecho al agua, el artículo 21 de la declaración detalla su contenido normativo, de la siguiente manera:

1. Los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales son titulares de los derechos humanos **al agua potable salubre y limpia** y el **saneamiento**, que son esenciales para disfrutar plenamente de la **vida** y de **todos los derechos humanos** y la **dignidad humana**. Esos derechos engloban el derecho a **disponer de redes de abastecimiento de agua e instalaciones de saneamiento de buena calidad, asequibles y materialmente accesibles, no discriminatorias y aceptables desde un punto de vista cultural y de género**.
2. Los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales tienen derecho a acceder al **agua para su uso personal y doméstico, para la agricultura, la pesca y la ganadería y para conseguir otros medios de subsistencia relacionados con el agua**, asegurando la **conservación, la regeneración y la utilización sostenible del agua**. Tienen derecho a acceder de manera equitativa al **agua y a los sistemas de gestión de los recursos hídricos**, y a **no sufrir cortes arbitrarios o la contaminación** de su suministro de agua.
3. **Los Estados respetarán, protegerán y garantizarán** sin discriminación el acceso al agua, también en los sistemas consuetudinarios o comunitarios de gestión de los recursos hídricos, y adoptarán medidas para garantizar el acceso al agua a **precios asequibles para uso personal, doméstico y productivo**, y a instalaciones de saneamiento mejoradas, en particular a las mujeres y las niñas de las zonas rurales y las personas pertenecientes a grupos desfavorecidos o marginados, como los pastores nómadas, los trabajadores de las plantaciones, los migrantes, independientemente de su situación migratoria, y las personas que viven en asentamientos irregulares o informales. **Los Estados promoverán tecnologías apropiadas y asequibles, en particular para el riego, la reutilización de las aguas residuales tratadas y la recogida y el almacenamiento de agua**.
4. Los Estados **protegerán los ecosistemas relacionados con el agua**, como las **montañas, los bosques, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos, frente al uso excesivo y la contaminación por sustancias nocivas**, en particular los **efluentes industriales y las concentraciones de minerales y productos químicos que provoquen contaminaciones lentas o rápidas, y garantizarán su regeneración**.
5. Los Estados **protegerán el derecho al agua** de los campesinos y otras personas que viven en las zonas rurales frente a los **actos de terceros** que puedan socavarlo. Los Estados darán **prioridad al agua para satisfacer las necesidades humanas** frente a otros usos, **al tiempo que promoverán su conservación, su regeneración y su utilización sostenible** (Naciones Unidas, 2018, art. 21) (el resaltado es nuestro).

Como en América Latina gran parte de las actividades económicas extractivas o agropecuarias extensivas pueden generar conflictos con la

producción agrícola campesina familiar o a pequeña escala, la declaración aprobada por la ONU es relevante para interpretar el conjunto de los derechos campesinos a la tierra y al medio ambiente sano y protegido, así como la extensión del **derecho al agua** como derecho **conexo al derecho al trabajo y a la tierra**, que, en ese caso, va más allá del derecho al agua para consumo personal.

La declaración también puede orientar la adecuación de los procesos de consulta previa y reforzar las medidas de protección en contra la violencia en el campo. De hecho, es un instrumento jurídico que refuerza el PDCP y el PIDESC, y que debe ser utilizado, al menos, como estándar interpretativo de los derechos garantizados en otros instrumentos, hasta que se aprueben instrumentos vinculantes.

La declaración también protege el derecho a una vivienda adecuada (segura y digna) (Naciones Unidas, 2018, art. 24) y el derecho a la “formación” “adaptada al entorno agroecológico, sociocultural y económico en que se encuentren” los campesinos, al establecer que los programas traten, entre otros temas, los “efectos de los productos químicos, el cambio climático y los fenómenos meteorológicos” (Naciones Unidas, 2018, art. 25, párr.1). Estos derechos son importantes para garantizar la dignidad del campesino y el desarrollo de su capacidad para mejorar sus condiciones de vida y proteger su entorno ambiental.

Finalmente, la declaración prevé que su interpretación debe hacerse en un sentido de **progresividad de los derechos** reconocidos en ella. Además, se deben respetar los derechos y las libertades fundamentales aplicables a todas las personas, sin ningún tipo de discriminación (Naciones Unidas, 2018, art. 24).

Esta declaración es relevante, pues, independientemente de la existencia de otras declaraciones o convenios internacionales, especialmente sobre los pueblos indígenas, reconoce explícitamente la **relación entre tierra, trabajo y**

**medio ambiente**, con el fin de proteger la **actividad laboral** de quienes dependen de la tierra y de sus recursos para su subsistencia. Además, ayuda a darle **visibilidad** a los daños que pueden sufrir los campesinos y los trabajadores del ambiente rural, incluidos quienes viven de la pesca y de otras actividades como trabajadores independientes, en caso de contaminación ambiental.

#### **2.4.3. La superioridad de los servicios públicos de suministro de agua y la remunicipalización de los servicios de suministro de agua potable y alcantarillado –una tendencia mundial–. Los desafíos de un servicio público con espíritu comunitario**

Estudios realizados en varias partes del mundo<sup>212</sup> indican, a partir de análisis empíricos y normativos, que el modelo de suministro público de agua, con algunas excepciones que justifican la regla, es el que mejor atiende al deber estatal de promover y universalizar el acceso al agua potable y al saneamiento.

En Brasil, los prestadores públicos (o controlados por el poder público) de tal servicio son mayoría. Según un informe del DIEESE (2016, p. 9), hay 1.513 prestadores del servicio de acueducto y saneamiento en Brasil, de los cuales 1.479 son municipales y atienden apenas a un municipio. La mayoría funciona como autarquías públicas o como servicios de administración directa del municipio. En lo que se refiere a los prestadores de servicio regionales (las CEBS) el 85,7 % son sociedades de economía mixta. En total, apenas 304 prestadores de servicios eran privados en el país, cuando se publicó el informe.

En Colombia, los prestadores públicos son minoría, lo que no significa que los servicios privados ocupen una parte significativa del total de las empresas; al contrario, ocupan un porcentaje similar al de Brasil, si el sistema se compara como un todo. En efecto, para impulsar la cobertura nacional, la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios en Colombia,

---

<sup>212</sup> Ver, entre otros, Pigeon, McDonald, Hoedeman & Kishimoto (2013); Halmer & Hauenschild (2014); Kishimoto, Lobina & Petitjean (2015) y Kishimoto & Petitjean (2017).

previó la posibilidad de que “organizaciones autorizadas” prestaran servicios públicos en “municipios menores, en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas” (Ley 142, 1994, art. 15, inciso 4), exactamente, en áreas donde se suponía que la iniciativa privada no estaría interesada en invertir y donde los municipios, tal vez, no tendrían capacidad para hacerlo. Esto se dio por las características económicas de los servicios de agua y alcantarillado, que exigen una alta inversión en infraestructura, no tienen rentabilidad a corto plazo o no tienen una rentabilidad atractiva en lugares pobres y con bajo número de consumidores.

El Decreto 421 de 2000, que reglamentó la citada ley, prevé, en su artículo 1.º, que “las **comunidades organizadas constituidas como personas jurídicas sin ánimo de lucro**” están autorizadas para prestar el servicio de agua potable y de saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas, sin perjuicio de que en tales localidades operen las demás organizaciones autorizadas por la ley.

Datos de 2017 (Ministerio de Vivienda, 2018, pp.18-19) indican que la mayoría de los prestadores del servicio de agua y saneamiento básico que operan en Colombia a partir de la mencionada ley son de tipo comunitario, seguidos por los propios municipios, como prestadores directos, como se observa a continuación:

- a) Organizaciones autorizadas de conformidad con lo establecido en el Decreto 421 de 2000: **998**;
- b) Municipios prestadores directos: **322**;
- c) Empresas de servicios públicos (ESP) de naturaleza pública, privada o mixta: **231**;
- d) Empresas industriales y comerciales del estado (EICE): **103**;
- e) Productores marginales: **6**.

¿Por qué es importante el análisis comparativo de ese aspecto con el caso de Brasil?

El modelo colombiano demuestra claramente que, a pesar de estar autorizadas, las empresas privadas no se ocuparon de la prestación del servicio en lugares poco rentables, donde el Estado, debilitado financieramente, tampoco lo hizo. Esto mismo puede ocurrir en Brasil donde el servicio es hoy prestado por las CEBS, en caso de una apertura del sector a la iniciativa privada. Es probable que esta se ocupe apenas de los municipios rentables dentro de cada Estado, lo que puede inviabilizar la sostenibilidad financiera de las CEBS, que está basada en las ventajas de la **financiación cruzada** y de la **prestación del servicio en escala**.

La solución comunitaria de Colombia, además de las alternativas individuales de saneamiento (cisternas, pozos y fosas, por ejemplo), puede ser útil en el caso brasileño, para atender los lugares a los que el Estado no llegó, especialmente, los municipios aislados de las regiones norte y nordeste del país y la zona rural, cuando no puedan ser atendidos por el suministro público tradicional<sup>213</sup>.

Por otro lado, al contrario de lo que parece ser el camino que Brasil piensa tomar, mantener el sistema público sería la mejor opción para garantizar la progresión en el acceso a los derechos al agua y al alcantarillado. Además, es necesario que las empresas de suministro de agua funcionen con un **espíritu público**, esto es, que su gestión esté dirigida a atender el interés público relativo al acceso al agua potable y al suministro de agua como insumo productivo a precios asequibles, para generar empleo y renta, como lo determinan las normativas locales e internacionales aplicables y lo recomiendan los compromisos de Brasil y Colombia con la Agenda 2030.

---

<sup>213</sup> En Brasil, hay experiencias comunitarias patrocinadas por el poder público, como el Programa Agua Dulce (Ministério de Meio Ambiente, s.f), y autogestionadas con el apoyo de CEBS y de la iniciativa privada. Al respecto, ver la experiencia de la Central de Associações Comunitárias para Manutenção dos Sistemas de Saneamento (Central de Associações, s.f) y un ejemplo de responsabilidad social del Instituto Coca-Cola, que ayudó a la construcción de uno de los servicios comunitarios de la misma central (Fernandes, 2018).

Es importante destacar que la iniciativa privada tiene un enorme campo en Brasil para realizar negocios vinculados a la ejecución de obras de infraestructura de saneamiento y de descontaminación de residuos. En esa medida, no debería competir con el poder público por la gestión del agua donde existen empresas públicas en funcionamiento, so pena de que no se logren avances en el sector, inclusive, por el riesgo de que se debiliten financieramente las CEBS, que tienen una mayor capacidad financiera para contratar obras de ampliación del acceso a los servicios en las regiones más pobres. Eso también terminaría por debilitar los gastos en contratación de obras para la mejoría del sector, perjudicando al propio mercado que puede ser ocupado por la iniciativa privada.

Nótese que, al contrario de lo que pretende hacer Brasil, la remunicipalización de los servicios de agua y alcantarillado es una tendencia mundial e indica que las privatizaciones no fueron positivas para los usuarios y para la calidad del servicio, entre otras cosas, por las siguientes razones:

- **Pérdida de la financiación cruzada y prioridad para la distribución de ganancias.** La rentabilidad obtenida con los servicios prestados en las localidades con muchos usuarios deja de destinarse a la ampliación de la inversión en infraestructura y a la ampliación del acceso en las zonas más vulnerables o a financiar los programas de subsidios para los más pobres. Al contrario, tales valores son utilizados para aumentar la distribución de lucros a los accionistas;
- **Depreciación de la infraestructura y pérdida de la eficiencia del servicio.** Chatarreo de la infraestructura, por falta de renovación o de un adecuado mantenimiento, y disminución de las inversiones en eficiencia del sistema (por ejemplo, falta de prevención de la pérdida de agua tratada), debido a un análisis meramente economicista de “costo-beneficio” entre el valor económico del agua perdida y el costo del servicio de reparación. Tal razonamiento no se adecúa a las necesidades de

gestión pública del agua, que se debe preocupar, también, por la preservación del recurso, la reducción del desperdicio, la seguridad hídrica, la calidad, la seguridad de las personas y la no interrupción del servicio;

- **Aumento de los precios de las tarifas, lo que también es factor de disminución del acceso.** Para garantizar el acceso al agua potable, el precio del servicio debe ser asequible. Si no es así, es posible que el usuario viva en un hogar con una red de agua y alcantarillado físicamente accesible, pero no pueda disfrutarla efectivamente, porque no puede pagar su precio (accesibilidad económica). Esta situación empeora con el aumento de la pobreza y de la concentración de la renta, generado por el mismo modelo económico que precariza el empleo y reduce el tamaño de la economía real, eliminando puestos de trabajo. Un ejemplo concreto de ese problema en Brasil es el gran número de casas que, en los años recientes, han tenido cortes en el suministro de agua y de energía eléctrica por falta de pago. Este, precisamente, es uno de los problemas que más genera demandas judiciales relacionadas con el agua en Brasil, debido a las discusiones acerca de si los servicios esenciales pueden o no tener un suministro interrumpido, a pesar de la falta de pago, y en qué condiciones eso sería permitido, como se analizará más adelante. La privatización aumenta las tarifas del servicio, al incluir las ganancias y las pérdidas de agua en el precio final, lo que genera un círculo vicioso de aumento de precio y pérdida de eficiencia.

En contravía de la tendencia de varios países (Francia, Estados Unidos, Canadá, Alemania, Reino Unido, Hungría, España, Portugal, Argentina, Sudáfrica, Mozambique, entre otros) que adhirieron a la lógica neoliberal en el pasado y que, ahora, remunicipalizaron servicios públicos en ciudades importantes como París, Berlín, Buenos Aires, Atlanta, Budapest, Johannesburgo, Maputo, Lisboa, Hamilton, entre muchas otras ciudades del

mundo (más de 800 casos), Brasil pretende privatizar sus servicios públicos de agua y energía.

En cuanto a la tentativa de privatización generalizada del servicio de agua y alcantarillado, el expresidente Michel Temer emitió la Medida Provisoria 868 del 27 de diciembre de 2018 (una especie de decreto previsto en la Constitución de Brasil para regular actos urgentes), después que una medida anterior con un contenido semejante (la Medida Provisoria 844 de 2018) perdió su vigencia.

La Medida Provisoria 868 pretendía cambiar aspectos esenciales del marco legal del saneamiento público previsto en las leyes 9984 de 2000, 10768 de 2003 y 13529 de 2017, y obligar a que se hiciera una oferta privada del servicio público, antes de que se renovaran las concesiones con las entidades públicas estatales que prestan el servicio.

Esa medida generó el rechazo de todas las asociaciones de profesionales y empresas vinculadas a los servicios de suministro de agua y saneamiento (Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, ABES; Associação Brasileira de Agências de Regulação, ABAR; Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento, AESBE, y Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento, ASSEMAE), por motivos semejantes a los que la experiencia internacional de reestatización apunta.

Las preocupaciones son, especialmente, que se desestructure el sector y se torne más distante la universalización del acceso al agua y al saneamiento para la población, perjudicando, todavía más, la salud de los más pobres (ABES, 2018). La renovación de la medida provisoria fue rechazada por razones parecidas, incluso por la asociación que representa a los alcaldes del país y por la gran mayoría de los gobernadores de los Estados (22 de 26), que son quienes deberán lidiar con la solución de las necesidades de agua de la población y con



los problemas que ocasionan los retrocesos del sector, entre ellos, la desestructuración de las compañías estatales de agua y saneamiento básico<sup>214</sup>.

Además de que la medida es inconstitucional, pues no llena los requisitos de urgencia previstos en la Constitución ni respeta el derecho de los municipios a gestionar sus recursos hídricos, tampoco obedece a la exigencia de un marco legal para el sector. Es necesario resaltar que tal medida privilegia la lógica mercantilista que ni en Brasil ni en Colombia actúa para abrir nuevos mercados, sino para apropiarse de empresas o servicios públicos ya consolidados, lucrativos, con una infraestructura lista y con un mercado consumidor garantizado.

Si no es posible, política o económicamente, detener la imposición del modelo neoliberal en países donde este no mejora la vida las personas, como Brasil, tampoco se debe dejar que domine todos los servicios y sectores de la vida nacional ni, mucho menos, que imponga su lógica de funcionamiento a la gestión empresarial pública o de economía mixta (prevalencia de la distribución de lucros sobre la calidad y seguridad de los servicios), especialmente cuando se trata de la gestión de un servicio público esencial.

Un caso emblemático que advierte sobre los efectos negativos de aplicar tal modelo de gestión a un servicio esencial es el de la empresa Sabesp, la más grande prestadora municipal del servicio de agua y alcantarillado de Brasil, que opera en la capital del Estado de São Paulo. La gestión financiarizada de esta compañía generó una escasez hídrica en la ciudad en el 2014, porque se privilegió la satisfacción de los accionistas, antes que la calidad y la eficiencia de los servicios prestados a los usuarios<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Ver el ejemplo de una empresa concreta de una región pobre del país y las repercusiones de la medida entre los gobernadores y los alcaldes (Amorim, 2018).

<sup>215</sup> Con ocasión de la crisis hídrica de São Paulo, que incluso generó una Comisión Parlamentaria de Investigación, un periódico semanal publicó un artículo que resume los problemas de gestión de la empresa en beneficio de los accionistas y en claro perjuicio de los usuarios, titulado *Sabesp é generosa com acionistas, mas não com investimentos* (Filgueiras, 2014). También es importante destacar que la crisis no generó pérdidas para la empresa, pues la tarifa fue reajustada en porcentajes muy altos. La empresa tampoco dejó de distribuir un bono entre sus directores. Esa lógica, desde el punto de vista del consumidor o usuario,

En un año en el que los volúmenes de lluvia fueron muy bajos (2014), lo que era previsible, la falta de inversión en la ampliación de los reservorios, a pesar de los avisos previos sobre la disminución de sus niveles, llevó a la población de São Paulo a una de las peores crisis por falta de suministro de agua de toda su historia, incluso comparada con la que vivió Ciudad del Cabo, en Sudáfrica. Esa crisis fue todavía peor para los barrios más pobres, debido a la falta de equidad en la gestión del agua (Frasson, 2018a), pues fueron perjudicados con la supresión del suministro, para beneficiar a los barrios más ricos. Además, hubo discriminación con relación a la calidad del servicio prestado en diferentes tipos de barrios.

En los años previos, sin embargo, la empresa distribuyó más del 60 % de sus ganancias entre los accionistas, a pesar de que la ley solamente obligaba a distribuir el 25 %. También concedió bonos de alto valor a sus directivos, pese a la ineficiencia de su gestión. Esos datos, que se hicieron públicos en Brasil, llevaron a la realización de estudios sobre los motivos de la escasez hídrica en la región y sus consecuencias, como, por ejemplo, el de Frasson (2018a).

Este caso resume bien cómo funciona la lógica neoliberal (la financiarización) en la gestión de una empresa, y por qué esa lógica es perjudicial cuando se aplica a sectores esenciales de los servicios públicos, como el suministro de agua. Además, la lógica de funcionamiento de las empresas bajo los marcos de la globalización financiera, sumada a que el modelo aumenta la concentración del poder económico y su influencia sobre los sectores políticos, hace que tales empresas sean muy refractarias a los controles públicos, lo que es un riesgo para las actividades que necesitan una fuerte regulación, con niveles de protección y seguridad elevados, como el suministro de agua, un bien público que debe ser controlado por el poder público y para el interés público.

---

es perversa. Si se quiere cumplir la meta de acceso universal al agua, esto debe cambiar, para que empresas de ese tipo puedan asumir un modelo de gestión público con fiscalización comunitaria.

Así, además de que el modelo de empresa pública es el mejor para el sector, la gestión de las empresas de agua y saneamiento debe orientar su funcionamiento en pro del interés público y colectivo, con control social y espíritu comunitario, ante la importancia del agua como derecho o insumo productivo para todos los sectores de la vida social y económica. Cuando el agua se convierte en mercancía, pocos ganan y muchos pierden.

Cabe señalar que el modelo de economía verde se aplica mucho mejor a la gestión del agua que el modelo financiarizado de empresa. Ningún otro recurso de la naturaleza puede demostrar tan bien que es finito, pero que puede ser abundante y renovable, si es bien utilizado, protegido y consumido con respeto a los límites de la capacidad regenerativa del ecosistema.

Si el problema estructural del modelo económico aplicado a la gestión del agua no es tratado, la judicialización pura y simple de tal derecho no logrará ampliar mucho su acceso. Y si la judicialización no resuelve estructuralmente los problemas que se le presentan, difícilmente podrá ayudar a mejorar el sistema. Si lo hace bien, podrá calificarlo y empujarlo a avanzar en el diseño y la implementación de las políticas públicas de acceso al derecho, como se cree que pasó en Colombia, lo que hizo que la universalización del derecho avanzara mucho más rápido que en Brasil.

#### **2.4.4. El reconocimiento legislativo o judicial de nuevos sujetos de derecho y otras formas de impulsar la descontaminación de ríos y la protección de entes de la naturaleza**

Entre lo sagrado y lo laico, o entre el derecho y la fuerza, la humanidad caminó y camina por diferentes formas de regular las relaciones políticas y sociales, inclusive aquellas entre el hombre y su entorno ambiental.

Los diferentes modos de regulación no se excluyen y pueden ser aplicados contemporáneamente en distintas materias e intereses de la sociedad.

Además, en culturas diferentes, con cosmovisiones distintas, la relación entre los seres humanos y el medio ambiente puede basarse en paradigmas que no separan a los “humanos” de la “naturaleza”. Eso se puede dar con fundamento en valores sagrados, que destacan elementos del medio ambiente como dioses vivos, y/o basados en la comprensión de que hay una relación de interdependencia entre los seres vivos y entre estos y su entorno ambiental, con vínculos biológicos y afectivos, incluso, como verdaderos miembros de una misma familia. Ese tipo de cosmovisión está presente en la cultura de varias comunidades étnicas e indígenas alrededor del mundo, inclusive en Brasil y Colombia, y es compatible con los principios de protección ambiental y de democratización del acceso al agua vigentes en ambos países.

Ver los elementos de la naturaleza como simples “recursos” pasibles de explotación es tener una visión de mundo economicista y antropocéntrica, que fue exacerbada en las últimas décadas por la lógica económica neoliberal. Eso porque, además de explotar los recursos naturales, tal lógica los transforma en mercancía desvinculada de su valor o importancia social.

El caso del agua es paradigmático, porque es el bien más esencial para la vida. La desconexión cultural del ser humano con el agua acelera su proceso de apropiación privada, contaminación y agotamiento, y pone en riesgo la supervivencia de todos los seres vivos.

La humanidad ha venido tomando conciencia de los niveles alarmantes de degradación del agua y del medio ambiente, sin que las normas jurídicas ambientales fuesen capaces de detener el fenómeno. Esto, en un escenario de concentración de renta y poder, desequilibrio y debilitación de los poderes políticos y estatales ante el poder económico y ante un contexto de fuerte **cultura de la ilegalidad**, compatible con el neoliberalismo, que es contrario a la regulación estatal, inclusive en materia ambiental.

Por ese motivo, además de ser necesario impulsar un cambio de modelo económico, como la economía verde o el desarrollo sostenible que defienden la OIT y la ONU, el derecho necesitó recurrir a los saberes contrahegemónicos y a fundamentos vinculantes de los puntos de vista moral, ético, religioso o transconstitucional (constitucionalismo pluralista), para proteger ecosistemas esenciales para la vida en su condición de “entidades sagradas”, “sujetos de derecho” o “personas” y, así, alejarlos de la lógica mercantilista que debilita o agota su existencia. Así ocurrió, por ejemplo, con los ríos y sus cuencas, las montañas (especialmente las que contienen glaciares), los ecosistemas especiales y las forestas en varias partes del mundo.

Es importante destacar que tanto el fundamento como el modo en que se dieron esas formas alternativas de protección al medio ambiente tuvieron que ver con las características de la sociedad donde se generó la iniciativa. Además, se nota que los procesos mencionados fueron la respuesta a un desafío local, ante la impotencia del orden jurídico estatal en dar respuestas efectivas, lo que también refleja unas necesidades sentidas globalmente.

La creación de figuras alternativas como sujetos u objetos de derecho, por otro lado, no es ajena a la historia del derecho, que diversas veces ha recurrido a ficciones jurídicas para proteger a las personas vulnerables (por ejemplo, discapacitados graves, niños y niñas), seres sintientes (derecho de los animales), lugares, cosas, prácticas u organizaciones sociales, como las empresas<sup>216</sup>.

---

<sup>216</sup> Es importante destacar, como se observa en los últimos años, que el **neoliberalismo financiero** también puede ser nocivo para las propias **empresas**, entendidas como **organizaciones sociales complejas** y de **interés social**, pues su modelo de gestión es contrario a varias premisas del derecho empresarial tradicional. La gestión que privilegia la distribución de lucros entre accionistas nacionales o internacionales no tiene necesariamente un compromiso con la continuidad o la supervivencia empresarial, ya que el capital puede trasladarse a otros negocios. El eje de gestión se desplaza hacia la maximización y distribución de las ganancias, lo que puede comprometer la sostenibilidad de la propia organización empresarial. Hay una clara pérdida de poder de decisión de los sectores operacionales, inclusive de los que evalúan los elementos técnicos de seguridad, con una transferencia del peso de las decisiones estratégicas a los sectores responsables de la gestión financiera, preocupados generalmente por la relación de costo-beneficio de las decisiones que deben tomar. Tal lógica, como lo revela el número de empresas cerradas bajo tal modelo, es devoradora de empresas, de empleos, de mercados nacionales y de la competencia, pues concentra negocios y renta. Además, los accionistas mayoritarios no suelen ser responsabilizados por los desastres ambientales

Se pudo dar voz a ellos por medio de representantes legales (los padres, por ejemplo) o de instituciones encargadas de protegerlos (la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, entre otras) o, incluso, reconociéndoles personería jurídica, como en el caso de las empresas, y hasta algunos derechos fundamentales, como el derecho al buen nombre de las empresas, conforme recuerdan Palacio & Herrera (2018).

En el caso de un ecosistema, visto como un organismo provisto de elementos interdependientes e inseparables, su reconocimiento como persona no es, por tanto, distinto o más extraño que otras ficciones jurídicas. Al contrario, es mucho más lógico e intuitivo tal reconocimiento, dado que los ecosistemas funcionan con los mismos principios de un organismo vivo y son la base a partir de la cual las sociedades siempre han estructurado su organización y subsistencia; por tanto, son la base de cualquier organización humana.

Sin embargo, hay que cuidarse de que tales innovaciones jurídicas no retiren de los entes de la naturaleza su dimensión de **bienes públicos colectivos**, especialmente cuando se trate del patrimonio ambiental de un país. La importancia del enfoque pretendido debe ser la de dar un acceso incluyente al bien y aumentar la posibilidad de control comunitario sobre sus usos, al dotarlos de derechos de autotutela, con una titularidad ampliada de representación. Su estatus de persona, por tanto, no debe servir para privatizar su naturaleza o permitir desviaciones de la finalidad de su uso y destinación, sino para preservarlo y protegerlo<sup>217</sup>.

---

y los graves errores de gestión, aunque controlen los órganos directivos. Los perjuicios ambientales suelen ser socializados con externalización de costos, y, en caso de grandes desastres o perjuicios, no es raro que los mismos accionistas presenten demandas en condición de víctimas de la “mala gestión” empresarial. Los países en vías de desarrollo casi siempre pierden recursos con ese tipo de gestión (exoneración fiscal, evasión tributaria, no pago de multas y reparaciones ambientales, entre otros problemas). Es necesario, por tanto, replantear las discusiones del derecho de la empresa y de la responsabilidad civil, en tiempos de neoliberalismo financiero, pues los institutos tradicionales de esas ramas del derecho no dan respuestas adecuadas a las violaciones provocadas por ese tipo de gestión.

<sup>217</sup> Ese alerta es relevante para evitar la distorsión del objetivo o de la función de teorías, normas, institutos o arreglos institucionales importados de otros contextos, como suele ocurrir en Brasil, debido a su cultura jurídica autoritaria, como analizado en la primera parte de la investigación. Se considera que las normas

Más adelante se citarán algunos casos que reflejan esa nueva tendencia del derecho constitucional y ambiental, destacando la variedad de soluciones aportadas a la experiencia jurisdiccional por diferentes casos de Colombia.

La cosmovisión que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos está expresa en la Constitución de Ecuador, que eligió el *Sumak Kawsay*, un modo de vida inspirado en los valores de la comunidad indígena local, como una concepción compleja de **vida buena** o de **buen vivir**, para diseñar un modelo local de sociedad que depende de la armonía con la naturaleza. Lo mismo se puede decir de Bolivia, que reconoció a la *Pachamama*, o Madre Tierra, como uno de los fundamentos del Estado constitucional y reguló la protección de la naturaleza como sujeto de derecho, por medio de una ley especial.

En ambos casos, la protección a la naturaleza, por sí sola, no fue suficiente para cambiar los paradigmas de comportamiento. De modo que la garantía de acceso a la justicia es esencial para proteger los derechos de tales sujetos, como ocurrió en el pionero caso de la tutela al río Vilcabamba, en Ecuador (Corte Provincial de Justicia de Loja, Sala Penal, Juicio 11121-2011-0010, Acción de Protección 0010-2011, 2011), que fue reforzada en la sentencia de la Corte Constitucional n.º 012-18-SIS-CC de 2018, M.P. Alfredo Ruiz Gusmán, que reconoció la legitimidad de la parte y examinó una denuncia de incumplimiento de la decisión que determinaba, en nombre del propio río, promover ciertas políticas de descontaminación y manejo.

En India, la High Court of Uttarakhand at Nainital equiparó, por vía judicial, los ríos Ganges y su tributario Yamuna a personas (High Court of Uttarakhand at Nainital. Caso Mohd. Salim vs. State of Uttarakhand & others. Writ Petition PIL No.126 of 2014, 2017, M.P. Alok Singh y Rajiv Sharma), lo que determinó el impulso de políticas de protección y descontaminación, ante la omisión o

---

jurídicas de Brasil son suficientes para dar respuestas semejantes a las de otros países, como Colombia, a partir de la interpretación sistemática y multinivel del propio ordenamiento jurídico vigente en el país.

ineficiencia de los poderes públicos y, también, ante los conflictos interestatales de la federación sobre la responsabilidad y los medios para hacerlo. La decisión fue reforzada posteriormente, para incluir la protección al Himalaya y sus glaciares, que hacen parte de la cuenca del río Ganges (High Court of Uttarakhand at Nainital. Caso Lalit Miglani vs State of Uttarakhand And Others. Writ Petition – PIL No.140 of 2015, s.f.).

Aunque las decisiones hayan sido revisadas por la Suprema Corte, por la preocupación de que el río, tratado como persona, y ante la falta de certeza de la regulación, pudiera ser objeto de acciones reparatorias en la condición de reo (BBC News, 2017), las decisiones de India siguen siendo citadas como referencia para perfeccionar los mecanismos de tutela de la naturaleza en todo el mundo.

Nótese, en ese sentido, que es posible que un ente público tenga legitimidad procesal activa, es decir, legitimidad para participar en un juicio con el fin de defender intereses propios e institucionales. Ese diseño es ideal para tal tipo de sujetos, y no es ajeno a las soluciones comunes experimentadas en diseños institucionales locales. En Brasil, un caso típico que puede servir de ejemplo para tal situación es aquel de los entes públicos dotados de personalidad “judiciaria”, y no “jurídica”. Es el caso, por ejemplo, del poder Legislativo municipal, que tiene capacidad procesal para defender judicialmente sus intereses (Súmula 525 del Superior Tribunal de Justicia<sup>218</sup>), pero no tiene personalidad jurídica para ser demandado como reo; así, en caso de demandas por prácticas ilícitas de ese órgano, debe responder el municipio, que es el ente estatal que tiene personalidad jurídica reconocida por ley.

En Nueva Zelanda y Australia, la protección de los ríos se dio por medio de leyes, conforme “Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act

---

<sup>218</sup> Precente del STJ. Súmula 525: “El Consejo Municipal no posee personalidad jurídica, apenas personalidad judiciaria, y solamente puede demandar en juicio para defender sus derechos institucionales. Referencia: CPC, arts. 7.º y 543-C”. Traducción libre de la autora de “A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais. Referência: CPC, arts. 7º e 543-C.”



2017, No. 07-2017” (Public Act 7, 2017) y “Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murrong) Act 2017, No. 49 of 2017” (Act 49, 2017). Ambas leyes reconocieron valores indígenas locales y determinaron la creación de una especie de consejo para desarrollar las políticas de descontaminación y protección de ciertos ríos, inclusive, para aplicar las indemnizaciones pagadas por el Estado y proteger a sus derechos. Antes de eso, en 2014, el Parlamento de Nueva Zelanda también había declarado un área de tierra (Tuhoe) como persona (Te Urewera), por medio de una ley (Act 51, 2014). En esa ocasión, se determinó la creación de un órgano encargado de administrarla y protegerla bajo los valores espirituales de la cultura local.

En estos casos, la decisión se originó en un acto legislativo, lo que refuerza la idea de que esas cuestiones solamente deben ser judicializadas cuando los otros poderes no son efectivos en dar respuestas suficientes para cumplir el mismo propósito, o cuando existe la ley, pero esta no es respetada. El papel y la fuerza política del Parlamento en los dos países de tradición anglosajona, que también poseen una fuerte tradición de costumbres ancestrales, tal vez explique el logro de esas medidas por la vía legal.

Por otro lado, cabe registrar que hubo diversos casos de políticas públicas de descontaminación de grandes ríos en décadas recientes, como, por ejemplo, en París, Londres, Lisboa, Seúl, entre otros lugares<sup>219</sup>, que no necesitaron un impulso legal o judicial. Esto indica que la iniciativa del poder Ejecutivo para impulsar tales políticas debe ser otro campo de lucha colectiva, para que solo en caso de fracaso o discontinuidad se intente la vía judicial, como en los casos del río Bogotá, en Colombia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Ref: Expediente n.º AP-25000-23-27-000-2001-90479-01 y otros, 2014, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno) y de la cuenca de los ríos Matanza-Riachuelo y otros, en Argentina (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia M. 1569. XL 2008, M.P. Ricardo Luis Lorenzetti).

---

<sup>219</sup> Ver noticia que compara estos casos con el del río Bogotá (Las2orillas, 2014).

En esos dos casos, judicializados en Bogotá y Buenos Aires, prevaleció la iniciativa ciudadana, por medio de acciones colectivas. Registrase que los ríos objeto de tales demandas ya habían perdido su sacralidad y sus vínculos culturales con antiguos pueblos indígenas, por su alta contaminación y por estar ubicados en un entorno urbano, lo que no significa que tales vínculos no se puedan recuperar, a medida que el río recupere su fuerza vital. De otro lado, lo que se observa a partir de esas iniciativas ciudadanas es que las grandes ciudades también demandan el derecho a tener ríos vivos.

Un caso distinto, en Colombia, fue el del río Atrato, también protegido por la vía judicial (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/16, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en el que se reconoció su calidad de persona, además de los derechos bioculturales de la población indígena y local, entre otros derechos fundamentales, como se verá más adelante<sup>220</sup>. Otras declaraciones similares efectuadas por la vía judicial con relación a ríos y afluentes colombianos reconocen explícitamente los derechos de las futuras generaciones a la protección ambiental, por ejemplo, los casos de los ríos **Cauca** (Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta Civil de Decisión. Sentencia 38, 2019, M.P. Juan Carlos Sosa Londoño), **Combeima, Cocora, Coello, Pance (su cuenca y afluentes) y Otún (su cuenca y afluentes)**<sup>221</sup>, en los que también se determinó su protección, conservación, mantenimiento y/o restauración. El caso más reciente, de octubre de 2019, protege el río Magdalena, el más importante de Colombia, siguiendo la misma línea jurisprudencial, que reconoce el derecho de las actuales y futuras generaciones al medio ambiente sano.

---

<sup>220</sup> Ese caso llamó la atención de la comunidad jurídica de Brasil y sirvió de inspiración para una demanda propuesta para proteger el Río Doce, juzgada por la Justicia Federal de Brasil, sección judicial de Minas Gerais, Expediente n.º 1009247-73.2017.4.01.3800. El caso, que denegó la tutela pretendida, fue analizado por un grupo de juristas dedicado al estudio del constitucionalismo latinoamericano (Derani *et al.*, 2019). Tal grupo, entre otros de Brasil, considera compatible la decisión de la Corte Constitucional colombiana con el orden jurídico brasileño. En ese artículo, publicado en Colombia, son analizados precedentes de la protección a la naturaleza en América Latina, con indicación de tendencias favorables a la positivación de tales derechos en Brasil, inclusive, citando legislaciones municipales, como las de Bonito y Paudalho, municipios localizados en el Estado de Pernambuco, región nordeste de Brasil, en que se reconoce el derecho al medio ambiente sano a toda “comunidad natural”, compuesta de seres humano y no humanos (Derani *et al.*, 2019, p. 500). Citan otros proyectos legislativos en tramitación en los Estados de São Paulo, Ceará y Santa Catarina (Derani *et al.*, 2019, p. 501), con contenido semejante.

<sup>221</sup> Sobre el particular, ver, respectivamente, las noticias: (El espectador, 2019b), (El espectador, 2019a), (Semana Sostenible, 2019) y (Ecos, s.f.).

Determina la conformación de comisión de guardianes del río y la formulación de políticas públicas de protección y restauración ambiental<sup>222</sup>.

Es importante registrar que en Colombia se han adoptado decisiones pioneras sobre la tutela del derecho al medio ambiente sano y protegido para las futuras generaciones, y en contra de actos que pueden provocar el cambio climático, relativas a la protección de otros ecosistemas. Son ejemplos de este tipo de decisiones la sentencia que tuteló la protección de la Amazonía y la reconoció como persona (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC4360-2018. Radicación 11001-22-03-000-2018-00319-01, 2018, M.P. Luiz Armando Tolosa Villabona) y la que tuteló el páramo de Pisba y los procedimientos para su demarcación, a fin de proteger sus funciones ecológicas de producción de agua y retención de carbono en el suelo (Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Sesión No 3. Expediente No. 15238 3333 002 2018 00016 01, 2018, M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz), que citó el precedente y los parámetros de la sentencia T-361 de 2017 (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. Sentencia No. T-361/17, 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos) .

También fue relevante la tutela fallada a favor de seres afectados por una posible contaminación ambiental, que determinó una investigación sobre las causas de la mortalidad de abejas (Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, Fallo de Tutela 213/18, 2018). Esto debe servir de inspiración para Brasil, donde las amenazas a la Amazonía, a los ríos y a los animales polinizadores son demasiado graves.

Otra iniciativa relevante en Colombia es una propuesta de acto legislativo que se tramita ante la Cámara de Representantes del Congreso de la República, y que pretende reformar la Constitución para hacer explícitos los derechos de la naturaleza reconocidos judicialmente, agregando un párrafo al artículo 79 de la Constitución, que tendría la siguiente redacción:

---

<sup>222</sup> Sobre este caso, ver, entre otras noticias, (Machado, 2019).

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

**La naturaleza, como una entidad viviente sujeto de derechos, gozará de la protección y respeto por parte del Estado y las personas a fin de asegurar su existencia, hábitat, restauración, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, así como la conservación de su estructura y funciones ecológicas** (PAL 80, 2019) (negrillas y subrayado originales).

Cabe registrar que en todos los casos en que se impartió una orden judicial de descontaminación de ríos, la ejecución de las sentencias también es materia conflictos y de dependencia del presupuesto público o privado, lo que indica que estas decisiones pueden extender el conflicto, agravarlo o generar nuevas disputas. Por lo tanto, un estudio comparativo específico sobre la ejecución de ese tipo de sentencias o de normas legales sobre la materia, que incluya la estructura y el funcionamiento de los órganos de gestión de los ríos y de las comisiones de seguimiento de las decisiones, es relevante para ayudar a perfeccionar los casos judiciales recientes de descontaminación de ríos de Brasil, sin desperdicio de la experiencia internacional.

El escenario desolador de contaminación ambiental alerta sobre la necesidad de introducir cambios al modelo de desarrollo económico, ya que es mucho más sencillo y menos costoso promover la protección de las fuentes de agua con medidas de prevención y precaución, que reparar graves daños ambientales a esas mismas fuentes.

En el escenario actual, para proteger al medio ambiente, el poder Judicial deberá enfrentar los problemas causados por diversos pilares del modelo económico vigente, incluidas las políticas de austeridad, la hegemonía

económica de los grandes contaminantes y la mercantilización de los bienes y recursos naturales.

Además, deberá hacer un esfuerzo institucional de cambio de cultura entre sus miembros, para fomentar la democracia ambiental protegida por las normas locales e internacionales y abrirse a la construcción de soluciones a partir del pluralismo jurídico interno, especialmente en Brasil, donde la exclusión de las poblaciones indígenas de la vida política, jurídica y social es mucho más acentuada que en Colombia.

En ese sentido, es necesario dar voz y comprender el sentido de las palabras de los afectados y sus representantes, como las de Ailton Krenak, un indígena de Brasil de la tribu Krenak, que vive en los márgenes del río Doce<sup>223</sup>, al defender los derechos de los ríos en el Foro Mundial del Agua, realizado en Brasil en 2018:

Si tenemos que legislar para decir que un río no puede tornarse en una cloaca, es porque perdimos totalmente la reverencia y el sentido de afecto con la tierra (Terra, 2018)<sup>224</sup>.

O las de Gerrard Albert, vocero de la tribu Maori, en el Parlamento de Nueva Zelanda, al defender los derechos del río Whanganui:

Podemos rastrear nuestra genealogía a los orígenes del universo [...]. Y, por lo tanto, en lugar de ser los amos del mundo natural, somos parte de él. Queremos vivir así como nuestro punto de partida. Y eso no es un antidesarrollo o un uso antieconómico del río, sino comenzar con la visión de que es un ser vivo, y luego considerar su futuro desde esa creencia central (The Guardian, 2017)<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> El río Doce (río Watu, que quiere decir “persona”) sufrió la contaminación de todo su lecho por el derrumbe de una represa de minería en Minas Gerais (Samarco, Vale, BHP Billiton).

<sup>224</sup> Traducción libre de la autora de: “Se temos que legislar para dizer que um rio não pode virar um esgoto, nós perdemos totalmente a reverência e o sentido de afeto com a Terra” (Terra, 2018).

<sup>225</sup> Traducción libre de la autora de: “We can trace our genealogy to the origins of the universe [...]. And therefore rather than us being masters of the natural world, we are part of it. We want to live like that as our starting point. And that is not an anti-development, or anti-economic use of the river but to begin with the view that it is a living being, and then consider its future from that central belief” (The Guardian, 2017).

Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho internacional o comparado, también se nota un intento de limitar las lesiones del modelo económico a los derechos humanos, por medio de varios tipos de compromisos multilaterales de empresas y gobiernos y por el impulso de movimientos que buscan la declaración de los derechos de la tierra, los ríos, los árboles, las forestas y los pueblos de las forestas. En ese sentido, se pueden mencionar algunos ejemplos de iniciativas, en parte transformadas en leyes o declaraciones de principios ante la ONU:

- Los principios ambientales de los derechos humanos (Naciones Unidas, 2018).
- Los principios de los derechos humanos y las empresas (Naciones Unidas, 2011).
- Movimientos internacionales por los derechos de la tierra: Carta de la Tierra (Iniciativa Carta de la Tierra, 2000) y Declaración universal de los derechos de la madre tierra (2010)<sup>226</sup>.
- Movimientos internacionales por la declaración de los derechos de los ríos (Declaración universal de los derechos de los ríos, s.f.) y por la democracia del agua (Shiva, p. 48-50).
- Movimientos internacionales por la preservación de los árboles (Assemblée Nationale, 2019), de las forestas (Naciones Unidas- Climate Summit, 2014) o de los derechos de los pueblos de las forestas (Forest People Program, 2014).

Es relevante destacar que, en el caso del agua, debería ser mucho más fácil reconstruir culturalmente la conexión entre naturaleza y seres humanos, pues, en el ciclo del agua, este bien está en permanente circulación entre el ambiente físico y los cuerpos de los seres vivos, por medio de procesos biogeoquímicos continuos (precipitación, infiltración, evaporación, evapotranspiración y condensación). De modo que es mucho más intuitivo el

---

<sup>226</sup> Para acompañar las iniciativas de la ONU en este sentido, se recomienda, como lo hicieron Derani *et al.* (2019, p. 501), acceder al sitio web [www.harmonywithnatureun.org](http://www.harmonywithnatureun.org) (Naciones Unidas, 2009).

saber ancestral que reconoce que el hombre es parte de la naturaleza (y no al revés), que naturalizar la explotación del agua como mercancía, porque por el cuerpo humano circula y circularán las aguas del mundo que el mismo hombre contamina.

Las soluciones novedosas en el campo del derecho al agua y del derecho ambiental antes mencionadas indican que las herramientas tradicionales del derecho no siempre son suficientes para decidir conflictos complejos. Por tanto, la formación judicial para comprender esos nuevos fenómenos, la construcción colectiva de soluciones y la mirada del derecho comparado y del constitucionalismo pluralista son auxiliares poderosos para constituir los derechos al agua y al medio ambiente protegido para las actuales y futuras generaciones.

## **2.5. Conclusiones del capítulo**

Para comprender los desafíos de la implementación del derecho fundamental al agua en América Latina, especialmente en Brasil, es necesario, además de comprender los aspectos históricos, políticos, sociales y económicos involucrados en la implementación de los derechos fundamentales en general, identificar qué otros factores, desde el punto de vista geopolítico, generan resistencias a la implementación del derecho específico. Por lo tanto, es necesario analizar las respuestas que se presentan en el plano del derecho internacional y las soluciones emergentes a las que se hizo referencia, para contrarrestar las políticas de mercantilización y financiarización del medio ambiente, de la tierra y del agua.

También es relevante destacar que, a pesar de ser bastante evidente la conexión entre el derecho al agua y los demás derechos fundamentales (como los derechos a la vida, a la salud, al trabajo, a la educación, a la alimentación y a la vivienda digna), y de las ventajas de proteger el acceso al agua potable y al saneamiento como una forma de proteger indirectamente todos estos derechos,

la implementación del acceso al agua potable no avanzó significativamente en Brasil en los años recientes y da señales de que puede ingresar en un período de retroceso con relación a los actuales niveles de implementación, en caso de que las tendencias actuales no sean revertidas.

A pesar de la vasta normativa internacional sobre el derecho al agua en el campo del derecho universal de los derechos humanos, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del derecho internacional del trabajo y del Derecho Internacional Humanitario, como se explicó en el presente capítulo, Brasil no reconoce tal derecho como derecho fundamental ni aplica el conjunto de normas mencionadas en su jurisprudencia ordinaria o constitucional.

El país tampoco reconoce el derecho a un mínimo vital gratuito de agua ni la importancia del acceso al agua para garantizar el empleo y la renta. Además, hasta el momento, no incorpora su protección en los planes de defensa nacional con el fin de proteger la soberanía y la seguridad nacionales, a pesar de las amenazas y riesgos concretos y de todas las disposiciones normativas analizadas, que integran su bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que los cambios económicos promovidos por el neoliberalismo impusieron la desindustrialización precoz de la región, lo que generó un aumento de las disputas por tierra y agua. Eso afecta directamente los territorios ocupados por campesinos, comunidades afrodescendientes, indígenas y nuevos rurales, y configura un proceso de neocolonización que también explica el elevado número de asesinatos de indígenas, líderes sociales, ambientales y campesinos en Brasil y Colombia y la expulsión de tales grupos de sus territorios. Además, explica los procesos locales de resistencia en defensa del derecho al uso del suelo y de la explotación del subsuelo, en confrontación con intereses nacionales y, sobre todo, internacionales, que son el origen de una parte significativa de los conflictos agrarios de la región.



Para resolver la cuestión, además de las normas del derecho internacional aplicables (el PIDCP y su protocolo adicional, el PIDESC y la Observación General n.º 15, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su protocolo adicional, las normas específicas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las normas de la ONU y de la OIT que protegen el agua y el trabajo y las normas de derecho humanitario y de protección a la soberanía y la seguridad nacionales), también es importante observar las tendencias emergentes en el ámbito regional e internacional sobre la protección al agua, al medio ambiente, a los territorios, a la democracia ambiental (sustantiva, procedimental, participativa y deliberativa) y al trabajo digno.

Entre las tendencias observadas, es necesario comprender la importancia de defender la democracia ambiental en los términos propuestos por el Acuerdo de Escazú, que materializa el principio 10 del derecho al desarrollo sostenible de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo (Naciones Unidas, 1992b). También es relevante implementar políticas para la protección a campesinos, indígenas y otras personas que trabajan en zonas rurales, conforme los términos de la Resolución 39/12 (A/C.3/73/L.30) de 2018 del CDH de la ONU (Naciones Unidas, 2018).

En lo que se refiere al agua, es relevante entender la importancia de protegerla de las políticas que defienden su mercantilización o privatización, cuyo fracaso está demostrado por los procesos recientes de reestatización en varios países y grandes ciudades del mundo.

Finalmente, es relevante observar el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho, a partir del reconocimiento legislativo o judicial de entes de la naturaleza como personas. Esto es compatible con el modelo de Constitución ecológica de Brasil y Colombia y con el constitucionalismo pluralista (transconstitucionalismo) existente en la región. En ese sentido, se debe observar la existencia de órdenes jurídicos o culturales internos pasibles de ser interpretados por medio del diálogo entre fuentes plurales, y que apuntan

soluciones novedosas para problemas complejos y estructurales, como el relativo a la protección del bien más esencial de todos para la supervivencia humana y de todos los seres vivos: el agua.

Comprendido el contexto geopolítico y las herramientas internacionales aplicables a la protección del derecho al agua, en el capítulo siguiente se examinarán las normativas y los arreglos institucionales nacionales de Brasil y Colombia que demuestran la equivalencia infraconstitucional de los sistemas de protección ambiental y de gestión de recursos hídricos, y que refuerzan la idea de que es posible avanzar en la jurisprudencia relativa a la constitución del derecho fundamental al agua en Brasil sin necesidad de cambio legislativo, aunque la positivación de tal derecho en los planos constitucional e infraconstitucional sea deseable.

### **CAPÍTULO 3. Las constituciones ecológicas de Brasil y Colombia, la constitucionalización implícita del derecho fundamental al agua en Brasil y la equivalencia de la normativa infraconstitucional de Brasil y Colombia**

Algunos países de América Latina declararon el derecho al agua como derecho fundamental en sus constituciones. Este es el caso, por ejemplo, de **Uruguay** (Const. 2004, art. 47), **Bolivia** (Const. 2008, arts. 16; 20, I, y 373, I), **Ecuador** (Const. 2008, arts. 3, I, y 12), **Perú** (Ley 30588 2017, art. 7.º-A) y **México** (Const. 1916, art. 4.º). Otros lo hicieron por medio de una decisión judicial, como **Colombia** y **Costa Rica** (Castro, 2018)<sup>227</sup>, a partir de elementos del texto constitucional y del bloque de constitucionalidad aplicables en los respectivos países.

Regístrase que en algunos países donde el derecho al agua está previsto en la Constitución, este ya había sido declarado judicialmente. Es el caso de Perú, donde el derecho al agua fue declarado por medio de la Sentencia 6546-2006 – AA/TC, con fundamento en el art. 3.º de la Constitución peruana, que establece que los derechos fundamentales previstos en la Constitución poseen “*numerus apertus*” y no excluyen otros de “naturaleza análoga” o que “se fundan en la dignidad del hombre” (Tribunal Constitucional, Sala Segunda, EXP. n.º 06534-2006-PA/TC, 2007, M.P. Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda).

En Brasil y Colombia, los intentos de constitucionalización formal del derecho al agua han sido frustrados por las razones políticas y coyunturales ya examinadas. Sin embargo, los elementos normativos para su reconocimiento como derecho fundamental esencial están presentes en el ordenamiento jurídico interno, como lo reconoció Colombia. En Brasil, no existe una justificación aceptable para resistir a su reconocimiento judicial, especialmente en el ámbito

---

<sup>227</sup> Ver Sentencia n.º 17620 del 5 de diciembre de 2008 (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia n.º 17620, 2008, M.P. Fernando Cruz Castro), que reitera otras decisiones (Sentencias n.º 2003-04654 del 27 de mayo de 2003 y n.º 2005-14523 del 21 de octubre de 2005, entre otras), como señala Castro (2018, p.13).

del STF, que, como se verá, al contrario de la tendencia observada en la región, rechaza la relevancia constitucional de la discusión y no profundiza en el debate en los casos que examina.

Tal situación es preocupante, porque la experiencia brasileña indica que los regímenes autoritarios fueron históricamente refractarios a la protección ambiental, lo que explica, en parte, la resistencia al tema en Brasil y los retrocesos que están en marcha:

El derecho ambiental -constitucionalizado o no- es una disciplina profundamente dependiente de la libertad de participación pública y del flujo permanente y libre de informaciones de todo orden. En regímenes dictatoriales o autoritarios la norma ambiental no florece, permaneciendo, en la mejor de las hipótesis, en proceso de hibernación letárgica, a la espera de tiempos más propicios para su implementación - como se dio con la Ley de la Política Nacional del Medio Ambiente, de 1981, hasta la plena democratización (política y de acceso a la Justicia) del país (Benjamin, 2008, p. 40-41) <sup>228</sup>.

Por ese motivo, la tutela efectiva en materia ambiental no debe prescindir de las garantías de acceso a la justicia y debe contribuir a fortalecer todo el sistema de garantías democráticas que protegen el ejercicio de los derechos en general (Pisarello, 2007), conforme lo previsto en la Constitución y en los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad de ambos países.

En el ámbito local, los dispositivos que protegen el medio ambiente y el agua en las Constituciones de Brasil y Colombia forman un **sistema** de protección que involucra los **fundamentos y objetivos de la República**, el **catálogo de derechos fundamentales** y su **posibilidad de expansión y progresividad**, ya analizados, además de los capítulos sobre el **orden económico y social**; las **relaciones internacionales**; el **concepto ampliado**

---

<sup>228</sup> Traducción libre de la autora de: “O direito ambiental -constitucionalizado ou não- é uma disciplina profundamente dependente da liberdade de participação pública e do fluxo permanente e desimpedido de informações de toda ordem. Em regimes ditatoriais ou autoritários a norma ambiental não vinga, permanecendo, na melhor das hipóteses, em processo de hibernação letárgica, à espera de tempos mais propícios à sua implementação - como se deu com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de 1981, até a plena democratização (política e do acesso à Justiça) do país” (Benjamin, 2008, p. 40-41).

**de medio ambiente; el patrimonio nacional; la tutela de los derechos individuales, colectivos y difusos, y la protección especial de sujetos, actividades y ecosistemas.**

En el caso de Brasil, los fundamentos y objetivos de la República y los principios que rigen las relaciones internacionales del país (Const. 1988, arts. 1.º, 3.º y 4.º) incorporan elementos constitutivos de un modelo de Estado compatible con un proyecto de desarrollo basado en el **trabajo digno**, la **justicia social**, el **desarrollo local** y la **eliminación de la pobreza**, que apuntan en la dirección de un proyecto constitucional incluyente. También reafirman la **soberanía nacional** y los valores de la **paz** y de los **derechos humanos**.

En la Constitución colombiana, los principios fundamentales también están basados en la **dignidad humana**, el **trabajo** y la **solidaridad**, pero se destacan, en su artículo 1.º, la idea de autonomía de **sus entidades territoriales** y la **democracia participativa y pluralista**, esta última reforzada en diversos dispositivos de la Constitución.

En lo que se refiere a su soberanía y a las relaciones internacionales, la Constitución de Colombia prevé el objetivo de “**defender la independencia nacional, mantener la integridad de su territorio y asegurar la convivencia pacífica**” (Const. 1991, art. 2.º), y resalta la “**soberanía nacional**”, el “**respeto a la autodeterminación de los pueblos**” y el “**reconocimiento de los principios del derecho internacional**” aceptados por el país, entre los principios relativos a las **relaciones exteriores** (Const. 1991, art. 3.º).

En el caso de Brasil, los principios que rigen las relaciones internacionales están previstos en el artículo 4.º de la Constitución, y también incluyen los **derechos humanos** y la **integración de América Latina**. Los principios aplicables a ese campo son los siguientes: **independencia nacional; prevalencia de los derechos humanos; autodeterminación de los pueblos; no intervención; igualdad entre los Estados; defensa de la paz; solución**

**pacífica de los conflictos; repudio al terrorismo y al racismo; cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad y concesión de asilo político.** También está prevista la búsqueda de la **integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina**, que apunta a la formación de una **comunidad latinoamericana de naciones** (Const. 1988, art. 4.º).

En lo que se refiere a los derechos civiles y políticos, en Brasil, estos se basan en los pilares clásicos de protección a **la vida, la libertad, la igualdad y la propiedad**. Esta última, sin embargo, en tratándose de un Estado social, debe tener una **función social**, y está implícita su **función ecológica**. Además, la **pequeña propiedad privada rural familiar** está **protegida de embargos por deuda, siempre que en ella trabaje la familia campesina propietaria** (Const. 1988, art. 5.º, XXII, XXIII y XXVI). Las reglas de interpretación de los derechos fundamentales indican su **aplicación inmediata** y la **inexistencia de *numerus clausus*** (Const. 1988, art. 5.º, párr. 2.º). Los derechos esenciales al ejercicio de las libertades políticas, inclusive al **acceso a información**, también están asegurados.

La ley que regula el acceso a la información en Brasil (Ley n.º 12.527, 2011), que atiende al principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo (Naciones Unidas, 1992b), obliga a todos los órganos públicos a prestar las informaciones requeridas y a difundir aquellas que sean de interés público en un lugar de fácil acceso (proactividad). Además, fija el plazo para prestar la información (hasta 30 días) y permite interponer un recurso, en caso de que sea denegada.

De modo equivalente, los derechos garantizados en el artículo 5.º de la Constitución de Brasil también están garantizados entre los derechos fundamentales en Colombia (Const. 1991), entre ellos, el **derecho a la vida** (art. 11); los derechos a la **libertad** y a la **igualdad, incluida la protección contra la discriminación y la protección especial a los más vulnerables** (art. 13); la

**protección al libre desarrollo de la personalidad**, que amplía el concepto de libertad individual (art. 16); **la protección al derecho al trabajo y en contra de la esclavitud y la trata de personas** (arts. 17, 25 y 26); **la libertad de expresión y de manifestación** (arts. 20 y 37); **el derecho de petición** (art. 23); **el derecho a la paz** (art. 21) y **el derecho a la asociación y sindicación** (arts. 38 y 39).

Además, en su artículo 85, la Constitución declara la aplicación inmediata de varios de los derechos reconocidos (los previstos en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40) y prevé, como en Brasil, que estos **no excluyen a otros**, esto es, que **“no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”** (Const. 1991, art. 94).

La aplicación inmediata de un derecho **atañe a aquellos que le son conexos**, como lo decidió la Corte Constitucional con relación al acceso al servicio de alcantarillado (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Baron), por ser un derecho conexo a la **dignidad humana** (Const. 1991, art. 1) y a **la vida** (Const. 1991, art. 13). Además, en el caso concreto examinado, también era conexo al derecho de los discapacitados.

La ley que regula la transparencia y el acceso a la información (Ley 1712 de 2014) también prevé la obligación de facilitar el acceso gratuito y amplio a la información, sin discriminación y con base en la buena fe, la responsabilidad, la transparencia y la proactividad. Tal acceso forma parte del conjunto de derechos necesarios para la promoción de la democracia ambiental, como se analizó.

Regístrase que, en Colombia, el Consejo de Estado declaró que los estudios de impacto ambiental no pueden estar sometidos a reserva, so pena de violar el derecho a la información (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 2016-01943, 2017, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto). La decisión señala que la ley de transparencia no

restringe el acceso a ese tipo de información y que la ciudadanía tiene derecho a conocer su tenor.

Como se destacó anteriormente, la Constitución de Colombia contiene un mandato expreso dirigido a las instituciones de educación del país que las obliga a impartir formación en el **“estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica”** (Const. 1991, art. 41). Ambas constituciones (las de Brasil y Colombia) también recomiendan implementar la **formación en materia ambiental**, lo que revela la necesidad de promover un **cambio cultural** para incorporar los valores relativos a los derechos y deberes de protección ambiental. Es importante señalar que, en Colombia, el comando constitucional habla de **formación** en un sentido más amplio que la formación escolar prevista en la Constitución de Brasil, lo que se entiende más efectivo para el cambio de cultura. Eso porque permite la institución de campañas educativas en espacios variados, bajo la responsabilidad de órganos distintos, como lo que hace el Ministerio de Medio Ambiente con relación a la difusión de cursos en línea y de la “cultura del agua”<sup>229</sup>.

Los capítulos que regulan el orden económico y el orden social en Brasil (Const. 1988, arts. 170 y 193) también presuponen la **función social de la propiedad y la protección ambiental**. Además, ambos deben estar basados en la protección al **trabajo** y al **bienestar**, con **justicia social**. El artículo 6.º enuncia los derechos sociales garantizados en la Constitución (**educación, salud, alimentación, trabajo, vivienda, transporte, ocio, seguridad, previdencia social, protección a la maternidad y a la infancia y asistencia a los desamparados**), lo que no excluye otros derechos, como se explicó.

Los órdenes económico y social también deben buscar la **reducción de las desigualdades**, el **pleno empleo** y la **protección al medio ambiente**.

---

<sup>229</sup> Ver más información en la página web del Ministerio de Medio Ambiente <http://escueladeformacion.minambiente.gov.co/> y <http://escueladeformacion.minambiente.gov.co/>.



Los requisitos para considerar que la propiedad rural cumple una función social en Brasil involucran aspectos relacionados con su **uso racional**, la **preservación ambiental** y el **respeto a las relaciones de trabajo**. El artículo 185 de la Constitución **excluye de la expropiación con fines de reforma agraria a la tierra productiva y a la pequeña propiedad rural, siempre que sea única**.

La normativa que reglamenta el artículo constitucional acerca de la **función social de la propiedad** (Ley 8629 de 1993) regula el procedimiento de reforma agraria y detalla los requisitos para la expropiación de tierras y el pago de la correspondiente indemnización. Esa misma ley establece, en su artículo 13, que **las tierras rurales públicas de la Unión, los Estados y los municipios serán preferentemente destinadas a los planes de reforma agraria**.

El Código Civil brasileño también prevé que el goce de los derechos de propiedad debe ser sometido al **respeto de sus finalidades económicas y sociales**, incluida su **función ecológica**. Además, menciona las hipótesis de expropiación mediante indemnización previa.

El cumplimiento de las funciones sociales y ecológicas de la propiedad presupone la **preservación de “la flora, la fauna, las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico, así como [evitar] la contaminación del aire y de las aguas”** (Código Civil, 2002, art. 1228, párr. 1.º).

En Colombia, las **funciones social y ecológica** de la propiedad están previstas en el artículo 58 de la Constitución, que dispone: “La propiedad **es una función social que implica obligaciones**. Como tal, **le es inherente una función ecológica**. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad”.

El mismo artículo prevé la **posibilidad de expropiación** “por motivos de **utilidad pública o de interés social definidos por el legislador**”, mediante **indemnización previa**, como también está previsto en Brasil (Const. 1988, art. 5º, XXIV).

La definición de **función social** de la propiedad no está prevista en la Constitución de Colombia, pero se infiere del conjunto de normas constitucionales, legales y jurisprudenciales, especialmente de las normas que protegen al Estado social y al medio ambiente. Ese valor también está presente en el artículo 333 de la Constitución, que garantiza la libertad económica (libre iniciativa), pero que indica que las **empresas** deben tener una **función social**.

El artículo 669 del Código Civil colombiano, que trata de la propiedad privada, es muy breve y fue declarado exequible con restricciones (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-595 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz), por lo que debe ser leído a la luz de la Constitución. Dicho artículo contiene un concepto genérico de dominio (propiedad), entendido como el “derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno” (Ley 84 de 1873, art. 669). La sentencia de la Corte Constitucional que lo declaró exequible excluyó el término “arbitrariamente” anteriormente subrayado.

En cuanto al orden social, la Constitución colombiana posee un **capítulo** destinado a los **derechos económicos, sociales y culturales**, que son similares, en parte, a aquellos presentes en la Constitución de Brasil (salud, educación y vivienda digna, por ejemplo), y garantiza la idea de **progresividad** (Const. 1991, art. 64). Los dispositivos de la Constitución colombiana son más detallados e incluyen otros derechos que se destinan a la **protección especial de instituciones (como la familia), actividades (como la producción de alimentos y el periodismo) o sujetos (como los niños, los adolescentes, la mujer cabeza de familia y los campesinos)** (Const. 1991, arts. 42 a 77). La

protección al niño es amplia e involucra la protección integral por parte del Estado y de la familia (Const. 1991, art. 44).

En cuanto al derecho al **acceso a la tierra, las tierras de los resguardos indígenas son consideradas como bienes de uso público** (Const. 1991, art. 63) **y, por tanto, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.**

Por otro lado, como en el caso de Brasil, cuya Constitución estimula la creación de políticas públicas destinadas a los campesinos, hay un estímulo explícito a la **promoción del “acceso progresivo a la tierra”** y el **apoyo a la “comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”** (Const. 1991, art. 64). La Constitución de Colombia también les da **prioridad a la producción de alimentos** (Const. 1991, art. 65) y al **fomento al crédito agropecuario** (Const. 1991, art. 66).

Nótese que el conjunto normativo mencionado indica la compatibilidad entre las normas constitucionales colombianas y brasileñas sobre la protección a la tierra, por una parte, y los acuerdos internacionales que protegen a los trabajadores del campo y a la democracia ambiental analizados en el capítulo anterior, por otra.

En términos de la protección al territorio y al patrimonio nacional, la Constitución colombiana protege el **patrimonio natural; el patrimonio cultural, incluido el arqueológico, y el patrimonio inmaterial**, en varios dispositivos (Const. 1991, arts. 8, 63, 72, 95.8 y 55 transitorio). Sin embargo, tiene una **noción de territorio más amplia** que la prevista en la Constitución de Brasil, pues, aparte del subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva y el espacio aéreo, incluye “el segmento de la órbita geostacionaria” y “el espectro electromagnético” como partes de su patrimonio (Const. 1991, art. 101).

La **protección al consumidor**, importante para entender el sistema de protección a los usuarios de servicios públicos domiciliarios en Brasil, está prevista, en el caso de Brasil, tanto en el capítulo relativo a los **derechos fundamentales** (Const. 1988, art. 5.º, XXXII), como en el capítulo del **orden económico** (Const. 1988, art. 170, inciso V), y está reglamentada por la Ley Complementar 8078 de 1990, conocida como Código de Defensa del Consumidor (CDC).

Es con base en esa ley que se resuelve gran parte de los litigios sobre suministro de agua potable en Brasil. Los efectos de la política económica neoliberal también interfieren en ese campo, pues es cada vez más común que servicios específicos promuevan leyes que, de modo inconstitucional, los excluyen de las relaciones reguladas por el CDC, como los servicios privados de salud, esencialmente, para reducir la protección a la parte más débil en las relaciones económicas estructuralmente desiguales, que tienen una protección ampliada (sustantiva y procesal) en las leyes de consumo de Brasil.

El CDC prevé, en su artículo 1.º, que la formulación de sus normas está basada en la prevalencia del “**orden público**” y del “**interés social**”, e incluye entre sus objetivos, previstos en el artículo 4º, atender “**las necesidades de los consumidores, el respeto a su dignidad, salud y seguridad**, la protección de sus **intereses económicos**, la **mejoría de su calidad de vida**, así como la transparencia y armonía de las relaciones de consumo”.

Entre los principios de la mencionada ley están el reconocimiento de la **vulnerabilidad** del consumidor en la relación de consumo y el compromiso con la **mejoría del servicio** (CDC, art. 4.º). Entre los derechos del consumidor están la **protección de la vida, la salud y la seguridad; el derecho a información adecuada y clara sobre los productos y servicios; la protección contra la publicidad engañosa y las prácticas abusivas y desleales; la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales,**

**colectivos y difusos; la inversión de la carga probatoria y la adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos en general (CDC, art. 6.º).**

En caso de **defectos relativos a la prestación de los servicios** o en caso de **informaciones insuficientes e inadecuadas**, la responsabilidad por la reparación del daño **no depende de la culpa** (CDC, art. 14). La ley también obliga a los órganos públicos, sus empresas, concesionarios o permisionarios a **“proporcionar servicios adecuados, eficientes, seguros y, en cuanto a los esenciales, continuos”** (CDC, art. 22). Las personas jurídicas son compelidas a cumplir la obligación de ofrecer los servicios en los términos previstos en la ley y a **indemnizar por los daños causados** (CDC, art. 22, párr. único).

El artículo 47 del CDC prevé que las **normas contractuales deben ser interpretadas de la manera más favorable al consumidor**, y el artículo 42 **prohíbe exponer al consumidor al “ridículo”, a “constreñimiento” o a “amenaza” en los cobros de deudas**, cuestión que era invocada para evitar la suspensión del suministro de agua por falta de pago, como se verá.

La defensa del consumidor también está protegida en la Constitución colombiana, en cuanto al **acceso a la información y el control de la calidad de los bienes y servicios** (Const. 1991, art. 78). El dispositivo correspondiente también garantiza la **democracia participativa**, al **prever la participación de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen, lo que se asemeja a las cláusulas de diálogo social del campo laboral**. Tal dispositivo también debe ser aplicado en materia de acceso al servicio de agua potable.

La Constitución colombiana tiene disposiciones más amplias que las de Brasil acerca de la concepción de los servicios públicos, y establece que son **“inherentes a la finalidad social del Estado”** (Const. 1991, art. 365) y **pueden ser prestados “directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”**, bajo la regulación, control y vigilancia del Estado.

Además, prevé como fines del Estado y, por ende, de los servicios públicos, el **bienestar general** y el **mejoramiento de la calidad de vida de la población** (Const. 1991, art. 366), y señala su objetivo, esto es, **solucionar las necesidades insatisfechas de “salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”**. También establece el **régimen tarifario de la prestación de los servicios públicos domiciliarios** (como el servicio de agua), basado en **“los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”** (Const. 1991, art. 367), con la posibilidad de **conceder subsidios públicos** para que **“las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”** (Const. 1991, art. 368). En la discusión de los casos se examinará la aplicación de los subsidios relativos al agua potable.

La Presidencia de la República tiene la competencia para implementar las políticas generales relativas a la administración y el control de los servicios públicos domiciliarios (Const. 1991, art. 370). La ley que reglamenta el **servicio de acueducto y alcantarillado**, entre otros servicios domiciliarios, es la Ley 142 de 1994, que incluye el **régimen de solidaridad aplicable a las tarifas**. El artículo 4.º de esa ley **declara como esencial** el servicio de **suministro de agua** (así como los otros servicios), que, por tanto, no puede ser interrumpido.

La relación entre **trabajo y medio ambiente** tiene un importante desarrollo en la Constitución de Brasil, que garantiza los derechos de los trabajadores en su artículo 7.º, entre ellos, los derechos relacionados con **la salud y la seguridad**, que integran el sistema de protección al **medio ambiente laboral**. Este último está explícitamente protegido en varios dispositivos constitucionales, como los incisos XXII, XXIII y XXVII del artículo 7.º, que prevén la obligación de **reducir los riesgos inherentes al trabajo**, por medio de normas de salud, higiene y seguridad; instituir una remuneración adicional para las actividades penosas, insalubres o peligrosas, así como un seguro contra

accidentes laborales, sin excluir la obligación de indemnizar en caso de dolo o culpa.

Sobre la **protección a la salud** de los trabajadores y **al medio ambiente laboral**, el artículo 200 de la Constitución, que reglamenta el **Sistema Único de Salud (SUS)**, establece que, entre otras atribuciones, le compete a ese sistema: “ejecutar las acciones de **vigilancia sanitaria y epidemiológica**, así como las de **salud del trabajador**”; “participar de la formulación de la política y de la ejecución de las acciones de **saneamiento básico**” y “colaborar en la protección del **medio ambiente, incluido el del trabajo**” (Const. 1988, art. 200, II, IV y VIII).

En el campo laboral, la Constitución colombiana refuerza derechos y garantías que protegen el **derecho material del trabajo**, como la **estabilidad laboral, el derecho a la huelga y la negociación colectiva**, con la garantía de que “**los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores**” (Const., 1991, arts. 53 al 57). También garantiza la aplicación de los convenios internacionales ratificados como fuente de derecho interno, la **prevalencia de la norma más favorable al trabajador** y el **diálogo tripartido** (gobierno, empleadores y trabajadores), conforme al modelo de **diálogo social** previsto en normas internacionales de la OIT (Const. 1991, arts. 55 y 56).

Además, la Constitución **estimula la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas** (Const. 1991, art. 57) y **garantiza el derecho a la formación o habilitación de aquellos que lo necesiten** (Const. 1991, art. 54), otro campo en que tanto la **formación** como la **democracia participativa** están explícitamente protegidos. Aunque no hay una mención expresa al “**medio ambiente laboral**”, esto no afecta la aplicación de las normas nacionales e internacionales de salud y seguridad a los trabajadores.

En lo que se refiere al patrimonio público, el artículo 20 de la Constitución de Brasil dispone que están entre los bienes de la Unión las **aguas que bañan a más de un Estado de la Federación, las aguas transfronterizas y las que sirvan de frontera con otros países, el subsuelo y las tierras indígenas** (Const. 1988, art. 20). También están descritos los bienes de los Estados de la Federación y están delimitadas las aguas que pertenecen a su dominio, esto es: **las aguas superficiales o subterráneas, fluentes, emergentes y en depósito, exceptuadas, en este caso, las decurrentes de obras de la Unión** (Const. 1988, art. 26).

La gestión de los recursos hídricos por los municipios, una práctica común en Brasil, está autorizada en el artículo 241 de la Constitución, que prevé la posibilidad de que **consorcios o convenios de cooperación gestionen de manera asociada servicios públicos o transfieran total o parcialmente servicios, encargos, trabajadores o bienes esenciales para la continuidad del servicio** (Const. 1988, art. 241). También prevé que la política de desarrollo urbano municipal tenga como objetivo **“ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes”** (Const. 1988, art. 182, *caput*), **lo que se aplica a los servicios de gestión de agua.**

Por la clasificación del CCB, las **aguas son bienes públicos de “uso común del pueblo”** (CCB, art. 99, inciso I) y, por lo tanto, son **inalienables** (CCB, art. 101).

La competencia legislativa y para formular políticas públicas está definida en los artículos 21 a 24 de la Constitución. La **materia ambiental** tiene algunas cuestiones reservadas a la competencia de la Unión, mientras que otras son de competencia concurrente. La protección ambiental les compete a los tres niveles administrativos (Unión, Estados y municipios). La Unión tiene la competencia para **legislar sobre el agua** (Const. 1988, art. 22, IV), y los Estados y la Unión, **concurrentemente, para legislar sobre las forestas y la protección**



**ambiental** (Const. 1988, art. 24, VI). La competencia para **instituir directrices sobre el desarrollo urbano, inclusive sobre el saneamiento básico, es de la Unión**. La Ley Complementar 140 de 2011 regula la división de competencias entre los tres niveles políticos, en cuanto al contenido y ámbito de regulación de las leyes y las acciones de cooperación entre los entes administrativos.

En el caso de Colombia, que es un Estado unitario, **el territorio y los bienes públicos pertenecen a la Nación** (Const. 1991, art. 102). **Las aguas son propiedad de la Unión**, como lo prevé el artículo 677 del Código Civil colombiano, y son consideradas bienes de uso público en su respectivo territorio, **excepto “las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños”** (Ley 84 de 1873, art. 677).

En lo que se refiere, más ampliamente, a la protección ambiental, el artículo 225 de la Constitución brasileña regula la materia de modo detallado, estableciendo las **bases del sistema de protección ambiental**. Su *caput* define la protección del medio ambiente como una materia de **“orden público”** e **“interés colectivo”** para mantener el ambiente **“ecológicamente equilibrado”**, esencial para **“la calidad de una vida sana”**. Además, determina que es deber del Estado y de la colectividad protegerlo para las **actuales y futuras generaciones**. Tal protección involucra **preservación, manejo, restauración, precaución** (previo análisis de los impactos) y **protección a la fauna y la flora y en contra del maltrato a los animales**. También prevé el fomento a la formación, por medio de la **implementación de la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza**.

De modo equivalente, en Colombia, los dispositivos constitucionales protegen el derecho de todos a gozar de un **ambiente sano**, siendo un deber del Estado proteger su **diversidad e integridad**, así como las **“áreas de especial importancia ecológica”** (Const. 1991, art. 79). En materia ambiental,

la democracia participativa también está protegida, al determinar la Constitución que la **“ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla”** (Const. 1991, art. 79), lo que refuerza la **autonomía de los entes territoriales** e indica una forma de **protección de los intereses ambientales difusos** por parte de la propia **comunidad**, que es compatible con la posibilidad de reconocer una amplia titularidad para defender los intereses de la naturaleza.

De modo similar a Brasil, la Constitución colombiana protege el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales **“para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”**. También determina la **prevención y control del deterioro ambiental y la imposición de sanciones y reparación de daños** (Const. 1991, art. 80).

Esto demuestra una preocupación por la **protección de los ecosistemas localizados en zonas transfronterizas** (Const. 1991, art. 80), para fines de **cooperación**, lo que se aplica, por ejemplo, al área de la **Amazonía** y a los **ríos transfronterizos compartidos con Brasil**. Con relación a tal aspecto, registrase que la falta de protección adecuada de la foresta amazónica y de los ríos de la cuenca amazónica por parte de Brasil puede generar conflictos futuros, dada la importancia que tiene el ecosistema para ambos países, de modo que la necesidad de protegerlo también tiene que ver con el mantenimiento de las buenas relaciones internacionales.

Del mismo modo que en Brasil, la Constitución colombiana protege el **patrimonio genético nacional** y limita su salida del país, además de condicionar su utilización a la observancia del interés nacional (Const. 1991, art. 81). Por otro lado, limita la **“fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos”** (Const. 1991, art. 81), lo que denota la preocupación por el uso de armas de ese tipo en posibles conflictos internos.

Brasil, en cambio, regula el tema de forma más genérica, sin referirse expresamente a armas (Const. 1988, art. 225, V).

A pesar de la preocupación que generan los productos o armas potencialmente contaminantes, ambos países **permiten el uso de defensivos agrícolas altamente tóxicos prohibidos en otras partes del mundo, que podrían encajar entre los materiales prohibidos por la Constitución**, inclusive por su potencial uso como **arma química**, por lo menos en Brasil. Además, Brasil insiste en la producción de energía nuclear, que genera residuos con un alto poder contaminante del suelo, el aire y el agua. La prohibición de la circulación de residuos nucleares por el territorio colombiano termina por prohibir, indirectamente, la instalación de plantas nucleares en el país. Eso es positivo, especialmente en tiempos de globalización neoliberal, ante el riesgo que genera esa actividad y las presiones internacionales para privatizarla, lo que puede aumentar la incidencia de accidentes graves en actividades peligrosas, con un alto potencial de impacto ambiental, como ha ocurrido en otras actividades económicas.

La normativa constitucional colombiana contiene muchos dispositivos de protección al medio ambiente, como la necesidad de incluir la **política ambiental en el Plan Nacional de Desarrollo** (Const. 1991, art. 339) o la **participación de “sectores ecológicos” en el Consejo Nacional de Planeación**, además de los representantes de las **entidades territoriales** y de los **sectores económicos, sociales, comunitarios y culturales** (Const. 1991, art. 340), otro espacio de democracia participativa garantizado en la Constitución.

Ambos países poseen normas sobre la protección de las **forestas**, los **recursos hídricos**, el **manejo de los recursos naturales** y el **tratamiento de los desechos sólidos**. También regulan la **gestión participativa del agua** y poseen órganos administrativos vinculados al Ministerio de Medio Ambiente u otras entidades para ejecutar la **política ambiental** y de **recursos hídricos**, que en ambos países es implementada por órganos muy similares.

Así como la protección del derecho individual al agua no puede estar desvinculada de la protección ambiental para ser efectiva, ambos sistemas de gestión (ambiental y de recursos hídricos) deben trabajar de forma integrada, horizontal y verticalmente.

La propia ONU llama la atención en esa cuestión, como lo advierten Martínez & Reyna (2012, pp. 31-32), pues muchas decisiones que afectan la gestión del agua se toman por fuera de las entidades que administran su suministro y distribución. Por eso, la ONU invita a pensar la gestión del agua por “fuera de la caja del agua” (WWAP, 2009) y a considerar los factores económicos, sociales, ambientales, demográficos, normativos, tecnológicos y climáticos involucrados en la toma de decisiones, que incluyen las presiones externas, los recursos hídricos disponibles y sus usos y los modos de vida de los usuarios.

Martínez & Reyna (2012) mencionan la importancia de pensar la gobernanza del agua de modo **multinivel** y **holístico**. Eso significa que no se puede separar la gobernanza de la gestión del agua y del medio ambiente. Tampoco se pueden alejar la **gobernanza** y la **gestión** del agua de las normas de protección del derecho fundamental correspondiente, que exige criterios de **uso sostenible, distribución equitativa, no discriminación, asequibilidad, transparencia y rendición de cuentas** para su goce efectivo, principios que deben ser observados en las políticas públicas del sector.

Con excepción de la Agencia Nacional de Aguas, que no existe en Colombia, los sistemas son estructuralmente equivalentes en ambos países<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> En ambos países existe un Sistema Nacional de Medio Ambiente (SISNAMA, en Brasil, y SINA, en Colombia), un Sistema Nacional de Recursos Hídricos y de Información sobre Recursos Hídricos (SINGREH y SNIRH, en Brasil, y GIRH y SIRH, en Colombia), todos vinculados al Ministerio de Medio Ambiente. Además, existen órganos equivalentes en el nivel regional, hasta llegar a los comités de cuenca, en el nivel local. En ambos sistemas hay consejos nacionales y regionales que cuentan con la participación de miembros del Gobierno y de la sociedad civil. Por la cultura autoritaria de Brasil, los consejos brasileños y el propio Ministerio de Medio Ambiente están más sujetos a interferencias políticas y están menos blindados por la Constitución, lo que permite una intervención más fácil de gobiernos autocráticos de

Por otro lado, Colombia creó una autoridad administrativa sin personería jurídica encargada de examinar las licencias ambientales: la **Autoridad Nacional de Licencias Ambientales** (ANLA), que cumple mejor que en Brasil el mandato legal de coordinar los sistemas de protección ambiental y de gestión de los recursos hídricos, pues examina ambos aspectos de modo integrado, antes de expedir las licencias ambientales. Esto no ocurre en Brasil, donde el sistema de licencias es disperso y fragmentado, una de las causas del impacto destructivo de grandes desastres ambientales sobre las fuentes de agua.

Los sistemas colombianos (el de control ambiental y el de gestión de recursos hídricos) están vinculados directamente al Ministerio de Medio Ambiente, creado por ley, cuya actuación está vinculada, en su plan de desarrollo, al marco constitucional del “desarrollo sostenible” y la “participación ciudadana” y a los principios de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo (Naciones Unidas, 1992b), como expresamente lo prevé la Ley General Ambiental de Colombia (Ley 99 de 1993).

Según el artículo 1.º de dicha ley, la política ambiental colombiana deberá observar principios que incluyen la **protección y precaución**, el **derecho a un medio ambiente sano**, la **protección a la biodiversidad**, la **consideración de los avances de la ciencia**, la **incorporación de los costos ambientales**, la **participación ciudadana con equilibrio de representación entre poder público y sociedad civil**, la **prioridad para el consumo humano en la utilización de los recursos hídricos** y la **protección del paisaje como patrimonio común**.

En lo que se refiere a los **pueblos tradicionales** en Brasil, el párrafo quinto del artículo 216 de la Constitución, que reconoce el patrimonio cultural brasileño, determina la **preservación de todos los documentos y lugares que**

---

ocasión, como el actual gobierno de Brasil, lo que está en discusión ante el STF. Ambos sistemas cuentan con el apoyo de instituciones técnicas y de la policía administrativa, incluidos los institutos encargados de proteger la biodiversidad del país, como el Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICM-Bio, en Brasil, y el Instituto Humboldt, en Colombia.

**guardan memorias históricas de los antiguos territorios de las comunidades afrodescendientes.** Además, el artículo 68 de los actos y disposiciones constitucionales transitorias (ADCT) prevé que “[a] **los remanentes de las comunidades afrodescendientes [palenques] que estén ocupando sus tierras se les reconoce la propiedad definitiva, debiendo el Estado emitirles los títulos respectivos**”.

El Decreto Presidencial 4887 de 2003 regula el procedimiento de **demarcación**, que incluye el **análisis histórico y antropológico de las tierras ocupadas**, y que está a cargo de una autarquía federal, el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (**INCRA**). En este proceso, se debe escuchar la opinión de otros órganos, incluida la **Fundación Cultural Palmares**, encargada de la promoción y la preservación del arte y la cultura afrobrasileña, y se debe garantizar la defensa de las personas interesadas. La constitucionalidad del decreto fue reconocida por el STF, por medio de la ADI de n.º 3.239 de 2018 (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, ADI 3239/DF, 2018, M.P. Rosa Weber), que será analizada más adelante.

En la Constitución colombiana, la normativa es similar (Const. 1991, art. 55). Sin embargo, esta determinó la competencia del Congreso para expedir la ley, y el poder Ejecutivo solo puede actuar en caso de omisión. La preocupación por garantizar la **democracia representativa y participativa** también estuvo presente, al preverse la participación de los representantes elegidos de las comunidades en la comisión que analiza cada caso.

El Congreso expidió la Ley 70 de 1993, que delimita las áreas previstas en la Constitución, regula el dominio de la tierra y de los recursos naturales, confiere el título de propiedad colectiva y establece las normas de protección a las prácticas tradicionales y al medio ambiente y la convivencia en áreas constituidas como parques naturales. Además, determina la **difusión cultural de las prácticas y conocimientos tradicionales en el sistema educativo**

**colombiano**, lo que también contribuye a fomentar el respeto ciudadano a tales grupos sociales.

En el caso indígena, la Constitución de Brasil prevé el reconocimiento de su **“organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”**. Por su parte, compete a la Unión **“demarcar las tierras, proteger y hacer respetar todos sus bienes”** (Const. 1988, art. 231).

El párrafo 2.º del mismo artículo reconoce que **“[l]as tierras tradicionalmente ocupadas por indígenas se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes<sup>231</sup>”** (Const. 1988, art. 231, párr. 2.º), lo que coincide con las normas internacionales de respeto del derecho indígena al agua existente en sus tierras.

La Constitución de Brasil omite el reconocimiento de los gobiernos indígenas, a pesar de reconocer sus **costumbres y tradiciones**. Para cuidar de sus derechos, inclusive de aquellos relativos a la participación en las políticas públicas que son de su interés, se creó la Fundación Nacional del Indígena (FUNAI).

La intermediación de una fundación pública transforma la relación del Estado brasileño con los indígenas en una relación de tutela, con muchos riesgos de retroceso, pues, a pesar de que la FUNAI tiene cierta autonomía para actuar, puede ser vaciada en sus atribuciones e institucionalidad, por ejemplo, por la falta de provisión de recursos y de personal, lo que configura una de las actuales formas de debilitamiento de las democracias (degradación de las burocracias que garantizan el Estado de derecho). Lo mismo se puede decir del INCRA y del

---

<sup>231</sup> El párrafo 3.º dispone que el aprovechamiento de los recursos hídricos, incluidos los potenciales energéticos, la investigación y la explotación de riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso, oídas las comunidades indígenas afectadas y asegurada la participación en los resultados de la explotación, de acuerdo con la ley.

IBAMA. La falta de concursos públicos y de condiciones de trabajo y las interferencias en el funcionamiento de tales instituciones deben ser una preocupación de los órganos del sistema de justicia que cuidan de la protección ambiental en Brasil, y deben ser objeto de su fiscalización y protección.

En el caso colombiano, el derecho de los pueblos indígenas a la gestión de sus territorios está previsto en el artículo 330 de la Constitución, que regula el gobierno de las comunidades por medio de **consejos conformados según sus usos y costumbres, con atribuciones de gobierno, control del orden interno y preservación de los recursos naturales. En caso de que se deba adoptar una decisión acerca de la explotación de recursos naturales en su territorio, la participación de las comunidades tribales está garantizada.** El reconocimiento explícito de los gobiernos locales y de la participación de los indígenas en las decisiones que los afecten está en consonancia con las normas internacionales, con el reconocimiento de la democracia participativa en la Constitución y con el reconocimiento del país como nación multiétnica.

En lo que se refiere a la **tutela de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos en materia ambiental, el órgano competente en Brasil es el Ministerio Público (la Fiscalía)**, que está organizado por ramas distintas, según la especialidad de la justicia en la que actúa (federal, de los Estados, laboral o militar). El Ministerio Público tiene la titularidad para, entre otras cosas, **promover la investigación civil y la acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos, y defender judicialmente los derechos e intereses de las poblaciones indígenas** (Const. 1988, art. 129, III y V).

La titularidad para ejercer la acción pública no es exclusiva del Ministerio Público. Los indígenas pueden actuar directamente para defender sus intereses, conforme al artículo 232 de la Constitución brasileña, que establece que **“los indígenas, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para promover acciones en defensa de sus derechos e intereses, interviniendo**



**el Ministerio Público en todos los actos del proceso”**. En este caso, el Ministerio Público actúa como fiscal de la ley.

El STF, por su parte, reconoció la constitucionalidad de artículo de la Ley Complementar n.º 132 de 2009, que le reconoce legitimidad a la **Defensoría Pública**, órgano responsable de prestar orientación jurídica y defensa a las personas necesitadas, y **de enjuiciar acciones civiles públicas, cuando puedan favorecer a grupos de personas necesitadas** (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, ADI 3943/DF, 2015, M.P. Carmen Lúcia), lo que también le permite actuar en **materia ambiental**.

En Brasil, la acción civil pública apta para la reparación de daños al medio ambiente, el patrimonio cultural y la defensa del consumidor fue reglamentada por la Ley 7347 de 1985.

Otra acción que puede ser utilizada para la protección ambiental es la acción popular, que es un derecho político (Const. 1988, art. 5.º, LXXIII), y que tiene previsión de gratuidad, excepto si se comprueba la mala fe.

Sin perjuicio de otras medidas legales que protejan la integridad del orden jurídico y los derechos fundamentales ante acciones u omisiones de las autoridades públicas (Const. 1991, art. 89), la **Constitución colombiana prevé la protección inmediata de los derechos fundamentales por medio de la acción de tutela** (Const. 1991, art. 86); **la acción popular**, para la protección de los derechos e intereses colectivos, inclusive en materia ambiental (Const. 1991, art. 88), y la **acción de cumplimiento**, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, sin perjuicio de las acciones de reparación de daños (Const. 1991, art. 87). Tales dispositivos constitucionales están reglamentados por el Decreto 2591 de 1991, la Ley 472 de 1998 y la Ley 393 de 1997.

Además, la Constitución prevé que el **Defensor del Pueblo** tiene competencia para **promover acciones populares en las materias de su competencia**, lo que incluye la protección de **derechos fundamentales** (Const. 1991, art. 282.5).

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación, por medio de sus delegados y agentes, tiene competencia para, entre otras funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
  2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
  3. Defender los intereses de la sociedad.
  4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
- (Const. 1991, art. 277)

El análisis de casos dará cuenta de decisiones relevantes, a partir de diferentes tipos de acciones y medidas de protección ambiental relativas al derecho al agua. Algunas de ellas están relacionadas con la protección ambiental y de tierras o con los derechos de comunidades indígenas o tradicionales, donde la protección al agua y a los territorios están intrínsecamente relacionados.

### 3.1. Conclusiones del capítulo

Los análisis comparativos de los dispositivos constitucionales e infra constitucionales de Brasil y Colombia indican la equivalencia, en términos generales, entre los modelos de Constitución transformativa, ecológica e incluyente adoptados en ambos países, además de la compatibilidad entre las normas infra constitucionales en materia de protección ambiental y de gestión ambiental y de recursos hídricos.

Ambos países reconocen la función social y ecológica de la propiedad y protegen la biodiversidad, el medio ambiente (para las actuales y futuras generaciones) y el patrimonio público ambiental. También reconocen el derecho de los pueblos indígenas y tradicionales a que sus tierras sean reconocidas y demarcadas como propiedades colectivas, fomentan la educación ambiental y protegen las pequeñas propiedades rurales y la actividad campesina.

La protección del agua, considerada como un bien público y destinada al consumo humano prioritario, refuerza la idea de constitucionalización implícita del derecho al agua en Brasil, que tanto en su Constitución como en su bloque de constitucionalidad posee los mismos elementos normativos que permitieron el reconocimiento judicial del citado derecho fundamental en Colombia, como se analizó.

Además, en ambos países, la legislación infraconstitucional instituyó sistemas compuestos por órganos equivalentes y con estructuras colegiadas, encargados de decidir sobre temas relativos a la protección ambiental, la concesión de licencias ambientales y los costos y la distribución de los recursos hídricos. Estos asuntos, para su efectividad, exigen una visión integrada de la relación entre agua y medio ambiente, y una gestión democrática relacionada con los temas ambientales y de gobernanza y gestión de los recursos hídricos, cuyos órganos deben ser integrados de forma horizontal y vertical.

El diseño colombiano permite una mejor protección por parte de los órganos del sistema, por su vinculación explícita a los principios de la Constitución y de la ley. Además, ese país aplica mejor el principio de integración entre protección ambiental y del agua. En ese sentido, la autoridad responsable de las licencias ambientales (la ANLA) examina los impactos ambientales y en el agua, al conceder los permisos, lo que significa que piensa el agua “más allá de la caja de agua”, como lo defiende la ONU (WWAP, 2009).

En Brasil, dichos permisos son concedidos por órganos fragmentados, y los impactos de las actividades económicas en el agua pueden no ser evaluados adecuadamente, como ocurre, por ejemplo, en la concesión de permisos para las actividades extractivas mineras y sus infraestructuras<sup>232</sup>.

A similitud de lo que pasa con el diseño institucional del poder Judicial, la cultura política más proclive a la democracia participativa les da una mayor protección institucional a los consejos de los órganos ambientales y de recursos hídricos en Colombia. Por otro lado, la cultura de ilustración, históricamente prevaeciente en Colombia, en comparación con Brasil, repercutió en la valorización institucional explícita de la **opinión técnica** de los **órganos científicos** del sistema y en la preocupación reforzada por promover **cambios culturales**, al prever la promoción de la **educación ambiental** y la formación de una “**cultura del agua**” que incorpora saberes tradicionales y difunde socialmente la importancia de la protección del agua, el incentivo a la formación de los trabajadores y la determinación de la difusión de los saberes tradicionales de los grupos afrodescendientes en la formación escolar ordinaria.

Sin embargo, también hay una equivalencia normativa en esos aspectos en Brasil, de modo que el cambio cultural y de prácticas sigue siendo el desafío más importante para hacer efectiva la legislación ambiental del país, especialmente en cuanto al respeto por la democracia participativa y la

---

<sup>232</sup> Esto puede explicar los impactos en el agua de las decisiones que autorizan, en las licencias mineras, la construcción de grandes represas de desechos y mineroductos (uso de agua para el transporte de minerales), lo que aumenta el riesgo de escasez de agua, contaminación y desastres de grandes proporciones.

valorización de la ciencia y de la educación en tiempos de recrudescimiento autoritario. En ese sentido, el papel que juega el poder Judicial para hacer respetar las normas existentes por medio de su protección multinivel, sustantiva y procedimental puede hacer la diferencia, como se pretende demostrar a partir de los análisis comparativos de casos y del papel de ese poder en la constitución o destitución de derechos.

#### **CAPÍTULO 4. El derecho fundamental al agua aplicado por los tribunales**

Los análisis realizados en los capítulos antecedentes indican que existe equivalencia y compatibilidad entre las normas aplicables en Brasil y Colombia acerca de los derechos fundamentales y ambientales que permiten el reconocimiento del derecho al agua como fundamental, tanto en el plano internacional como en el plano nacional.

También son compatibles los problemas del contexto geopolítico y sus repercusiones en los problemas jurídicos planteados ante los tribunales. Además, son comunes las vocaciones y potenciales económicos, la riqueza natural y la disponibilidad hídrica de ambos países, lo que refuerza la afirmación de que en ambos el problema del acceso al agua es político o de gobernanza y gestión, y no de disponibilidad física de agua.

Lo que diferencia el manejo que ambos países les dan a las normas de su sistema son las **culturas jurídica y política** vigentes. La vocación constitucionalista más sólida y la existencia de un proyecto propio de nación hicieron que Colombia desarrollara la capacidad de diseñar mejor sus instituciones a lo largo del período republicano, y hacen que, hasta hoy, analice mejor sus problemas, para proponer soluciones y planes de acción más acordes a la realidad y a las necesidades locales.

Una mayor apertura a la **ilustración**, a la **ciencia**, a la **planificación** y a la **participación política ciudadana** también permite reducir la distancia entre las leyes y su posibilidad de transformación en políticas públicas, cuestión para la cual se considera que la Corte Constitucional juega un papel fundamental, pues es el órgano que posibilita que la **concepción sustantiva** de derechos prevista en la Constitución colombiana, en los tratados y en las leyes **se materialice en políticas sociales concretas**, en caso de omisión del Estado, a pesar de la persistencia de ciertos fenómenos sociales vinculados a las

similitudes de los contextos histórico y geopolítico a los que Brasil y Colombia estuvieron y/o están sometidos.

Los análisis de los casos seleccionados permitirán ver el derecho comparado en su dinámica constitucional y cómo el STF, la Corte Constitucional colombiana y otros tribunales superiores logran manejar los **conflictos** entre el **proyecto constitucional transformativo, democrático e incluyente** y los **objetivos neoliberales y neocolonizadores** impulsados por la política económica hegemónica, creadora de dependencia y concentradora de renta y riqueza impuesta en la región.

El Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, el constitucionalismo pluralista, la protección multinivel de los derechos y la participación ciudadana, más presentes en las culturas jurídica y política de Colombia que en las de en Brasil, brindan algunos caminos contrahegemónicos para diseñar soluciones judiciales más aptas para **reforzar el contenido normativo de los derechos fundamentales y constituir los derechos constitucionalizados**, lo que se pretende demostrar, a partir del análisis jurisprudencial.

#### **4.1. La protección al derecho al agua potable como derecho individual –servicio público domiciliario y derecho de consumo–. Lecciones y problemas del caso brasileño**

Con relación al derecho individual al acceso al agua potable, es un punto común en Brasil y Colombia la consideración de que el suministro de agua es un **servicio esencial** y, como tal, debe ser prestado bajo las exigencias de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, en Colombia, y del Código de Defensa del Consumidor (CDC), en Brasil. Ambas normativas exigen que la prestación del servicio por una entidad pública o privada sea **eficiente, continua e ininterrumpida**. No obstante, las similitudes en el tratamiento jurídico del acceso al agua potable como **derecho individual subjetivo** terminan ahí, a pesar de la

identidad de los marcos normativos nacionales e internacionales vigentes en ese campo.

Con la subida del precio de las tarifas públicas de agua y el crecimiento de la pobreza en Brasil, sin desconsiderar los casos de fraude y otros tipos de desvíos de agua, uno de los conflictos más comunes sobre el agua presentes en los tribunales del país es la discusión acerca de la legalidad o no del corte del suministro por falta de pago y de las restricciones que inciden en la interrupción del acceso a un servicio público esencial. En Brasil, no hay derecho a un mínimo vital gratuito reconocido por la ley o la jurisprudencia, sino, apenas, algunas políticas públicas aisladas para el suministro de agua cuando se requiere atender situaciones de emergencia por sequía o catástrofes. Incluso, hay políticas aisladas de aplicación de tarifas sociales, generalmente creadas por iniciativa de las empresas de suministro de agua.

En los casos de acciones judiciales por el corte del suministro domiciliario de agua potable, lo que casi siempre se discute en los tribunales es su compatibilidad o no con el CDC, que prevé la continuidad de los servicios esenciales y veda la exposición del consumidor a constreñimientos o amenazas en el cobro de deudas. Algunas veces, las situaciones especiales de vulnerabilidad del usuario son invocadas ante los tribunales, pero estas no prevalecen en la jurisprudencia consolidada para fines de garantizar el derecho.

La jurisprudencia predominante del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Brasil (equivalente a la Corte Suprema de Justicia de Colombia) considera **legítimo el corte del suministro, si mediante previo aviso** (Ley n.º 11.445, 2007, art. 40, V). Tal jurisprudencia también es pacífica en el STF, conforme, por ejemplo, al AI 610401 PR (Supremo Tribunal Federal, Decisión Individual, AI 610401-PR, 2011, M.P. Dias Toffoli), pues entiende que la materia es **infraconstitucional** y, por tanto, las alegaciones sobre la violación a normas constitucionales, como el principio de la dignidad humana y los derechos a la salud, a la libertad, al bienestar y al respeto de las garantías de los usuarios de



servicios públicos previstos en la Constitución de Brasil, no deben ser examinadas por el STF. Eso significa que la corte no considera el acceso al agua como un derecho fundamental, directo o por conexidad con otros derechos, ni como una materia de trascendencia constitucional. Para la jurisprudencia predominante de los tribunales superiores de Brasil, no importa si el usuario individual tiene o no medios para pagar por el agua ni si está o no en condición de vulnerabilidad social, salvo en los casos de los establecimientos especializados, como los hospitales, por la afectación del derecho a la salud.

De ese modo, prevalecen los argumentos en el sentido de que **el corte del suministro en caso de impago es legítimo, si hay previo aviso**. En el STJ, la materia constitucional tampoco se considera relevante para proteger al usuario, y, generalmente, la admisibilidad de los recursos especiales al STF no es reconocida, lo que se puede observar, por ejemplo, en el recurso especial n.º 1.513.218 - RJ (Superior Tribunal de Justicia, Sala Segunda, RE N.º 1.513.218 – RJ, 2015, M.P. Humberto Martins).

La jurisprudencia, por tanto, se consolidó como una cuestión **infraconstitucional**, y apenas considera **ilegítimo** el corte del suministro de agua en las siguientes hipótesis: **(i) cuando el incumplimiento del consumidor se relaciona con débitos pasados** (la llamada “deuda consolidada” o no actual); **(ii) cuando el débito se origina en un supuesto fraude en el medidor de consumo** determinado unilateralmente por la concesionaria del servicio o **por falta de medición efectiva** (deuda por consumo estimado) y **(iii) cuando no hay previo aviso al consumidor moroso, antes del corte**.

Por otro lado, hay varias decisiones que confirman el derecho a la indemnización por daños morales en caso de corte irregular del suministro de agua o de retraso en la reconexión del servicio después del pago de la cuenta, que encuentra fundamento en la Constitución, el CCB y el CDC, que contienen dispositivos relativos a la responsabilidad civil.

Hay, incluso, decisiones del STF que reconocen la constitucionalidad (exequibilidad) de Ley Estatal (Ley Estatal 14.040 de 2003), que prohíbe cortar el suministro de agua y de otros servicios domiciliarios los días viernes, sábados, domingos, festivos y el último día hábil anterior a los festivos, a fin de proteger la dignidad del usuario y permitirle acceder a un establecimiento bancario donde pueda pagar la deuda (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, ADI 5961/PR, 2018, M.P. Marco Aurélio). Leyes semejantes de otros Estados fueron demandadas ante el STF, como la que prohibía el cobro por la reconexión del servicio de energía eléctrica, que fue considerada inexecutable (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, ADI 5610/BA, 2019, M.P. Luiz Fux). La discusión de problemas parecidos con relación a otros Estados es común ante el STF, casi siempre con base en cuestiones formales sobre la competencia para legislar sobre el tema.

Es pacífica la jurisprudencia sobre la posibilidad de instituir una ley que determine el cobro de tarifas públicas de acuerdo con categorías diferentes de usuarios y franjas de consumo (Súmula 407 del STJ), pero no hay, todavía, una ley nacional sobre la materia, sino leyes estatales o políticas públicas de tarifa social, generalmente creadas por las mismas empresas prestadoras del servicio de acueducto. Hay, como se dijo, un proyecto de ley sobre el tema en discusión en el Senado brasileño (PL 9543, 2018), que propone descuentos por franja de consumo para las familias con una renta *per capita* de un salario mínimo, y que beneficia a una unidad consumidora por familia. Por lo menos desde el 2002, se ha intentado, sin éxito, aprobar leyes semejantes, como ocurrió con otras propuestas vinculadas a la que está en trámite en el Senado.

En lo que se refiere al uso de agua no tratada por medio de pozos individuales, Brasil tiene una regulación tanto nacional como regional (de los Estados), y la jurisprudencia entiende que el Estado está legitimado para regular la cuestión y prohibir la perforación de pozos en donde hay servicio de agua tratada, como, por ejemplo, en el Estado de Río Grande del Sur (Superior Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Recurso Especial n.º 1.345.403 – RS, 2017,

M.P. Francisco Falcão). En Minas Gerais, la perforación de pozos depende de que sea autorizada conforme a la ley local, y está controlada por el Instituto Mineiro de Gestão das Águas (IGAM), que pertenece al Sistema Estatal de Gestión de Recursos Hídricos (SEGRH). En ese Estado, no está prohibida la autorización de pozos en donde hay una red local de suministro de agua potable.

En medio de la situación de empobrecimiento de la población, la cuestión del suministro de agua en Brasil está generando otro grave problema: el aumento de las investigaciones policiales y de los procesos penales por hurto o robo de agua que se derivan de ellas.

Ese es un campo en el cual la **cultura jurídica autoritaria**, que **penaliza de forma más dura a los más vulnerables**, también se nota en Brasil. Es más fácil que una persona sea apresada por hurto de agua para uso domiciliario, aunque se trate de una persona pobre o de una madre cabeza de familia que solo utiliza el agua para consumo familiar (Supremo Tribunal Federal, Decisión Individual, RHC 126.292, 2016, M.P. Teori Zavascki), a que sea declarada responsable por contaminación grave de fuentes hídricas (una conducta punible, según las leyes que regulan los crímenes ambientales) o por un hurto de agua de mayores proporciones (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Sentencia AP 330, 2002, M.P. Sidney Sanches).

En el caso del hurto de agua para uso domiciliario, **ni siquiera se aplica el principio de la insignificancia**, conforme la jurisprudencia predominante del STF, reiterada en la decisión mencionada (Supremo Tribunal Federal, Decisión Individual, RHC 126.292, 2016, M.P. Teori Zavascki), lo que confirma la selectividad del sistema.

Por su parte, la jurisprudencia predominante en el campo penal **extingue la punibilidad por hurto de agua o energía eléctrica en caso de que las respectivas tasas e impuestos se paguen antes de que se reciba la denuncia**, por aplicación analógica de leyes tributarias (leyes 9.249 de 1995 y

10.684 de 2003), bajo el argumento de que se trata de un “precio público”, como se observa en el caso del Habeas Corpus n.º 62437/SC (Superior Tribunal de Justicia, Sala Sexta, RHC 62437 – SC, 2016, M.P. Nefi Cordeiro). Esto termina por discriminar a las personas que hurtan agua (bien esencial para la vida) debido a su situación de pobreza, ya que tal condición, casi siempre está en el origen del ilícito cometido por esas personas económicamente vulnerables<sup>233</sup>.

Esa misma analogía penal no se aplica a otros casos de hurto, lo que ha generado críticas por parte de la doctrina (Reiss, 2018). En efecto, en esos casos, la restitución o el pago de la cosa solo es motivo de disminución de la pena. Se estima que la apertura a tal analogía tiene que ver con la cultura jurídica discriminatoria relacionada a **la aplicación de un derecho penal más garantista a depender del perfil de la clase social que es potencial destinataria del beneficio**. En particular, se observa que el hurto domiciliario de agua es cada vez más común en barrios de clase alta o en emprendimientos económicos, lo que puede explicar la analogía selectiva<sup>234</sup>.

En Colombia, también ocurren casos de hurto y robo de agua, que aumentan en los períodos de sequía, como pasó en Brasil tras la crisis hídrica de São Paulo (Leite, 2016), o por el aumento de la pobreza. Así mismo, ocurren como una forma de obtener ventajas ilícitas, mediante el no pago del servicio de acueducto, lo que se constata en todas las clases sociales, e incluso en las actividades productivas urbanas y rurales.

La cuestión relacionada a la **cultura de la ilicitud** (Villegas, 2011), por tanto, está presente, claramente, en ese campo del derecho, y se nota cuándo personas incumplen la ley por **resistencia** o **estado de necesidad**, en los casos de personas en situación de pobreza, **sagacidad** (el vivo, que quiere obtener provecho económico), o por **autoritarismo** (sentirse por encima de la ley al, deliberadamente, infringir normas legales – como las ambientales, por ejemplo).

---

<sup>233</sup> También hay problemas sociales graves que les dificultan el acceso a fuentes públicas de agua a las personas más vulnerables, como los habitantes de calle, cuyo número es creciente en Brasil.

<sup>234</sup> Ejemplo de noticia en Río de Janeiro (Días y Corrêa, 2012).

Para cada tipo de ilicitud en el campo de la gestión ambiental y del agua, por tanto, se necesitará de políticas públicas específicas, lo que también desafía diferentes respuestas jurisprudenciales.

Como advierte Hoyos (2016), en la formulación de políticas públicas no habrá éxito y no ocurrirán cambios de comportamiento, si no se aplican de forma concomitante los varios tipos de **ordenadores sociales** (educación, políticas sociales y represión a la ilegalidad), que, para ser efectivos, tampoco pueden dirigirse a punir solo a los más débiles. Tal como ocurre en Brasil, que no enfrenta adecuadamente la cultura de ilegalidad de grupos sociales más poderosos que practican delitos ambientales y económicos graves, ni protege a los más vulnerables con políticas adecuadas de inclusión, pues no les garantiza el mínimo vital y, en el caso del acceso al agua, se les exige el pago de la deuda para reanudar el servicio y excluir la punibilidad en casos de hurto o robo.

Nótese, como ejemplo concreto y paradigmático de Colombia, una noticia de un periódico local de Cúcuta (Carvajal, 2017) sobre el robo y hurto de agua en una región del interior del país y cómo actuó la empresa de acueducto (Aguas Kpital) para combatirlos. El caso ilustra los **tres grandes tipos de problemas de incumplimiento de la ley** indicados por Villegas (2011) y algunos **tipos de políticas públicas aplicados para resolverlos** en la forma indicada por Hoyos (2016), lo que refleja, también, **políticas determinadas por la Corte Constitucional para enfrentar el problema del acceso al agua:**

**Problema 1:** el hurto o robo de agua es un delito practicado por todas las clases sociales: *“Ricos y pobres se roban por igual el agua que produce el acueducto de Cúcuta”* (Carvajal, 2017).

**Solución planteada:** identificó el origen del problema de la pérdida de agua<sup>235</sup> e impulsó el cambio de cultura y la fiscalización colectiva: *“La compañía Aguas Kpital pide a la comunidad denunciar los fraudes”* (Carvajal, 2017).

**Problema 2:** existencia de viviendas irregulares, pobreza y desplazamiento:

El robo de agua se produce en todas las comunas de Cúcuta, sin embargo, es más crítico en el sector de occidente **donde en los últimos cinco años han surgido al menos 40 barrios por invasión de tierras privadas y en los que, según Barbosa, hay por lo menos 60 mil nuevos potenciales usuarios del acueducto.**

Según Jairo Bermúdez, vocal de servicios públicos de Cúcuta, **en invasiones como La Fortaleza, Guadalupe, José Bernal, Brisas de la Hermita y Nueva Ilusión, entre otras, “la chuzada de las tuberías la hacen los mismos habitantes no por robar sino por cuestión de supervivencia, porque sin agua no se puede vivir”** (Carvajal, 2017).

**Solución planteada:** política de inclusión social para disminuir la pérdida de agua sin control y para estimular la incorporación futura del grupo al sistema formal:

Y la pérdida fuera mucho mayor de no ser porque Aguas Kpital se inventó el **Plan Conéctate para llevar agua a través de 186 pilas públicas a unas 30 mil personas que residen en sectores informales** de la ciudad, donde no hay sistema de acueducto normalizado (no se han instalado contadores para medir el consumo por estar en zonas de alto riesgo o por falta de titulación de predios). Además, en los últimos cuatro años **vinculó al acueducto a otros 21 mil 180 nuevos usuarios de las casas gratis que construyó el Gobierno Nacional en Cúcuta** (Carvajal, 2017) (el resaltado es nuestro).

**Problema 3:** hay una práctica de ilícitos ordinarios (no motivados por la pobreza) con una punición prevista en la ley penal:

---

<sup>235</sup> **Los 10 fraudes más comunes mencionados por el autor (Carvajal, 2017) son:** “1. Contadores o medidores alterados, intervenidos o con anomalías; 2. Retiro del medidor para generar paso directo del agua o cambiarlo por otro no autorizado; 3. Intervenir el visor del medidor para impedir la lectura de la empresa o alterar su normal funcionamiento; 4. Reconectar sin permiso el servicio cuando la empresa lo ha suspendido; 5. Abstenerse de notificar a la empresa fuentes adicionales de suministro; 6. Instalar imanes, guayas u otros elementos en el contador; 7. Instalar acometidas de agua paralelas para evitar el paso por el medidor o contador; 8. Abstenerse de notificar cambio de actividad para impedir cobro de tarifa real (por ejemplo, de residencial a comercial); 9. No notificar a la empresa cuando haya daño de equipos medidores por golpes, incendio o hurto, dentro de los tres días hábiles siguientes al hecho; 10. Proporcionar de manera temporal agua a otro inmueble o usuario distinto al que figura en el contrato con el acueducto”.

Según Barbosa, **el agua no solo se la roban en el casco urbano de Cúcuta, también en el sector rural, donde se detectaron válvulas en redes principales que conducen el agua de las plantas de tratamiento a los barrios** de la ciudad en corregimientos Carmen de Tonchalá y San Pedro.

“La sorpresa que nos llevamos es que no la roban para consumo humano, sino para el cultivo de peces, para riego y para producciones pecuarias”, dijo.

El delito en el que incurren las personas que captan agua de manera fraudulenta para el consumo particular está tipificado como ‘defraudación de fluidos’, con una pena de entre dos a seis años de prisión (Carvajal, 2017) (resaltado original).

**Solución planteada:** persecución penal: “Cúcuta es la ciudad del país en la que más demandas se han interpuesto por el robo de agua y de medidores. El año pasado se contabilizaron 481” (Carvajal, 2017).

Los problemas anteriores se pueden presentar en cualquier localidad de Brasil y de Colombia. Las respuestas necesitan la claridad de que los problemas que tienen orígenes diferentes deben ser tratados de modo diferente.

En el caso colombiano, por ejemplo, la persecución penal sistemática parece ser reciente, y hasta hace poco tiempo **no había una jurisprudencia consolidada en la Corte Suprema de Justicia** sobre el tema, como consta en los bancos de datos de esa corte, cuya información fue confirmada por su relatoría<sup>236</sup>. Hay que ver como avanzará el tema, ya que durante la investigación se tuvo noticia de sentencias condenatorias de primer grado.

En Brasil, por su parte, es relevante registrar lo que pasa en el campo penal, porque, al no reconocerse el derecho ciudadano a un mínimo vital de agua, las formas no autorizadas de obtener el bien exponen a las personas más pobres a la sanción penal, según la jurisprudencia actual del STF. Además, ese tipo de hurto es **inevitable** en caso de pobreza, pues se trata del bien más esencial para la **supervivencia** humana y de cualquier ser vivo.

---

<sup>236</sup> El 14 de febrero de 2019, la relatoría informó, por correo electrónico, que no hay registros de jurisprudencia sobre robo o hurto de agua en la base de datos de la institución.

Así mismo, es relevante apuntar que, en Colombia, tratar como derecho fundamental el acceso al agua tiene efectos en otros campos del derecho, por ejemplo, excluir de la selectividad del sistema penal a las personas que no pueden pagar por acceder a ese derecho. Tal comprensión y la determinación de la Corte Constitucional en el sentido de impulsar las políticas de suministro de agua para implementar la universalización del derecho **ayudaron a perfeccionar la gestión del agua en Colombia**, pues las medidas para hacer efectivo el derecho son impulsadas de forma más coherente con la pretensión de su universalización por medio de múltiples políticas públicas (negociación de impagos, instalación de reductores de consumo de agua con garantía de un mínimo gratuito y construcción de fuentes públicas de agua en zonas pobres, por ejemplo). Regístrese que esto también ocurre en algunas partes de Brasil, pero no de forma sistematizada o practicada nacionalmente, sino por iniciativas raras y desarticuladas, tomadas aisladamente por algunas CEBS.

La cuestión central acerca de la comprensión de cómo actúa la **cultura autoritaria** en ese campo es tener en cuenta que **si la aplicación de las normas ambientales y relativas al derecho al agua empiezan a tomar criterios distintos de aplicación según quién es el autor del ilícito** (salvo para promover políticas de inclusión social), **todo el edificio del sistema de protección ambiental se fragiliza**, pues, para ser efectiva, **la cultura de la legalidad**, especialmente en materia ambiental, necesita ser impuesta a todas las clases sociales y **no debe ser flexibilizada justamente para aquellos cuyas prácticas generan o pueden generar los impactos más graves en la protección del agua y de su entorno ambiental.**

Para entender la posibilidad darle tratamiento jurisprudencial distinto a lo que ocurre en Brasil, se analizarán los elementos constitutivos del derecho individual al agua potable en Colombia y su evolución en los aspectos sustantivos y procedimentales, desde los puntos de vista individual y colectivo, incluida la protección multinivel de las garantías ciudadanas para la autotutela del mencionado derecho.



#### **4.2. La protección al acceso al agua potable como derecho fundamental - derecho subjetivo, su conexidad con otros derechos fundamentales y el derecho al mínimo vital de agua. Lecciones y problemas del caso colombiano**

Aunque no está reconocido formalmente como un derecho fundamental en la Constitución colombiana, el derecho al acceso al agua potable y al alcantarillado empezó a ser protegido como derecho subjetivo implícito inmediatamente después de la instalación de la Corte Constitucional, en 1992, antes de que fuera declarado como derecho fundamental, también en 1992, por la misma Corte o de que fuera reconocido como derecho humano por el CDESC, en 2002 (Observación General n.º 15, 2002), y por la ONU, en 2010 (Naciones Unidas, 2010a).

La primera decisión sobre la cuestión fue la sentencia **T-406 de 1992** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 1992, M.P. Ciro Angarita Barón), cuyo objeto fue la continuación de una obra de alcantarillado inconclusa que se llevaba a cabo en frente de la residencia del autor, lo que lo exponía al desbordamiento de las aguas negras y al mal olor. El autor fundamentó su pedido en los derechos a la salubridad pública (Const. 1991, art. 88), al medio ambiente sano y a la salud de la población, utilizando la acción de tutela como “mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (Decreto 2591, 1991, art. 6).

La tutela fue denegada inicialmente, porque se consideró que el derecho tenía una naturaleza colectiva y, por tanto, debía ser protegido por medio de la acción popular. La **Corte Constitucional revisó** el asunto, y **reconoció la violación a los artículos 361 y 366** de la Constitución, que establecen que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que este debe asegurar su prestación eficiente. También se reconoció que la “solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable” es un objetivo fundamental de la actividad estatal (Const. 1991, art. 366) pasible de protección por medio de acción de tutela.

En el caso mencionado, la Corte reconoció la **violación del derecho a la salud y su conexión con derechos y principios constitucionales fundamentales previstos en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (igualdad) de la Constitución**. La tutela fue concedida, y se **ordenó la conclusión de la obra, con efectos vinculantes para todas las autoridades**, frente a casos futuros en que obras inconclusas afectaran la salubridad pública (Decreto 2591, 1991, art. 33).

Esta sentencia es importante, porque reconoció el derecho al **saneamiento básico** como un derecho **conexo a la vida y la dignidad humana**, así como **su justiciabilidad**. Además, **dictó un comando estructural y vinculante para prevenir la judicialización de casos semejantes**. La decisión fue reiterada en otros casos que involucraron la **ejecución de obras de suministro de agua y alcantarillado**, como los decididos en las sentencias **T-140 de 1994** (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), **T-244 del 1994** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara), **T-092 de 1995** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara), **T-022 de 2008** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y **T-734 del 2009** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

El reconocimiento del **agua** como **derecho protegible mediante la acción de tutela** fue reforzado en la sentencia **T-570 de 1992** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 1992, M.P. Jaime Sanin Greiffenstein), que, a pesar de declarar la pérdida de objeto de la acción examinada, reconoce que el derecho al servicio de acueducto debe ser protegido, para no violar otros derechos y principios constitucionales fundamentales, como consta en su conclusión:

Considera esta Sala de especial importancia señalar que el derecho al servicio de acueducto en aquellas circunstancias en las cuales se afecte de manera

evidente e inminente derechos y principios constitucionales fundamentales, como la dignidad humana, la vida y los derechos de los disminuidos, deben ser protegidos por la acción de tutela. El hecho de que la comunidad no tenga servicio de acueducto, o lo tenga pero no funcionando adecuadamente, se constituye en factor de riesgo grande para la salud de la comunidad expuesta a esa situación.

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-570/92, 1992).

La sentencia **T-578 de 1992** (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero), aunque no haya concedido la tutela solicitada, es relevante, porque declara que el acceso a los servicios de acueducto y alcantarillado son **derechos fundamentales**:

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

(Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, sentencia T-578/92, 1992) (negritas fuera de texto).

También es relevante porque declara que el constituyente y el legislador colombiano optaron por la **teoría material del servicio público**, lo que implica que el servicio debe ser **efectivo y prestado de forma regular y continua**, mandato que se une con la idea de **tutela sustantiva** de los derechos prevista en la Constitución. Sin embargo, declara que el derecho al servicio requerido solamente se configura como un derecho fundamental cuando busca satisfacer necesidades en la vida de **personas concretas**. Por lo tanto, la instalación del servicio en edificios no habitados, como en el caso analizado, no se considera como un derecho fundamental.

En **decisión vinculante** de unificación de jurisprudencia (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-442/97, 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara), la Corte declaró la **conexidad** entre el derecho colectivo al **medio ambiente sano** y los derechos a **la vida y a la salud**, y autorizó su defensa por medio de la acción de tutela, con el fin de implementar el derecho al agua potable. Tal decisión confirmó la posición adoptada en la sentencia **T-379 de**

**1995** (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell), que sigue siendo aplicada en la jurisprudencia de la corte.

En la sentencia **T-410 de 2003** (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte tuteló el derecho a la **calidad del agua potable**, cuya **pureza** está incluida en la obligación prevista en la Ley de Servicios Domiciliarios (Ley 142 de 1994). En la sentencia **T-381 de 2009** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), se reiteró la jurisprudencia acerca del reconocimiento del agua como derecho fundamental y se **mencionó su regulación internacional, especialmente, la Observación General n.º 15 del CDESC (2002)**, en cuanto a los límites del contenido jurídico del derecho, que, según tal normativa, debe ser “adecuado a la **dignidad, la vida y la salud humana**”; tratado como “un **bien social y cultural**” y ejercido de manera “**sostenible** tanto para las **generaciones actuales** como para las **futuras**”. La sentencia también mencionó las exigencias mínimas para que el derecho se considere satisfecho, como la **disponibilidad, la calidad, la accesibilidad** (física y económica), **la no discriminación y el acceso a la información**. Así mismo, determinó la **efectivización de la política pública** en el caso concreto, para **garantizar la calidad del servicio a los habitantes de las zonas donde viven los tutelados**.

La sentencia **T-546 de 2009** (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 2009, M.P. María Victoria Calle Correa) confirmó los elementos de configuración del derecho fundamental al agua, su protección internacional y los marcos de protección previstos en la **Observación General n.º 15 del CDESC (2002)**. De forma especial, tuteló las residencias donde vivan **menores** y determinó, en ese caso, la **suspensión gradual del servicio** por falta de pago. Otras decisiones reiteraron los requisitos mínimos que se deben observar en la prestación del servicio, como la sentencia **T-616 de 2010** (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) e incorporaron el derecho internacional a la jurisprudencia sobre la materia, lo que consolidó la línea jurisprudencial anterior. La sentencia **T-131 de 2016** (Corte Constitucional,

Sala Séptima de Revisión, 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) mantuvo la línea jurisprudencial y protegió otro derecho conexo al derecho al agua: el derecho a la **vivienda digna**.

En lo que se refiere a los sujetos destinatarios de especial protección, la jurisprudencia se ha manifestado gradualmente acerca del reconocimiento de **distintos sujetos o grupos sociales** para fines de protección del acceso al agua y, también, para reconocer la conexión de ese derecho con otros derechos fundamentales.

La sentencia **T-481 de 1997** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 1997, M.P. Fabio Morón Díaz) vinculó la protección del derecho al agua potable al **derecho a la educación** y a la **protección especial a los niños**. Además, declaró que el **derecho a la educación** incluye el derecho al “desarrollo integral” y a “condiciones ambientales” adecuadas, de modo que el **poder público** (en ese caso, la alcaldía) **debe proveer el acceso al agua potable en los establecimientos escolares**. La decisión reconoció la necesidad de promover el desarrollo integral de los niños y, también, el **derecho a la alimentación saludable**, que, en el caso concreto, era preparada en la escuela con agua que no cumplía con las condiciones adecuadas de salubridad. En otro caso (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-915/09, 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla), la corte declaró que el servicio de acueducto no se debe interrumpir en los **hogares comunitarios**, por la especial protección constitucional a los niños que viven en ellos.

La sentencia **T-270 de 2007** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería) reconoció el derecho al agua potable por su conexidad con el **derecho a una vida digna** y declaró el deber de conceder especial protección a las **personas vulnerables** (en el caso concreto, a **personas enfermas**), a quienes no se les puede suspender el servicio domiciliario por falta de pago. Esta fue la primera decisión encontrada

en la que se hizo una referencia expresa a la Observación General n.º 15 del CDESC (2002).

Las sentencias **T-693 de 2007** (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), **T-690 de 2010** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), **T-077 de 2013** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2013, M.P. Alexei Julio Estrada), **T-815 de 2013** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos), **T-282 de 2014** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y **T-143 de 2017** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2017, M.P. María Victoria Calle Correa) protegieron a otra categoría de personas vulnerables, los **privados de libertad**, en cuanto a su derecho al acceso al agua para higiene y consumo personal. La corte fijó entre 15 a 25 litros diarios por persona el mínimo vital de agua para los presos de distintos centros penitenciarios, de los cuales 5 litros diarios deberían estar a disposición de cada uno para consumo propio. Además, determinó las condiciones mínimas de salubridad de las instalaciones carcelarias.

Las **comunidades indígenas** también fueron consideradas como sujetos destinatarios de **especial protección**, y se le protegió su derecho al agua por medio de la acción de tutela, por ejemplo, en la sentencia **T-143 de 2010** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2010, M.P. María Victoria Calle Correa), como una manera de **reforzar sus garantías de acceso a justicia**.

En la misma decisión, también se les aseguró su derecho a **participar en la “elaboración, implementación y evaluación de la política pública enderezada a solucionar definitivamente la emergencia por la cual atraviesan, por la escasez de agua potable”**. Ese es un buen ejemplo de sentencia que, al mismo tiempo, tutela el **derecho material** y dos de sus garantías: el **acceso a la justicia** y el derecho a la **consulta previa**.

La situación de vulnerabilidad de las **personas mayores** está reconocida, entre otras, en las sentencias **T-717 del 2010** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2010, M.P. María Victoria Calle Correa), **T-749 de 2012** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2012, M.P. María Victoria Calle Correa) y **T-980 de 2012** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Los **padres cabezas de familia** están reconocidos como sujetos destinatarios de especial protección, por ejemplo, en la sentencia **T-279 de 2011** (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), y las **madres cabezas de familia**, en la sentencia **T-740 de 2011** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Antes de reconocer el derecho a un mínimo vital gratuito de agua, la Corte Constitucional autorizaba el corte del suministro de agua potable por falta de pago, inclusive en los casos de usuarios en situación de pobreza, siempre y cuando se hubieran dejado de pagar tres facturas y las negociaciones de la deuda hubieran sido frustradas, como en los casos de las sentencias **T-598 de 2002** (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y **T-697 de 2002** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería). Poco a poco, al reconocer la protección a sujetos vulnerables, la corte determinó **mantener el servicio**, con el suministro de una cantidad mínima de agua destinada a satisfacer las necesidades de las personas vulnerables protegidas. **La referencia mínima a 50 litros diarios por persona apareció a partir de 2010**, como, por ejemplo, en las sentencias **T-717 de 2010** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2010, M.P. María Victoria Calle Correa) y **T-725 de 2011** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Sin embargo, la decisión que definió de un modo más completo los **elementos que constituyen el derecho al mínimo vital de agua potable** fue la **sentencia T-740 de 2011** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2011, M. P. Humberto Sierra Porto), que reconstruyó la jurisprudencia de la corte

que reconoce el derecho al agua como un derecho fundamental por su conexidad con los derechos a la **vida**, la **salubridad pública** y la **salud**, previstos en los artículos 11, 49 y 366 de la Constitución colombiana, y con la **protección a los niños** prevista en el artículo 44 de la Constitución.

Esa sentencia también puede ser identificada como un ejemplo representativo de la técnica utilizada por la Corte Constitucional para aplicar un derecho en una **perspectiva multinivel**, como lo autoriza el artículo 93 de la Constitución colombiana. En ese caso, además de aplicar el bloque de constitucionalidad, la Corte reconoció que el papel del **derecho internacional** es de “*standards [...] que sirven como pautas de interpretación*” del derecho.

La sentencia comienza indicando los conceptos reconocidos o ratificados en la decisión, lo que facilita la futura identificación y recuperación de los precedentes. En el caso mencionado, se ratificaron diversos precedentes relativos al derecho al agua como **derecho fundamental** y como **servicio público domiciliario**, en los que se destacan algunos conceptos reiterados o reforzados, especialmente sobre la aplicación del derecho internacional al caso concreto:

#### **DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Concepto y fundamento**

El agua se considera como un derecho fundamental y, se define, de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como “el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico”. El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un **derecho fundamental** y como un **servicio público**. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (el resaltado es nuestro).

[...]

#### **DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Protección internacional**



La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues esta normatividad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, se erige como normas con rango constitucional o como standards internacionales que sirven como pautas de interpretación de los derechos que hacen parte del sistema jurídico colombiano.

#### **DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA EN EL DERECHO COMPARADO-Reconocimiento**

En el Derecho Comparado existen numerosos Estados que ya sea, por vía constitucional, legal o jurisprudencial han favorecido la protección del acceso al agua en términos de derecho fundamental, lo cual ha generado un amplio repertorio de normas de diferente vinculatoriedad que han precisado los contornos jurídicos del derecho al agua hasta dotarlo de un nivel de concreción equivalente al de otros derechos tradicionales.

#### **DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Contenido y obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua de conformidad con el bloque de constitucionalidad**

La obligación de cumplir está encaminada a que el Estado realice acciones positivas con el fin de facilitar, proporcionar y promover la plena efectividad del derecho por medio de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales, que posibiliten a los individuos y comunidades el disfrute del derecho al agua potable e impone al Estado que adopte medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho al agua, tome medidas para que se difunda información adecuada sobre el uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua y garantice el acceso a una cantidad suficiente salubre, aceptable y accesible para el uso personal y doméstico de agua, en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición.

#### **DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Obligaciones del Estado para garantizar disponibilidad, accesibilidad y calidad del servicio del agua**

[...]

**DERECHO AL AGUA POTABLE**-Orden al Acueducto para que reconecte el servicio de agua donde residen sujetos de especial protección constitucional y garantice el suministro diario por lo menos de 50 litros de agua potable por persona.

En seguida, la corte identifica el problema jurídico que será solucionado:

[...] determinar si la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII vulneró los derechos fundamentales al acceso a los servicios públicos, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la igualdad de la señora María Isabel Ortiz y su

núcleo familiar al negarse a prestarle el servicio de acueducto, debido al incumplimiento en los pagos del mencionado servicio público.

Y especifica los temas que tendrá que resolver, que, en el caso, fueron:

- (i) concepto y fundamento del derecho fundamental al agua;
- (ii) reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Internacional;
- (iii) reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Comparado;
- (iv) contenido del derecho fundamental al agua y obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua de conformidad con el bloque de constitucionalidad;
- (v) reconocimiento del derecho fundamental al agua en la Jurisprudencia Constitucional y luego
- (vi) se referirá al estudio del caso concreto.

A partir del problema, después de **indicar los dispositivos constitucionales y los precedentes aplicables**, la decisión indica **la importancia del derecho internacional para la constitución del derecho específico**, manifestando que “[l]a protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional”.

En ese sentido, cita las **normas internacionales aplicables**, que incluyen normas del Sistema Universal, del Sistema Interamericano y normas relativas al Derecho Internacional Humanitario. También menciona el **derecho comparado**, indicando la disciplina vigente en Bélgica, Francia, Italia, Sudáfrica, Costa Rica, Argentina, Bolivia, Ecuador y Perú. Regístrase que el derecho fue reconocido por vía judicial en los casos de Bélgica, Costa Rica, Argentina y Perú.

Entre los instrumentos internacionales citados en la sentencia, se destacan, por su relevancia para la **constitución** del derecho, los siguientes:

- La Resolución AG/10967 (**Resolución 64/292**, aprobada en la 108.<sup>a</sup> sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas), que reconoce el derecho humano al agua (Naciones Unidas, 2010a).

- La protección implícita al derecho al agua prevista en el PIDESC por medio de la protección de los derechos a la “vida en condiciones adecuadas” y a “la salud” (Naciones Unidas, 1966, arts. 11.5 y 12.6).
- Elementos de *soft law* como la Declaración de Mar del Plata (Naciones Unidas, 1977), la Declaración de Dublín (Organización Meteorológica Mundial, 1992), la Declaración de Río sobre el medio ambiente y desarrollo (Naciones Unidas, 1992b) y el informe de la OMS sobre cantidad de agua domiciliaria, nivel del servicio y salud (Howard, G. & Bartram, J., 2003), entre otros instrumentos.
- La protección implícita del derecho al agua prevista en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, 1969, art. 4), relacionado con el derecho a una existencia digna, y el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, que prevé el derecho “a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, entre ellos, el servicio público de agua (Organización de los Estados Americanos, 1988, art. 11).
- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre ellas, el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno, 2005), y normas del Derecho Internacional Humanitario como los Convenios III y IV de Ginebra de 1949, que protegen, respectivamente, el acceso al agua para las comunidades indígenas y el trato debido a los prisioneros y las personas civiles en situaciones de conflicto.
- Los niveles de exigencia del derecho previstos por el CDESC (Observación General n.º 15, 2002) y por la OMS.

Después de analizar los dispositivos internacionales y el derecho comparado, la corte **reconoce los estándares cuantitativos aplicables** para la realización del mínimo vital de agua con base en el informe de la OMS de 2003 (Howard, G. & Bartram, J., 2003), y reconoce la obligación del Estado y de la empresa de acueducto de prestar el servicio de manera que llegue a un **nivel de**

**satisfacción intermedio**, que es el suficiente para satisfacer las necesidades básicas de consumo e higiene en un hogar, como se indica en seguida:

**Tabla 2 – Niveles de acceso al agua potable – OMS – Sentencia 740/11 – Corte Constitucional colombiana**

<i>Nivel de servicio</i>	<i>Distancia/ Tiempo</i>	<i>Probabilidad de agua recolectada</i>	<i>Necesidades satisfechas</i>	<i>Intervención y acciones prioritarias</i>
<i>No acceso</i>	Más de un (1) kilómetro o más de treinta (30) minutos de viaje.	Bastante bajo. (Por debajo de 5 litros por persona al día)	El consumo básico se ve comprometido, y no puede asegurar las prácticas correctas de higiene.	Muy alto
<i>Acceso básico</i>	Menos de un (1) kilómetro o menos de treinta (30) minutos de viaje.	No más de 20 litros al día por persona.	Se asegura el consumo básico y la higiene a un nivel primario. Sin embargo, por ejemplo, podría ser insuficiente para lavar la ropa en la casa.	Alto
<i>Acceso intermedio</i>	<b>Suministro de agua en el inmueble a través de al menos un grifo.</b>	<b>En promedio, 50 litros al día por persona.</b>	<b>Se asegura el consumo básico y la higiene a un nivel medio.</b>	<b>Bajo</b>
<i>Acceso óptimo</i>	Suministro de agua en el inmueble a través de múltiples grifos.	Entre 100 y 200 litros de agua al día por persona.	Se garantiza un consumo básico de agua y las prácticas correctas de higiene.	Muy bajo

\*Howard G. Bartram; *Domestic water quantity level and health*; World Health Organization; Geneva, 2003.

Fuente: (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. Sentencia T-740/11, 2011, M. P. Humberto Sierra Porto).

En el caso concreto, la accionante era **madre cabeza de familia**, padecía una **enfermedad** que le impedía de trabajar y tenía a su cargo **dos hijos menores** de 10 y 15 años. Su **fuentes de ingresos era muy baja** y no le permitía pagar las tarifas de agua sin perjudicar el mantenimiento de la familia. La sentencia registra que ella pertenecía al “SISBEN 1”<sup>237</sup>, lo que indicaba que se trataba de una persona en situación de “pobreza”.

<sup>237</sup> El SISBEN o “Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales” es un sistema de coordinación de políticas sociales que clasificaba a los grupos sociales en seis niveles económicos para fines de elegir los más necesitados de atención social. Los niveles 1 y 2 indican personas

La corte reconoció la situación de pobreza de la familia y la situación de vulnerabilidad de la madre (enferma y cabeza de familia), además de la vulnerabilidad de los niños, que tienen derecho a una protección constitucionalmente reforzada. Después de examinar los elementos del caso, dictó las siguientes órdenes:

**PRIMERO.- LEVANTAR** la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

**SEGUNDO.- CONCEDER** la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) por los motivos expuestos en esta sentencia.

**TERCERO.- ORDENAR** a la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII: (i) **RESTABLECER** el flujo de agua potable en la vivienda de la accionante, (ii) **REVISAR** los acuerdos de pago realizados entre la señora María Isabel Ortiz y dicha entidad prestadora del servicio de agua potable, con el objetivo de implementar una fórmula en la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones y en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda (iii) **INSTALAR** el reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.

**CUARTO.- ORDENAR** al municipio de Guarne (Antioquia) asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua que le sea proporcionado a la señora María Isabel Ortiz y su grupo familiar como garantía mínima del recurso hídrico.

Además de ordenar la **negociación de la deuda** con la administradora de acueducto, la corte fijó los **requisitos mínimos para el cumplimiento del derecho, relacionados con la disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua, y determinó el mínimo de agua que se debería suministrar al domicilio** (50 litros diarios por persona) **y el pago de un subsidio del 50 % del costo del agua por el Gobierno nacional**, conforme al límite máximo dispuesto por la ley para la familias de estrato bajo (Ley 142 de 1994, art. 99). La alternativa para cumplir la obligación sería la instalación de fuente pública capaz de proveer

---

en situación de pobreza. Eses niveles o los actuales puntajes direccionan las políticas públicas administradas por varios ministerios a los grupos más necesitados de cada tipo de servicio.

la misma cantidad de agua, que no podría estar a una distancia superior a la indicada por la OMS (hasta 1 km) con relación al domicilio de la actora. Sin embargo, en el caso concreto, tal opción no fue considerada.

La jurisprudencia relativa a la cantidad de agua considerada como mínimo vital, así como la protección del derecho por medio de **soluciones alternativas**, fue **reiterada en diversas sentencias posteriores**, como la **T-928 de 2011** (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), la **T-925 de 2012** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2012, M.P. Alexei Julio Estrada), la **T-760 de 2015** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos), la **T-761 de 2015** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos), la **T-338 de 2017** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos), la **T-188 de 2018** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger) y la **T-318 de 2018** (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo).

La recomendación de **facilitar la negociación** de los pagos antes del corte del suministro también sigue presente, como se observa en las sentencias **T-188 de 2012** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), **T-082 de 2013** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), **T-749 de 2012** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2012, M.P. María Victoria Calle Correa), **T-273 de 2012** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y **T-100 de 2017** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos).

El mínimo vital se fijó en **niveles intermedios** en Colombia, con una evaluación basada en el criterio de **razonabilidad**, lo que se considera adecuado para los padrones de los servicios de suministro de agua existentes en el país, que todavía posee redes comunitarias precarias de distribución y tratamiento, como ya se indicó. También se considera adecuado que el Estado pague por el

agua el mismo valor que pagaría el **deudor originario**, pues, en el caso, el órgano estatal ocupa un lugar de **responsabilidad subsidiaria**.

Por otro lado, en un contexto de creciente desigualdad económica y de desempleo estructural, la solución más efectiva para que el Estado cumpla con su obligación de proteger el derecho al agua es mantener bajo su control a las empresas de suministro de servicios públicos esenciales, como agua y energía, a fin de que se pueda promover el acceso a tales servicios **sin ánimo de lucro**. La estructura pública facilita la financiación cruzada y solidaria de los servicios, además de permitir su distribución a precios justos y asequibles, lo que es esencial para la universalización del acceso al derecho. Tales empresas, sin embargo, necesitan un **control social** para garantizar la **buena gobernanza**. Nótese que la jurisprudencia actual, en Colombia, reconoce que tal servicio es una **obligación del poder público**, independientemente de que exista una empresa privada de acueducto en el municipio, como se verá más adelante.

Otra política estructural necesaria para que el Estado promueva el acceso a los servicios públicos es la **generación de empleo y renta**, lo que se da cuando el trabajo productivo vuelve a ser el centro de la matriz económica y su estímulo y protección son entendidos como deberes del Estado, inclusive para cumplir con la obligación de promover la prosperidad general y la vigencia de un orden justo, prevista en la Constitución colombiana (Const. 1991, art. 2, 2019), o con el objetivo de garantizar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales, previsto en la Constitución de Brasil (Const. 1988, art. 3, 2019).

La promoción del trabajo digno, además de estar prevista en las constituciones de Brasil y Colombia, es defendida por la OIT y es uno de los objetivos de la **Agenda 2030 (ODS 8)**. Cumplir ese compromiso puede generar, como efecto secundario, la disminución de la necesidad de subsidios públicos en los casos de personas cuya vulnerabilidad es “exógena” (Ramírez, 2016), es

decir, cuando la vulnerabilidad tiene origen en condiciones desfavorables del contexto (vulnerabilidad económica, por ejemplo) que pueden ser eliminadas.

Como advierte Ramírez (2016, pp. 158-167), la vulnerabilidad jurídicamente relevante para aplicar las medidas especiales de protección judicial puede, en algunos casos, estar basada en el reconocimiento constitucional o convencional de una condición “endógena” al sujeto (temporal o no), como en el caso de los discapacitados, los niños, las personas mayores, las mujeres embarazadas o los grupos históricamente marginados. Por otro lado, puede estar asociada a una condición “exógena”, relacionada con una situación de vulnerabilidad económica, como en el caso del desempleo y de la extrema pobreza.

En ambos casos, como también defiende Ramírez (2016), debe haber un esfuerzo para superar la condición, lo que se puede dar por medio de un incentivo a políticas compensatorias y de generación de trabajo y renta, como se defiende en esa investigación, incluidas las políticas afirmativas para acceder a puestos de trabajo que pueden combatir, al mismo tiempo, los dos tipos de vulnerabilidad (endógena y exógena) y que son acordes a distintos objetivos de desarrollo sostenible de la **Agenda 2030** vinculados a la inclusión social, reducción de la pobreza y de la desigualdad (**ODS 1, 5, 8 y 10**).

Para ayudar a cumplir tales objetivos, los convenios de la OIT y de la ONU que promueven las pautas de inclusión, como los que protegen a las personas de la discriminación, inclusive en el acceso a los derechos al agua y al trabajo (políticas afirmativas de cupos y normas de prohibición de discriminación), deben ser fortalecidos judicialmente y ser vistos como **parte estructural de la jurisprudencia de protección del derecho al agua**.

Para contribuir con la superación del problema del desamparo económico identificado en los procesos judiciales, se deben implementar **acciones de coordinación** con otros órganos públicos, a similitud de otras políticas



impulsadas por la Corte Constitucional colombiana en casos estructurales, como en el de las **víctimas de desplazamiento**. Eso tendrá un impacto a largo plazo en la efectividad y la sostenibilidad de las propias decisiones judiciales sobre el acceso al agua.

En ese sentido, la investigación acerca de los efectos concretos de las sentencias sobre el derecho al agua en Colombia (Gutiérrez & Yépez, 2016) resaltan que esas decisiones les dan una importancia prevaleciente a los acuerdos de pago, frente al acceso gratuito al agua, lo que terminaría por beneficiar predominantemente a las empresas, para ayudarlas a “recuperar parte de su cartera”:

Para los deudores de EPM el acuerdo de pago se les convierte en una condición para acceder al agua. El caso más común es que estos usuarios realizan el acuerdo de pago y la empresa reactiva el servicio, pero debido a la falta de recursos económicos y de coherencia entre la cuota y la capacidad de pago se incumple de nuevo, lo que genera una nueva suspensión del servicio. (Gutiérrez & Yépez, 2016, p.135).

Los autores observaron que, en casos ocurridos en Medellín (empresa EPM), los acuerdos de pago **no siempre respetaron el mínimo vital** de la familia. Con relación a un caso considerado de **éxito** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-717/10, 2010, M.P. María Victoria Calle Correa), encontraron que su resultado positivo tuvo que ver, principalmente, con la obtención de un **empleo estable** que la actora logró por su propia cuenta.

Los datos empíricos analizados en la investigación mencionada confirman la necesidad de no abandonar la **protección del trabajo digno** como política estatal de combate a la pobreza y a la desigualdad social y como instrumento de **protección indirecta a otros derechos fundamentales**. Además, revela la necesidad de que la protección del derecho al agua avance en el sentido de definir el **mínimo vital familiar** que se debe proteger cuando se negocia un acuerdo de pago. La Observación General n.º 15 de la ONU recomienda que los compromisos sobre los gastos no sobrepasen el **5 % del presupuesto familiar**, lo que se debería tener en cuenta en las decisiones como criterio de

**accesibilidad económica.** Finalmente, los análisis apuntan en el sentido de la necesidad de avanzar en la consolidación del derecho a un mínimo vital gratuito de agua para los estratos más pobres, así como existe un acceso gratuito a otros derechos fundamentales esenciales, como salud y educación.

Otra conclusión relevante de la investigación realizada (Gutiérrez & Yépez, 2016) es que, entre las empresas examinadas, solo el Acueducto de Bogotá tuvo la iniciativa de concederles el beneficio de agua gratuita a los usuarios pobres sin necesidad de un acuerdo previo de pago, lo que confirma la hipótesis de Ocampo (2008) en el sentido de que la oferta del servicio **en escala** mejora la **financiación cruzada**:

La evidencia estadística demuestra que los efectos redistributivos del gasto público social son más importantes cuanto mayor es la cobertura; en otras palabras, que la mejor focalización es una política universal. (Ocampo, 2008, p. 36).  
(Gutiérrez & Yépez, 2016, p.136).

La comparación entre los niveles de acceso al agua en Bogotá y São Paulo, dos ciudades similares de América Latina, revela que la falta de protección del derecho al mínimo vital en Brasil excluye a los más pobres del acceso efectivo al servicio. Además, que la falta de una política de protección social o de una jurisprudencia protectora del derecho mantiene el trato discriminatorio (Frasson, 2018a) en la prestación de los servicios para los usuarios más pobres.

En Bogotá, además de que existe una política compensatoria de tarifas diferenciadas por estrato social, conforme lo previsto en la ley, la empresa local de suministro de agua, luego de recibir condenas judiciales, comenzó a garantizar el mínimo vital gratuito sin la intervención del poder Judicial, por lo menos con relación a una parte de los usuarios<sup>238</sup>. Esto también revela la

---

<sup>238</sup> No se puede decir que la empresa atiende todos los casos, porque todavía hay pedidos de tutela en su contra, como se observa en la sentencia T-188 de 2012 (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. Sentencia T-188/12, 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

diferencia de **cultura constitucional** en la **implementación de políticas públicas**.

El ejemplo bogotano, que revela el mejor nivel de implementación del derecho al agua en los casos de una amplia escala de prestación del servicio, también indica que es correcta la preocupación por la posible pérdida de eficiencia del sistema en Brasil, si hay una fragmentación en los servicios actualmente prestados. Esto ocurriría en caso de que se apruebe e implemente una ley semejante a la planteada en la “Medida Provisoria 868” (2018), que pretende obligar a que se abra una licitación del servicio ofertado a nivel municipal, sin permitir la renovación automática del contrato vigente con las CEBS.

Como se ha visto, mantener la escala de usuarios en el ámbito de los Estados es lo que permitirá que Brasil avance más rápidamente en la cobertura del suministro de agua para las regiones más pobres y aumente la inversión en mejoría de la calidad de los servicios prestados en zonas deficitarias, además de proveer con mayor eficiencia la conservación de las redes y tuberías, gastos que, por lo general, son negligenciados por empresas privatizadas, que le dan preferencia a la distribución de ganancias a los accionistas, conforme la experiencia internacional.

Finalmente, sobre la vulnerabilidad exógena, la presente investigación revela indicios de que la vulnerabilidad económica que se evidencia en los procesos en los que se demanda el acceso al agua puede ser un buen filtro para el mapeo de la pobreza extrema en un país, ya que indica la falta de acceso al derecho social más básico y esencial de todos. En ese sentido, las **demandas sobre agua de grupos sociales muy pobres deben ser examinadas con una mirada compleja y estructural**, ya que la ausencia de agua en una región pobre puede ser un factor que restrinja el propio acceso a la justicia, lo que indica que el planteamiento de un caso probablemente denuncia que detrás de este hay muchas violaciones semejantes.

Las tutelas estructurales en esas regiones, por tanto, pueden ayudar a ampliar el acceso al derecho a grupos sometidos a idéntica condición de escasez y con menor posibilidad de acudir a tribunales debido a su propia condición de vulnerabilidad. En ese sentido, fue acertada la sentencia **T-302 de 2017** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez), que aceptó la legitimación activa por “**agencia oficiosa**” en representación de los niños y niñas wayúu, y que determinó una **solución estructural** para el problema, como se verá más adelante.

Sobre los aspectos procedimentales protegidos en las decisiones relativas al derecho al agua, es relevante destacar cómo la deliberación de la corte también fortalece la **democracia participativa**, al proteger el acceso a ese derecho por medio de la protección de otros derechos fundamentales, civiles o políticos esenciales para el ejercicio de la **autotutela**. Eso, en el sentido defendido por Pisarello (2007), según el cual la protección a los derechos fundamentales debe fortalecer sus garantías institucionales y extrainstitucionales o debe darse de **forma multinivel**.

Entre los casos examinados, se encuentra, por ejemplo, la protección al **derecho de asociarse**, esencial para los casos en que el servicio de suministro de agua es prestado por medio de acueductos comunitarios o privados, como en el caso de la sentencia **T-463 de 1994** (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo), en la cual también fueron tutelados los derechos a la **igualdad** y al **acceso a los servicios públicos**.

La sentencia **T-413 de 1995** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero) confirmó que el derecho al agua potable es un derecho fundamental cuando se destina al “uso de las personas”, porque contribuye con “la salud” y la “salubridad pública”. Así mismo, confirmó que la **destinación preferencial** del agua en caso de escasez es para

el **consumo humano**, de modo que la empresa privada de acueducto (en el caso concreto, una asociación) solamente puede suministrar agua para “lagos y fábricas” cuando haya exceso del líquido, “**previa autorización de la Asamblea General de los usuarios y siempre y cuando no restrinja el consumo domiciliario**”. Por tanto, además de proteger el derecho al agua potable, la sentencia también protegió, en el caso examinado, la **democracia participativa** y la **soberanía de la asamblea asociativa** (la **democracia deliberativa**) para decidir acerca de la protección del derecho.

En la sentencia **T-485 de 2001** (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte Constitucional protegió el derecho a que el servicio de suministro de agua no sea interrumpido sin que se hayan resuelto los recursos interpuestos, lo que protege el derecho al **debido proceso administrativo**, que es otro instrumento extrajudicial de protección a un derecho fundamental y que también está comprendido en los derechos al **acceso a la justicia** y a la democracia ambiental, protegida por el Acuerdo de Escazú. El mismo derecho fue tutelado en las sentencias **T-1150 de 2001** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis) y **T-730 de 2002** (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Estas decisiones tutelaron la **confianza legítima**, en el ámbito del **debido proceso administrativo**, tras verificar la falta de diligencia de la empresa de acueducto en el cobro de las tarifas no pagadas por el arrendatario, que fueron exigidas al propietario sin tener en cuenta el límite legal de la solidaridad, en perjuicio de su derecho al agua. El **debido proceso legal** en el cobro de la deuda y en el proceso penal fue protegido en la sentencia **T-262 de 2003** (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño), y el **derecho de petición** ante a las empresas de acueducto fue tutelado en la sentencia **T-1104 de 2005** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería).

Por el conjunto de ejemplos mencionados, se nota que **la deliberación de la Corte Constitucional**, a pesar de las críticas a algunas de sus decisiones,

fortalece, al mismo tiempo, la **democracia** y **los derechos fundamentales**, al protegerlos de forma **sustantiva, participativa, deliberativa y procedimental**.

Entender que todos los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales son esenciales para fortalecerlos es una forma de ampliar el campo de lucha ciudadana y de reducir potencialmente el riesgo que representa para la ciudadanía y para el propio poder Judicial que este se convierta en el único o predominante medio de lucha para acceder a los derechos fundamentales.

La actuación del poder Judicial, al dar las respuestas que protegen los derechos fundamentales, debe empoderar la **autonomía ciudadana** y de los **demás poderes** para actuar, en casos futuros, conforme la Constitución y el bloque de constitucionalidad, sin necesidad de provocación judicial. Eso no significa que el poder Judicial deba dejar de decidir en esos casos, porque, si esto ocurre, no se fortalece la democracia, como pretenden algunos, sino que se le **debilita**, al sustraer a los ciudadanos el derecho de acceso a la justicia.

Finalmente, además de los casos en los que concedió la tutela y protegió el derecho individual al agua potable, la Corte Constitucional decidió, en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad, acerca de la exequibilidad de varias disposiciones normativas o instrumentos internacionales que contienen dispositivos que protegen el derecho al acceso al agua potable, como en las siguientes sentencias:

- **Sentencia C-580 de 1992** (Corte Constitucional, Sala Plena, 1992, M.P. Fabio Morón Díaz), que declaró exequibles los artículos 3 y 4 del Decreto 3069 de 1968, por su compatibilidad con los artículos 338 y 367 de la Constitución y con las demás disposiciones concordantes relativas a los criterios de fijación de tarifas de servicios públicos. La corte consideró que esas normas no vulneran los principios previstos en el artículo 367 de la Constitución (criterios de costos, solidaridad social y redistribución de

ingresos). Eso incluye la posibilidad de conceder subsidios públicos a quienes no pueden pagar por los servicios, mediante su previsión en los presupuestos públicos de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas. La sentencia aclaró que las tarifas públicas no son tasas y, por tanto, no se confunden con los tributos.

- **Sentencia C-225 de 1995** (Corte Constitucional, Sala Plena, 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero), que declaró exequible el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), aprobado por el Congreso de Colombia por medio de la Ley 171 de 1994. Entre otros dispositivos que protegen las reglas de humanización de los conflictos, está la previsión de los derechos de las **personas privadas de libertad**, entre ellos, recibir, “en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable” y disfrutar de “garantías de salubridad e higiene” (Ley 171, 1994, arts. 5 y 1, b).
  
- **Sentencia C-220 de 2011** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que declaró exequible el parágrafo 1.º del artículo 43 de la Ley 99 de 1993, según el cual:

Todo proyecto que requiera licencia ambiental y que involucre en su ejecución el uso del agua, tomada directamente de fuentes naturales, bien sea para consumo humano, recreación, riego o cualquier otra actividad, deberá destinar no menos del 1% del total de la inversión para la recuperación, preservación, conservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. El beneficiario de la licencia ambiental deberá invertir estos recursos en las obras y acciones de recuperación, preservación y conservación de la respectiva cuenca hidrográfica, de acuerdo con la reglamentación vigente en la materia.  
(Ley 99, 1993, art. 43).

Esta sentencia es muy relevante para avanzar en el sentido de “pensar fuera de la caja de agua” (WWAP, 2009), al conectar las actividades que generan una potencial contaminación del agua con las políticas de recuperación ambiental o prevención de daños. Tal decisión debe ser analizada como un

importante precedente de la corte en ese sentido, como se analizará en el apartado siguiente.

Por tanto, con relación a la protección del derecho al acceso al agua potable, se nota un gran esfuerzo de coherencia e integridad en la jurisprudencia colombiana, mediante decisiones que reiteran y consolidan continuamente la jurisprudencia anterior y que aplican métodos del **constitucionalismo multinivel** que incorporan el Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y contribuyen a la constitución del derecho examinado, cuya protección como derecho fundamental le permite avanzar en un sentido de progresividad e inclusión.

Sin embargo, llama la atención la reducida protección explícita a la relación entre **trabajo** y **agua** como derechos conexos, a pesar de la protección reforzada al trabajo como derecho fundamental en la Constitución colombiana.

La importancia del agua para generar trabajo y renta está prevista en instrumentos e informes internacionales, como ya se indicó, y se destaca en las acciones actuales de la ONU y la OIT. Por otro lado, el empleo o la renta le dan sostenibilidad al pago regular de los servicios públicos, inclusive del agua, lo que fortalece la efectividad del derecho individual de manera virtuosa a largo plazo.

Ese silencio elocuente también se da con relación a los procesos de consulta previa o popular, donde los derechos al agua, a la tierra y al trabajo de personas que ocupan territorios en disputa no siempre reciben una protección suficiente, como se analizará. Esto requiere una visión contramayoritaria y contrahegemónica de la cuestión, considerando el desprecio deliberado a la centralidad económica del capital productivo y del trabajo digno en la agenda neoliberal.



### **4.3. La tutela colectiva del derecho al agua: las políticas públicas de acceso al agua potable y al alcantarillado y la protección ambiental. Decisiones comparadas de Brasil y Colombia**

Brasil y Colombia son países con una legislación ambiental, en general, de muy buena calidad, como se ha visto. Sin embargo, las normas de derecho interno, sumadas a las disposiciones constitucionales y a las normas de derecho internacional aplicables a ambos países no fueron capaces de promover cambios de cultura en la relación entre economía, consumo y medio ambiente. Debido a esto, y a pesar de las señales de degradación ambiental, de escasez hídrica y de calentamiento global, son crecientes las prácticas económicas y los hábitos de consumo que generan contaminación del medio ambiente y que no respetan su capacidad de autorregeneración.

En ese escenario, en el cual los poderes políticos parecen haber sido capturados por el poder económico financiero, el papel del poder Judicial y de las instituciones que administran justicia ambiental es fundamental, ante la necesidad de responder a demandas que exigen la reparación de derechos lesionados a pequeña o grande escala y la prevención de nuevas lesiones, especialmente con miras a evitar la contaminación de fuentes de agua o la destrucción de forestas y de zonas de recarga hídrica.

En el contexto actual, hay coincidencias entre Brasil y Colombia, relacionadas con retrocesos que tienden a restringir la participación popular en los procesos de concesión de licencias ambientales y la discusión acerca de la eficacia de las consultas previas para aprobar o no proyectos relacionados con la industria extractiva. Esto debe ser analizado en el contexto geopolítico y económico ya descrito, que termina por sobreponer los intereses de los inversionistas extranjeros al interés nacional y de los pueblos locales en su relación con sus territorios.

A continuación, se presentarán algunos casos emblemáticos de ambos países, que son útiles para discutir los avances, retrocesos y desafíos en materia ambiental vinculados a la constitución del derecho al agua y a la protección estructural de ese derecho fundamental en su perspectiva colectiva.

La jurisprudencia del derecho colectivo al agua se analizará desde dos perspectivas: **(i) la construcción de políticas públicas de acceso al agua potable y al saneamiento** (la dimensión colectiva del derecho subjetivo de acceso al agua potable y al saneamiento básico) y **(ii) los vínculos entre la protección al medio ambiente (derecho al medio ambiente sano para las actuales y futuras generaciones) y la protección al agua**, con miras a hacer efectivo el goce del derecho fundamental demandado (protección ambiental, de fuentes de agua, de territorios y de zonas de recarga hídrica).

#### **4.3.1. El derecho al medio ambiente sano y protegido y la protección a las políticas públicas de acceso al agua potable y el alcantarillado. Jurisprudencia constitucional y el papel del Consejo de Estado de Colombia en la constitución del derecho al servicio público de agua y alcantarillado**

La protección al medio ambiente sano tiene una **dimensión colectiva**, que, en Colombia, puede ser objeto de la acción popular, cuando el daño que se debe reparar o la omisión que se debe corregir afecta derechos colectivos. El mismo derecho puede tener una **dimensión individual**, cuando afecta el ejercicio de un derecho fundamental de una persona particular o cuando existe un riesgo de “perjuicio irremediable que autorice la intervención urgente del juez de tutela” (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia **T-888/08**, 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), como ocurre con la violación del derecho al acceso al agua potable y al saneamiento básico.

Sin embargo, la protección jurisdiccional del acceso a tales servicios para promover la implementación de una política pública de interés colectivo está a

cargo de la jurisdicción ordinaria (cuando no está individualizado el interés), cuya instancia de cierre en Colombia es el Consejo de Estado. La jurisprudencia de esa corte incorpora los parámetros definidos por la Corte Constitucional para conformar el derecho fundamental al agua y los aplica a los deberes del Estado en lo que se refiere a la obligación de implementar servicios públicos esenciales que posibiliten el goce efectivo del derecho por una colectividad.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, decide sobre el tema desde el punto de vista del derecho individual, mediante la apreciación de recursos relativos a acciones de tutela, de modo que su jurisprudencia, en esos casos, puede ser revisada por la Corte Constitucional. En ese sentido, como la decisión de la Corte Constitucional prevalece en los temas que pueden ser objeto de acción de tutela, es irrelevante, para esta investigación, mencionar decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre el derecho fundamental al agua como derecho subjetivo y fundamental desde el punto de vista individual, diferente a lo que ocurre con el derecho al agua en la perspectiva colectiva, como se verá con relación a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

El derecho al agua como derecho fundamental individual ya fue analizado en el apartado anterior. Ahora, es importante resaltar los aspectos de tal derecho que vinculan su protección con el medio ambiente sano y con el derecho colectivo al acceso al agua potable, a fin de comprender cómo se conecta este derecho con los avances de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que reconoce que la universalización del acceso al agua potable y al alcantarillado como servicios públicos esenciales es una obligación del Estado, y que la responsabilidad de su implementación es de los municipios. Tal perspectiva dialoga con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la incorporó en decisiones recientes, como la sentencia **T-223 de 2018** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), que reconoce **la obligación del Estado de proteger el derecho en caso de deficiencia de los servicios existentes, aunque sean suministrados por entes privados.**

En seguida se analizarán dos decisiones de la Corte Constitucional que reiteran y consolidan la jurisprudencia, y que explican la conexión del derecho al agua con el derecho al medio ambiente sano y con el derecho colectivo al acceso al servicio de agua potable: las sentencias **T-724 de 2011** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla) y **T-223 de 2018** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

La sentencia **T-724 de 2011** reitera la jurisprudencia sobre la materia y consolida conceptos acerca de los límites entre los derechos protegibles por medio de la **acción de tutela** y de la **acción popular**, en el ámbito de la protección del derecho al agua. Además, hace explícito el contenido del derecho a un medio ambiente sano y su conexión con el derecho al agua, en la perspectiva del **derecho subjetivo a los servicios públicos esenciales de agua y alcantarillado**.

El criterio que define la posibilidad de ejercer la acción de tutela en la protección del derecho subjetivo al agua potable está señalado por la jurisprudencia, y se aplica **“en la medida en que la afectación general también conlleve conculcaciones fundamentales individualizables”** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-724/11, 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla), de modo que es necesario cumplir con los siguientes requisitos, para que se conceda la tutela:

1. Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.
  2. El peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva.
  3. La vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas, sino que deben aparecer expresamente probadas.
  4. La orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza”.
- (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-724/11, 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

En lo que se refiere a la interpretación de lo que se puede entender como “derecho al medio ambiente sano”, la decisión compila extractos de decisiones anteriores de la corte y de parámetros normativos internacionales utilizados como estándares de interpretación del derecho, destacando que:

1. A partir de los parámetros establecidos en los artículos 8, 79, 80 y 95.8 de la Constitución colombiana, entre otras normas superiores, se determina que:

(...) todos los habitantes del territorio colombiano deben gozar un ambiente sano, al igual que se estipula la obligación de velar por su “conservación” y “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados”.

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-724/11, 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

2. Reitera el entendimiento de la sentencia **C-671 de 2001** (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-671/01, 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería), que declaró que:

[I]a defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado ‘**Constitución ecológica**’, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección.

(Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-671/01, 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería) (negritas fuera de texto).

3. También reitera el entendimiento previsto en la misma sentencia (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-671/01, 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería), sobre la relación entre el derecho a un ambiente sano y los derechos a la vida y la salud, en el siguiente sentido:

El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá

que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental.

(Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-671/01, 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería)

4. Incorpora el concepto amplio de salud previsto en la Observación General n.º 14 del CDESC (2000), que fue declarado estándar jurisprudencial para ser tenido en cuenta en la protección al derecho, en la sentencia **T-760 de 2007** (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández):

[...] la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al “más alto nivel posible de salud física y mental” no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la **alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.**

(Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-760/07, 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

5. Finalmente, la sentencia **T-724 de 2011** menciona que el disfrute del medio ambiente sano debe tener en cuenta el compromiso con el desarrollo sostenible y con las generaciones futuras, destacando el concepto de la Comisión Mundial del Medio Ambiente de la ONU que indica que el desarrollo sostenible es lo que “satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades” (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-724/11, 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

Por eso, la decisión destaca que “la protección del entorno natural es una indeclinable obligación general de la humanidad de hoy, para preservar inalienables derechos de las generaciones futuras, estando en juego nada

menos que la prolongación de la vida en el planeta Tierra” (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-724/11, 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

A partir de las premisas indicadas, la decisión tuteló el derecho al **saneamiento básico** de los actores (reparos relativos al afloramiento de aguas negras, con labores periódicas de mantenimiento, sondeo y limpieza). Los mismos fundamentos se pueden utilizar para tutelar el derecho al acceso a los mismos servicios, en los lugares donde no existan o sean insuficientes, cuantitativa o cualitativamente.

En lo que se refiere a la obligación de proporcionar tal servicio, la jurisprudencia se consolida en el sentido de que **le corresponde al Estado**, por medio del municipio donde reside el interesado.

En ese sentido, la sentencia **T-223 de 2018** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) agregó otros elementos relativos a la naturaleza del derecho al agua y a la responsabilidad de su protección, y ratificó que el acceso al servicio de agua potable y alcantarillado es un **derecho colectivo** que debe ser implementado por una **política pública** y es exigible por acción popular, pero, también, es un **derecho fundamental** que puede ser exigido por acción de tutela, para beneficiar a un sujeto concreto.

La decisión declaró que:

[E]s posible extraer dos reglas generales de procedencia. En principio, el agua como servicio público debe ser reclamada a través de la acción popular, y el agua como derecho fundamental, asociada al consumo mínimo humano, puede solicitarse a través de la tutela.

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-223/18, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

También declaró que **el agua es un servicio público esencial**, aclaró su alcance y naturaleza y reafirmó la **obligación del Estado** de suministrar el servicio, que no desaparece cuando en la localidad existen acueductos

comunitarios que no son aptos para suministrar agua potable en condiciones satisfactorias.

Así, en lo que se refiere a la naturaleza y alcance del derecho, la decisión señaló que:

Al ser el agua una necesidad básica y un elemento indispensable para la existencia del ser humano, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que este derecho fundamental, tiene un carácter: (i) universal, por cuanto todos y cada uno de los hombres y mujeres, sin discriminación alguna, requieren de este recurso para su subsistencia; (ii) inalterable, ya que en ningún momento puede reducirse o modificarse más allá de los topes biológicos; y (iii) objetiva, puesto que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o de subsistencia, sino que se instituye como una condición ineludible de subsistencia para cada una de las personas que integran el conglomerado social.

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-223/18, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

La sentencia concluye que el Estado tiene la obligación de proveer el suministro de agua potable, y que cuando no hay infraestructura para prestar el servicio de acueducto, debe propiciar una solución alternativa, observando los requisitos mínimos previstos en la disposición normativa aplicable, conforme al Decreto 1898 de 2016:

Al Estado le corresponde el deber de garantizar la provisión del servicio de agua, en principio, a través del municipio, quien debe asegurarse de la prestación efectiva del servicio de acueducto, y cuando no hubiere la infraestructura necesaria para ello, ofrecer soluciones alternativas de mediano y largo plazo que garanticen el acceso al recurso hídrico para consumo humano.

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-223/18, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

**La existencia de un acueducto comunitario, por tanto, no exime al Estado de su obligación** (que también es reconocida por el Consejo de Estado), de modo que así se entiende el papel de los acueductos comunitarios en la prestación del servicio:

Los acueductos comunitarios son organizaciones para proveer a la comunidad local de la necesidad básica del agua, en muchos casos, ante la ausencia de



dispositivos estatales adecuados para asegurar la prestación del servicio o ante la indiferencia de actores privados para desplegar su actividad económica en la zona. Estas formas organizativas reflejan, en muchos casos, la construcción de institucionalidad local, a través de la participación directa de los habitantes de una región ante un **estado de necesidad**.

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-223/18, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

La decisión mencionada (sentencia **T-223 de 2018**) le ordenó a la Alcaldía de Tena (Cundinamarca) que “suministre en forma continua el agua potable a la accionante y su núcleo familiar [...] por el medio que considere más idóneo, de modo a garantizar el consumo diario que les permita vivir digna y sanamente hasta que se brinde una solución definitiva al problema de provisión constante y de calidad del recurso hídrico [...]. En todo caso, la cantidad de agua a proveer no podrá ser inferior a los 50 litros de agua por persona diarios” (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-223/18, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Por otro lado, la decisión reconoce que la alcaldía puede “**elegir la alternativa que mejor considere para la provisión del recurso**”, inclusive autorizando que se haga por medio de “asociaciones de usuarios que lo prestan en las zonas rurales de ese municipio”. En todo caso, advierte que el ente municipal debe “**garantizar la satisfacción de los componentes de disponibilidad, calidad y accesibilidad al recurso hídrico**”, y reitera el contenido jurídico mínimo del derecho, para su protección sustantiva (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-223/18, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Al tomar la decisión, la Corte Constitucional reconoció que la competencia para prestar el servicio público es del municipio, amparándose en la jurisprudencia del Consejo de Estado:

Ante la ausencia de un servicio público, se podría sostener, a partir de una lectura sistemática de la Carta y de las leyes, que el municipio es el principal llamado a la protección del derecho fundamental al agua. Lo anterior, de conformidad con el artículo 366 de la Carta que establece que es finalidad del Estado garantizar las necesidades insatisfechas de la población, en específico

las relacionadas con agua potable; y con el artículo 311 Superior que indica que el municipio debe prestar los servicios públicos que determine la ley, que es la forma más adecuada de proteger el derecho fundamental al agua. Y finalmente, porque, el párrafo del artículo 28 de la Ley 1454 de 2011 establece que las competencias no atribuidas a otras entidades territoriales están en cabeza del municipio.

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-223/18, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

La decisión del Consejo de Estado en la cual se fundamentó la Corte Constitucional fue adoptada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el 30 de marzo de 2006, con ponencia del consejero Camilo Arciniegas Andrade<sup>239</sup>. Según la corte, esa decisión afirma que:

El hecho de que la comunidad no tenga servicio de agua potable o alcantarillado, o lo tenga pero no funcionando adecuadamente, se constituye en un factor de riesgo grande para la salud de la comunidad expuesta a dicha situación (...). No puede ignorarse el categórico mandato del artículo 366 de la Constitución Política ni tampoco pasarse por alto que para darle debido desarrollo se expidió la Ley 60 de 1993, derogada por la Ley 715 de 2001, que radica en los municipios responsabilidades concretas, entre otras, en materia de agua potable y saneamiento ambiental (...).

De lo cual se establece más claramente que será la municipalidad colombiana la llamada a garantizar la prestación del servicio. Más aún, ha mantenido el tribunal de cierre que, cuando el servicio sea prestado por una empresa cualquiera que sea su naturaleza, esto no exime al municipio de responsabilidad y, por ende, deberá destinar dineros en el sector de agua potable y saneamiento básico a fin de garantizar la efectiva y eficiente prestación.

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-223/18, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Los casos anteriores revelan que el modo en que actúan ambos tribunales impulsa la constitución del derecho como **política pública**, pues declara los parámetros para su satisfacción y la responsabilidad de implementarlo, dejando a la autoridad competente la decisión acerca de la forma de implementación, siempre y cuando se cumplan los requisitos mínimos exigidos para su satisfacción (contenido normativo del derecho desde el punto de vista sustantivo).

---

<sup>239</sup> La referencia se encuentra en la nota al pie de página 62 de la decisión Corte Constitucional.

Ambas cortes, por tanto, contribuyen a que los niveles de efectividad del derecho al agua se materialicen en el país como **política pública esencial y coordinada**.

La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad que tiene el Estado de implementar, por medio de los municipios, las políticas públicas de acceso al agua potable es pacífica. Esa postura fue confirmada, por ejemplo, en la decisión proferida en el proceso de acción popular adelantado en contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; la Gobernación de Cundinamarca; la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR) y los municipios de Apulo, Tocaima y Viotá (Cundinamarca) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 2011-00425. Ref. Expediente n.º AP 2013-00361-01, 2015, C.P. María Claudia Rojas Lasso).

Tal decisión, además de confirmar que “la prestación del servicio de acueducto es responsabilidad directa de los municipios”, declaró que es responsabilidad del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio:

[P]restar asistencia técnica a las entidades territoriales y a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, diseñar y promover programas especiales de agua potable y saneamiento básico para el sector rural y cumplir con las demás funciones que le asignen la Constitución y la Ley.  
(Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 2011-00425. Ref. Expediente n.º AP 2013-00361-01, 2015, C.P. María Claudia Rojas Lasso).

A pesar de reconocer que el ministerio había actuado en el caso concreto, lo instó a seguir colaborando con los entes municipales con “apoyo de tipo técnico y administrativo en la implementación de un sistema de acueducto adecuado, para la prestación del servicio en las veredas demandantes”. Además, advirtió que **la implementación del derecho debe ser objeto de cooperación entre los entes estatales**, para tornarlo efectivo:

La Sala advierte que ante la necesidad de asegurar la prestación de los servicios públicos por parte de los municipios, de manera subsidiaria o

concurrente y ante la escasez o insuficiencia de recursos económicos y técnicos, estos pueden acudir a los estamentos departamentales y nacionales para recibir cofinanciación y apoyo.

(Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 2011-00425. Ref. Expediente n.º AP 2013-00361-01, 2015, C.P. María Claudia Rojas Lasso).

La decisión confirmó la **responsabilidad de los entes municipales demandados** y, entre otras medidas, determinó:

**CUARTO.-** En consecuencia, **ORDÉNASE** a los Municipios de Viotá, Tocaima y Apulo, y, al Departamento de Cundinamarca que dentro del término de un (1) año **adopten todas las medidas necesarias tendientes a garantizar un suministro de agua continuo, eficiente y oportuno, en condiciones de potabilidad, a los habitantes de las veredas La Ceiba, La Horqueta, del Municipio de Apulo y San Carlos del Municipio de Tocaima.**

**ADICIÓNASE** la sentencia apelada con los siguientes numerales: **4.1.) ORDÉNASE** a los municipios de Apulo, Tocaima y Viotá, celebrar convenio interadministrativo con el fin de que, los municipios de Apulo y Tocaima, comprometan rubros presupuestales de emergencia, para que el municipio de Viotá pueda adecuar el sistema de acueducto ya implementado y continúe con la prestación eficiente y oportuna del suministro de agua potable.

**4.2.) ORDÉNASE** al municipio de Viotá, que de manera obligatoria, **mientras se ejecutan e implementan las obras de infraestructura e implementación, continúe con la prestación del servicio de acueducto mediante el abastecimiento continuo de agua potable en condiciones que supongan un nivel de riesgo bajo para la población de las veredas La Ceiba, La Horqueta y S.C., como solución provisional al suministro de agua de las veredas; y efectúe inmediatamente, junto con las Alcaldías de Apulo y Tocaima, campañas de educación sanitaria que instruya a los habitantes de las veredas, sobre las precauciones que deben observar al momento de consumir el agua suministrada.** **4.3.) INSTASE** al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, preste apoyo de tipo técnico y administrativo a los municipios de Apulo, Tocaima y Viotá, en la implementación de un sistema de acueducto adecuado para la prestación del servicio en las veredas La Ceiba, La Horqueta y S.C..

**TERCERO.- CONFÍRMASE** en lo demás la sentencia apelada.

**CUARTO- REMÍTASE** copia del presente fallo con destino a la Defensoría del Pueblo, para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

Se nota que las ramas de la justicia en Colombia tratan el tema del **derecho al agua potable** como una **política pública prioritaria**, como lo determina la Constitución, lo que termina por impulsar el desarrollo de las medidas administrativas que hacen realidad la implementación del servicio.

La implementación de un derecho económico y social, por tanto, solamente es efectiva cuando este se torna realmente en una **política permanente de Estado**. En América Latina, el papel que el poder Judicial cumple en ello es fundamental, siempre y cuando la deliberación judicial ayude a **superar las omisiones y los obstáculos institucionales** para la constitución del derecho y esto **refuerce la institucionalidad**, a partir de la competencia de los diversos órganos y de la observancia de estándares normativos aplicados en la perspectiva multinivel, a fin de dar coherencia e integridad a los parámetros de protección y orientar, con enfoque en el derecho, la ejecución de las políticas.

La decisión del Consejo de Estado es paradigmática para impulsar la **superación de la brecha** en el acceso al derecho en las zonas donde el Estado no presta el servicio o no lo presta adecuadamente.

En Brasil, la falta de tratamiento del tema como derecho fundamental esencial por parte del poder Judicial pudo haber sido uno de los factores que impidieron superar las trabas institucionales de perpetuación de la desigualdad social y regional en ese campo. Tal reconocimiento formal puede no ser suficiente para promover la efectividad del derecho en el país, ante la cultura de incumplimiento de los derechos fundamentales en general. El cambio de cultura jurídica, en el sentido de incorporar el Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y sus parámetros normativos en las razones para decidir y ejecutar las políticas de Estado, puede contribuir a **mejorar la cultura de planificación** y el **diseño de políticas sociales**, lo que es **fundamental para implementar derechos con características prestacionales**, como se verá.

Sobre la configuración del derecho desde el punto de vista colectivo, se han propuesto acciones judiciales en el país, con el fin de proteger a los cursos de agua de la contaminación por desagües no tratados y promover la desocupación de áreas del entorno de las zonas de recarga hídrica. Ese tipo de acción tardó en ser admitida por el poder Judicial, que hasta los años noventa entendió que el Ministerio Público, encargado de velar por los intereses

colectivos y difusos, no tenía legitimación para exigir el cumplimiento de políticas públicas al Estado, con base en una idea liberal de separación de poderes. En 2010, una decisión del STF superó esa jurisprudencia.

En síntesis, en lo que se refiere a la competencia del Ministerio Público para promover acciones de interés colectivo, el STF decide de la siguiente manera:

ACCIÓN CIVIL PÚBLICA – MEDIO AMBIENTE – ALCANTARILLADO – LANZAMIENTO EN RÍO – VIABILIDAD. Se muestra conforme con el orden jurídico que el Ministerio Público proponga una acción civil pública que busque el tratamiento de las aguas residuales que se arrojan a un río. En ese caso, no es apropiado considerar la imposibilidad jurídica de la solicitud y la extinción del proceso sin examen de mérito.

(Supremo Tribunal Federal, Sala Primera, RE 254764/SP, 2010, M.P. Marco Aurélio)<sup>240</sup>.

El STF incluso tiene jurisprudencia que excluye ciertas áreas ambientales protegidas del ejercicio de actividades económicas y que protege el derecho de las generaciones futuras a un medio ambiente sano, así como las tierras de las poblaciones tradicionales. Sin embargo, como en otras áreas del derecho, la tutela es fragmentada y no propicia la constitución del derecho al medio ambiente sano de modo efectivo. En Colombia, el esfuerzo de **coherencia e integridad** permite la **progresividad** de la tutela jurisdiccional o, al menos, una mayor dificultad en su retroceso, por los precedentes de distintos tribunales superiores, que no tienen jerarquías entre sí. Esto también es un factor de equilibrio de poderes y de protección de los derechos ciudadanos y de la propia independencia del poder Judicial, por la existencia de límites revisionales en la competencia de la Corte Constitucional.

---

<sup>240</sup> Traducción libre de la autora de “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – ESGOTO – LANÇAMENTO EM RIO – VIABILIDADE. Mostra-se consentâneo com a ordem jurídica vir o Ministério Público a ajuizar ação civil pública visando ao tratamento de esgoto a ser jogado em rio. Nesse caso, não cabe cogitar da impossibilidade jurídica do pedido e da extinção do processo sem exame do mérito”.

#### **4.3.2. El derecho al medio ambiente sano y protegido, la protección a las futuras generaciones, las poblaciones tradicionales y las fuentes de agua. El papel complementario de la jurisprudencia constitucional y de la jurisdicción ordinaria en la tutela ambiental del agua**

En lo que se refiere a la relación entre el derecho al agua y el derecho al medio ambiente sano y protegido para las futuras generaciones, hay plena equivalencia entre las disposiciones normativas de Brasil y Colombia y entre estas y la normativa internacional aplicable, como ya se analizó. Esto se da, inclusive, con relación a las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conforme a la Opinión Consultiva OC-23/17 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal pleno. Opinión Consultiva OC-23/17, 2017), que declara que **el derecho al medio ambiente sano y protegido es un derecho fundamental** y que **en él está incluido el derecho al agua**, que es esencial para la preservación de la salud y de la vida digna de las personas.

La relación esencial entre agua y medio ambiente también está presente en la cultura de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales, reflejada en las constituciones y normas legales de países andinos, como Ecuador y Bolivia, así como en la cultura de los pueblos indígenas de Brasil y Colombia. Por tanto, en los ordenamientos jurídicos brasileño y colombiano, los comandos normativos que protegen a los pueblos indígenas y su modo de vida y que reconocen las costumbres y normas del **derecho indígena** son **fuentes de derecho en diálogo con el orden jurídico estatal interno y el orden internacional** incorporado al derecho interno.

Además, la idea de la existencia de un **Estado constitucional social y ecológico**, o Estado “socioambiental”, en las constituciones de Brasil y Colombia encuentra en el derecho al agua el máximo potencial de su fuerza normativa, tanto por el doble carácter del derecho al agua (derecho fundamental social y ambiental), como por la necesidad de proteger el medio ambiente para garantizar la existencia de agua en calidad y cantidad suficientes para el consumo humano

y de los seres vivos y para mantener el equilibrio de los ciclos hidrológicos, que, a su vez, son esenciales para el equilibrio y la regeneración de los ecosistemas. Por tanto, la **protección del agua y el medio ambiente** como derechos fundamentales esenciales exige una **tutela conjunta e inseparable**, para la eficacia recíproca de ambos derechos.

Como advierte Sarlet (2010, p. 16), tal idea apunta a la “necesaria convergencia de las ‘agendas’ social y ambiental en un mismo proyecto jurídico-político para el desarrollo humano”, que es, como se ha dicho, el proyecto político adoptado por las constituciones de Brasil y Colombia. Eso significa que debe haber:

[...] la convergencia necesaria de la tutela de los derechos sociales y de los derechos ambientales en un mismo proyecto jurídico-político para el desarrollo humano en patrones sostenibles, inclusive por la perspectiva de una noción ampliada e integrada de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).  
(Sarlet, 2010, p. 13).

En los casos de Brasil y Colombia, además, no solo los sistemas normativos son equivalentes, sino también los problemas que afectan a las personas y al medio ambiente son estructuralmente idénticos, por la sumisión de ambos países a las mismas contingencias geopolíticas, como consta en el listado ejemplificativo de problemas jurídicos y demandas judiciales comunes incluido al comienzo de la segunda parte de la investigación. Hay, por tanto, **compatibilidad entre los sistemas jurídicos mencionados en sus aspectos “conceptual” y “funcional”** (Bernal Pulido, 2015b), desde el punto de vista del **derecho individual y colectivo al agua**, lo que minimiza el riesgo de trasplantes jurídicos inadecuados entre Colombia y Brasil, salvo por la cultura jurídica de Brasil, sobre la cual hay que concentrarse la atención relativa a la aplicación del derecho en discusión.

Sobre el retraso de la jurisprudencia brasileña, varios autores critican la poca efectividad del derecho al agua y de la justicia en materia hídrica. Muchos relacionan tal fenómeno con la **abundancia hídrica** en Brasil, lo que podría



explicar la falta de atención adecuada al tema por parte del legislador o de los jueces, como afirma Herman Benjamin (2018, p. 10.212)<sup>241</sup>. Pero la cuestión es más compleja, pues la distribución de agua es desigual en diferentes regiones del país, y la escasez es un fenómeno persistente desde hace mucho tiempo en muchas zonas semiáridas, lo que indica que la abundancia hídrica no es una realidad en todo el país.

Por otro lado, el problema de la escasez hídrica también comienza a ser percibido como una cuestión grave en la región más poblada y económicamente influyente del país (la región sudeste), como también lo reconoce Benjamin (2018). No obstante, el problema del acceso al agua todavía no recibe la atención adecuada por parte de las autoridades públicas y del propio poder Judicial.

Se está de acuerdo con el autor (Benjamin, 2018) en la urgencia de cambiar la cultura sobre la comprensión de los riesgos y problemas vinculados a la contaminación del agua, a su “escasez” y a los cambios climáticos o crisis ambientales, así como en la necesidad de crear soluciones institucionales que superen las limitaciones de diseño del sistema de justicia para tratar el tema del agua (arreglos institucionales compatibles con la integración de las jurisdicciones en torno a las cuencas de los ríos, por ejemplo), lo que solo depende de una decisión política en el ámbito de la administración de los tribunales.

Entre los temas pendientes de solución en ese campo, un problema que Brasil y Colombia deben enfrentar de manera urgente, y que afecta el derecho individual y colectivo al agua, es la **contaminación de las fuentes de agua** y la **obligación de tratar los desechos industriales y domésticos**, como parte integrante del saneamiento básico. Este aspecto no se tutela necesariamente cuando el objeto de la medida judicial pretendida es el acceso al servicio de alcantarillado, pues los residuos recolectados pueden seguir siendo vertidos sin

---

<sup>241</sup> “In this context, the paucity or absence of judicial precedents in a particular jurisdiction can serve as a barometer capable of roughly indicating that water is not a legal issue at all, that laws and regulations do not address the question adequately or, equally serious, that the doors of the judiciary are closed or difficult to access for such claims”, Herman Benjamin (2018, p. 10.212).

tratamiento en la naturaleza (y efectivamente es así para más de la mitad de los usuarios, tanto en Brasil como en Colombia).

Tal cuestión se comienza a enfrentar de modo estructural en Colombia, con el reconocimiento del **derecho de varios ríos del país a no ser contaminados**, lo que obliga al Estado a implementar políticas públicas que promuevan la **protección, conservación, mantenimiento y/o restauración** de tales cursos, integrados a sus cuencas, como ya se analizó. En ese sentido, en Colombia, la descontaminación de los ríos o su conservación parece recibir una mejor atención jurisprudencial, y el reconocimiento de los ríos como sujetos de derecho puede ayudar a revertir la práctica de tratarlos (a algunos de ellos<sup>242</sup>) como cloacas, aspecto que debe ser superado, ante el progresivo deterioro del agua, lo que afecta directamente el derecho al agua en sus componentes de calidad y disponibilidad.

En su mayoría, las leyes ambientales existentes en Brasil y Colombia todavía son de buena calidad, a pesar de la actual presión económica por la desregulación ambiental. Además, estas deben ser complementadas por los principios de protección ambiental previstos en la Constitución, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el constitucionalismo pluralista, lo que no se hace con la misma integración y coherencia en Brasil, por el mismo motivo que impide la aplicación de las normas de derechos humanos en otros campos: la arraigada cultura autoritaria y excluyente del país, sumada a la cultura de incumplimiento de las normas, especialmente en el campo ambiental, por parte de los grupos políticos o económicos hegemónicos, que no aceptan someterse al imperio de la ley o a la intervención del Estado en la regulación de temas que pueden afectar sus intereses económicos de modo directo o indirecto.

La solución para la cuestión pasa, por un lado, por mejorar la formación de los jueces y los miembros del sistema de justicia, a fin de superar la cultura refractaria a la efectivación de los derechos humanos (en especial, a los

---

<sup>242</sup> Es el caso de los ríos de “clase 04”, en Brasil.

DESCA). Por otro lado, pasa por fortalecer la democracia, la cultura de la legalidad y la lucha contra la pobreza y la desigualdad, a fin de generar un círculo virtuoso de protección que rompa los bloqueos institucionales y promueva la protección ciudadana, ante los intereses del mercado contrarios a la aplicación de los derechos fundamentales, incluidos los derechos al agua y al medio ambiente sano.

Hay, además, discusiones y tensiones semejantes sobre ambos derechos en Brasil y Colombia, pues, a pesar del aumento de los **riesgos de colapso ambiental**, parece avanzar la tendencia a oponer su protección a la idea de violación de la “**libertad económica**”. Eso se da por medio de la fragilización de uno de los pilares más importantes de los sistemas nacional e internacional de protección ambiental: la **democracia ambiental**, donde están incluidas las normas de protección del acceso a la información y a la justicia y aquellas que protegen la participación de comunidades afectadas por las decisiones que pueden impactar al medio ambiente en procesos de consulta previa y participación popular, lo que se analizará en seguida, también de modo comparativo.

Por tanto, la cuestión, en este campo, no pasa por el debate teórico (insistente en Brasil) sobre si cabe o no el “activismo” judicial en la justicia hídrica, pues la ley ambiental (y la Constitución ecológica) son “activistas” (Benjamin, 2018, p. 10.217), “pro naturaleza”, “pro agua” y “pro democracia”. Pasa, en cambio, por la necesidad de que el poder Judicial ejerza adecuadamente su papel de aplicar las normas ambientales, fortalecerlas y no permitir el retroceso ideológico ante las presiones destituyentes y flexibilizadoras impuestas por la lógica mercantilista en la política y en la economía.

La omisión del poder Judicial puede significar, por tanto, la muerte de personas y ecosistemas. En ese sentido, para atender a la aplicación adecuada de los sistemas de protección ambiental vigentes en Brasil y Colombia, no es posible tener “deferencia” con políticas que perjudiquen el agua ni “indiferencia

judicial” (Benjamin, 2018, p. 10217) con el problema ambiental, cuando lo que exige la ley es una actuación activa de los agentes públicos.

No obstante, en Brasil, injustificadamente, la jurisprudencia constitucional en materia del derecho al agua sigue siendo escasa, y los casos recurrentes que se tramitan ante el STJ indican que la protección judicial es más efectiva cuando no hay intereses hegemónicos directamente en disputa, como pasa con la desocupación de áreas de manantiales cuando los ocupantes son personas físicas sin gran poder económico o cuando las órdenes de realización de obras de alcantarillado, tratamiento de desechos y prohibición de contaminar los ríos están dirigidas al poder público.

En ese sentido, se pueden encontrar decisiones importantes sobre el retiro de viviendas de áreas de protección ambiental permanente, como el recurso especial n.º 1.341.090 - SP (Superior Tribunal de Justicia, Sala Primera. recurso especial n.º 1.341.090 - SP - 2012/0152849-0, 2017, M.P. Sérgio Kukina); sobre la restitución de tierras de las franjas de protección ambiental, como el recurso especial n.º 1.184.624 - SP (Superior Tribunal de Justicia, Sala Segunda. Recurso Especial n.º 1.184.624 - SP - 2010/0044498-5, 2010, M.P. Herman Benjamin), en el que se decidió excluir de un proceso de usucapión a un área situada en la franja de reserva de dominio público ubicada cerca de un río, o el recurso especial n.º 1.376.199 - SP (Superior Tribunal de Justicia, Sala Segunda. Recurso Especial n.º 1.376.199 - SP - 2011/0308737-6, 2016, M.P. Herman Benjamin), que reconoció la prioridad del abastecimiento público en la protección al agua (Ley 9.433 de 1997) y prohibió la construcción en áreas de manantiales (embalse Guarapiranga, en São Paulo). Esta decisión también declaró que la omisión del Estado en la fiscalización del área solo generó, apenas, el deber de indemnizar, y no la consumación de derechos obtenidos de forma ilegal.

Con base en casos similares, la jurisprudencia del STJ se consolidó, en el sentido de que **“no se admite la aplicación de la teoría del hecho consumado**

**en tema de Derecho Ambiental”** (Súmula 613), lo que también es pacífico en la jurisprudencia del STF, conforme la decisión de apelación regimental proferida en el recurso extraordinario RE 609748 AgR/RJ (Supremo Tribunal Federal, Sala Primera. RE 609.748-RJ AgR, 2011, M.P. Luiz Fux).

A pesar de declarar que esta materia es infraconstitucional, como ocurrió con las materias relativas al acceso a los servicios de suministro de agua, la Sala Primera del STF afirmó que:

La teoría del hecho consumado no puede ser invocada para conceder un derecho inexistente bajo el alegato de la consolidación de una situación fáctica por el decurso de tiempo. Ese es el entendimiento consolidado por ambas salas de esta Suprema Corte. Precedentes: RE 275.159 (M.P. Ellen Gracie), Sala Segunda, DJ 11.10.2001; RMS 23.593-DF (M.P. Moreira Alves), Sala Primera, DJ de 02/02/01; y RMS 23.544-AgR (M.P. Celso de Mello), Sala Segunda, DJ 21.6.2002. (Supremo Tribunal Federal, Sala Primera. RE 609.748-RJ AgR, 2011).

El mismo tribunal ha proferido muchas decisiones en materia ambiental en las que también reconoce el vínculo entre medio ambiente, salud y protección a las futuras generaciones, por ejemplo, la decisión ADPF 101-DF, que prohíbe la importación de neumáticos usados (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. Sentencia ADPF 101-DF, 2009, M.P. Cármen Lúcia), pero no tiene una jurisprudencia amplia sobre el agua en la perspectiva de prevención de daños por actividades económicas o sobre el deber del Estado de promover políticas públicas de saneamiento básico.

Es probable que el tema gane relevancia próximamente en la esfera de la reparación civil, penal y ambiental ante el STJ, porque existen diversos casos de rupturas de represas de desechos de minería<sup>243</sup> con múltiples afectados, que están pendientes de solución.

---

<sup>243</sup> Solo en el Estado de Minas Gerais ocurrió la ruptura de ocho represas de minería, desde 1986. Las últimas siete ocurrieron a partir de 2001: Itabirito-MG, 1986; Nova Lima-MG, 2001; Cataguases-MG, 2003; Miraf-MG, 2007; Itabirito-MG, 2014; Mariana-MG, 2015 (dos represas) y Brumadinho-MG, 2019.

En Colombia, las decisiones avanzaron mucho más en los aspectos sustanciales y procedimentales, que serán comparados a partir de casos emblemáticos y funcionalmente equivalentes para ambos países.

#### **4.3.3. Agua y medio ambiente sano: el agua y el sistema forestal (plantando agua), comunidades tradicionales y tierras protegidas, nuevos sujetos de derecho y la tutela estructural ambiental. El derecho al agua en casos ambientales relevantes de Brasil y Colombia**

Considerando que en Colombia hay un acceso más democrático a la justicia, tanto mediante las acciones de tutela, que tienen un trámite preferencial, como por medio de las acciones populares y de control concentrado de constitucionalidad, los temas de la agenda ciudadana llegan mucho más rápido a las cortes superiores en ese país que lo que pasa en Brasil. Por ello, sus cortes son pioneras en la decisión de muchos temas relevantes de la discusión contemporánea en derechos humanos. Eso incluye los temas de la **agenda ambiental**, campo en el cual, además, la práctica deliberativa de la Corte Constitucional es muy relevante para la sistematización de su modelo deliberativo, pues todos los recursos útiles para el diseño de un modelo de deliberación dialógico y multinivel de protección a un derecho fundamental están presentes en sus decisiones sobre esa temática, en especial, en las relacionadas con la protección del derecho al agua.

Por otro lado, considerando que Brasil y Colombia tienen modelos económicos que dependen fuertemente de la exportación de *comodities*, es común encontrar temas ambientales equivalentes entrelazados con la **agenda económica**, que generan controversias constitucionales también equivalentes, como en los casos que se mencionarán en seguida, representativos de la jurisprudencia y de la práctica deliberativa de los tribunales superiores de ambos países.

En los casos ambientales, también es relevante examinar cómo tratan las cortes las **intervenciones de terceros y cómo deliberan en los temas de interés técnico, policéntrico y estructural**. Estos asuntos se examinarán en seguida, destacando los aspectos relevantes para concretar (o no) los derechos examinados, esto es, para constituir (o destituir) derechos.

#### **A. El STF y las ADI 4901, 4902, 4903 y 4937; la Corte Constitucional colombiana y la sentencia C-035 de 2016. Plantando agua (la tutela del agua y del sistema forestal)**

Dos normas ambientales que fueron impugnadas por vía de control concentrado de constitucionalidad ante la Corte Constitucional de Colombia y ante el STF de Brasil son fundamentales para entender cómo los intereses económicos avanzan sobre las áreas de protección permanente de ambos países, que son esenciales para la protección del agua, y sirven para ilustrar cómo las dos cortes lidiaron con el tema. Las consecuencias ambientales de las decisiones respectivas ya se pueden sentir: Brasil plantó más escasez y, probablemente, más desastres ambientales; en cambio, Colombia plantó más agua.

En el caso de Brasil, la controversia representativa del problema se refiere a la Ley 12.651 de 2012, popularmente conocida como “Nuevo Código Forestal Brasileño” o “Ley del Agua”, que fue objeto de cuatro acciones de declaración de inconstitucionalidad de la mayoría de sus dispositivos (ADI 4901, 4902 y 4903, de autoría de la Procuraduría General de la República, propuestas en enero de 2013, y ADI 4937, de autoría del Partido Socialismo y Libertad - PSOL, propuesta en abril de 2013). Además, se presentó una acción de declaración de constitucionalidad, que pretendía la exequibilidad integral de la ley (ADC 42, de autoría del Partido Progresista - PP). En los autos de esta última acción, se acumularon casi todos los expedientes, para proferir una decisión conjunta (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. ADC 42/DF. Procesos reunidos: ADI 4902, ADI 4903, ADI 4937, 2018, M.P. Luiz Fux).

La ADI 4901 cuestionó, específicamente, los dispositivos vinculados al régimen de protección de las áreas de preservación permanente y de las reservas legales. La ADI 4902 cuestionó las reglas de recuperación de áreas deforestadas, especialmente, la amnistía a multas y las medidas que desestimulaban la recomposición de la vegetación original. La ADI 4903 cuestionó la reducción del área de reserva legal prevista en la nueva ley. Y la ADI 4937 cuestionó, principalmente, la cuota de reserva ambiental y la servidumbre ambiental. En total, fueron impugnados más de 20 dispositivos de la nueva ley.

En cuanto a la repercusión política de esas acciones, el proceso de participación popular fue intenso en Brasil. Inicialmente, para evitar la aprobación de la ley, que era considerada regresiva con relación al código forestal anterior. Posteriormente, para evitar su sanción por la presidenta de la República, que apenas vetó algunos de sus artículos. Finalmente, hubo una intensa movilización popular y de la comunidad científica, por medio de la Sociedad Brasileña para el Progreso de la Ciencia (SBPC), para que las acciones de declaración de inconstitucionalidad fueran consideradas procedentes por el STF, ya que la exequibilidad de la ley generaría impactos negativos en la protección del agua y de los ecosistemas de todos los biomas del país.

En este caso, hubo una iniciativa de apertura epistémica del tribunal, que realizó una audiencia pública en la que participaron representantes del Gobierno, de las partes interesadas y de la comunidad científica. Esa audiencia ocurrió cerca de tres años después de la proposición de las demandas y casi dos años antes de su juzgamiento.

En el proceso, intervinieron instituciones ambientalistas, en la condición de *amicus curiae*, que respaldaron la procedencia de las ADI. A favor de la constitucionalidad de la ley se manifestaron instituciones vinculadas al agronegocio, al mercado financiero y a productores privados de energía eléctrica.



Las decisiones proferidas en este caso son un buen ejemplo de cómo el estilo deliberativo del STF puede ser perjudicial para la deliberación racional en casos complejos, especialmente cuando se discuten muchos dispositivos de una misma norma y cuando estos se refieren a temas técnicos, en los que la participación de expertos es fundamental para comprender el problema y fijar los parámetros técnicos interpretativos necesarios para deliberar sobre el contenido normativo del derecho.

Los votos individuales, que tienen poca posibilidad de generar debates, confirmaron la exequibilidad casi integral de la norma, con base en decisiones formadas por mayorías diferentes para cada dispositivo examinado. Esto se dio, además, ignorando un precedente relevante de la corte relativo a la doctrina según la cual en materia ambiental no se aplica la teoría del hecho consumado.

Una de las consecuencias prácticas de la decisión fue consolidar la explotación económica en áreas de reserva legal de propiedades rurales, desde que hubieran sido deforestadas antes de 22 de julio de 2008. Esto fue posible, a pesar de que la deforestación contrariara normas ambientales vigentes en ese entonces y de que la jurisprudencia ambiental predominante afirmara que **no existe un “derecho adquirido a contaminar”**. Si la ley hubiera sido considerada inexecutable, los propietarios de la tierra habrían tenido que regularizar sus propiedades, validando una ley posterior que establecía criterios más rígidos de protección ambiental.

Aunque dicho precedente jurisprudencial (que la teoría del hecho consumado no se aplica en materia ambiental) no se aplicó en ese caso, sigue vigente en el STJ, como se observa en la decisión de apelación regimental correspondiente al **recurso especial n.º 1497346/MS** (Superior Tribunal de Justicia, Sala Segunda. RE n.º 1.497.346 - RJ AgR, 2015, M.P. Mauro Campbell Marques) y en la **“Súmula 613”**. Así mismo, está vigente en el STF, como, por ejemplo, en la reclamación **Rcl 18526 RJ** (Supremo Tribunal Federal, Decisión

Individual. Rcl 18526, 2014, M.P. Carmen Lúcia). Eso significa que, en ese caso, la regla considerada constitucional estableció una excepción y quebró el principio de isonomía, en favor de la categoría económica responsable de los mayores niveles de consumo de agua en el país, que, por tanto, debería tener una responsabilidad equivalente en materia de su conservación.

Se nota que la opinión técnica de los expertos que intervinieron fue ignorada en la argumentación de la decisión. No se discutió suficientemente la **función ambiental (ecosistémica) de los institutos previstos en la ley**, como, por ejemplo, la importancia de que exista un área de reserva legal en la misma propiedad.

Si los especialistas hubieran sido tenidos en cuenta, habría sido posible comprender, entre otras cosas, que la reserva legal sirve para: **(i) auxiliar en los procesos de regeneración ecológica** (que necesitan una porción de vegetación nativa protegida, para permitir la recuperación de la cobertura vegetal); **(ii) conservar la biodiversidad** (especialmente, la conservación de las especies endémicas) y **(iii) proteger la flora y la fauna nativas, inclusive los animales polinizadores, y mantenerlos cerca del lugar donde se desarrollará la producción agrícola**. Se sabe que la supresión de la reserva legal en la misma propiedad causó, desde el punto de vista económico, una pérdida de la productividad agrícola, como lo indica el informe de la Universidad de São Paulo sobre la relación entre la desaparición de insectos polinizadores y la quiebra de la productividad agrícola brasileña en los últimos años.

En parte, el resultado negativo de la sentencia se puede atribuir a la **estructura deliberativa** utilizada en las decisiones de la corte, cuyos votos individuales no son aptos para formar precedentes de naturaleza sustantiva coherentes e integrados sobre temas complejos y que, por tanto, para lograrlo, hay que existir un **esfuerzo institucional específico**. De otra parte, la decisión revela la falta de voluntad política para lograr un resultado distinto, que se podía obtener con un esfuerzo de sistematización similar al realizado en el proceso

**PET 3388RR** (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. PET 3388/RR, 2009, M.P. Ayres Brito), ejemplo que se analizará adelante.

En ese caso concreto, no se consolidó nada acerca de cómo percibe la corte, sustantivamente, la regulación de temas esenciales para la preservación ambiental y la protección de fuentes de agua, por ejemplo: (i) la **relevancia ecológica** de la **protección de los manglares**; (ii) el **riesgo de introducción de especies exóticas** (cultivo de camarones) **en zonas ecológicamente frágiles**, como las próximas a los manglares (denominadas “apicuns”), que hacen parte del mismo ecosistema; (iii) los **impactos** de la **autorización legal para recomponer la vegetación en áreas de protección con especies no nativas**; (iv) los **impactos de la posibilidad de compensación de reserva legal con las áreas de preservación permanente** (que antes eran sumadas) y de (v) **permitir la demarcación del área de preservación permanente a lo largo de cursos de agua, a partir de su lecho regular** y no del **área de inundación periódica** (como lo disponía la normativa anterior). Una de las posibles consecuencias de ese último cambio es el aumento de la erosión de los márgenes de los ríos y su asolamiento, lo que perjudicará a los propios sectores económicos defensores de la ley, como el sector eléctrico privado (los ríos asolados pierden la dinámica del flujo de sus aguas y, por tanto, son malos generadores de energía hidroeléctrica) y el agronegocio (la afectación de la disponibilidad de agua y la desprotección de los insectos polinizadores son nocivas para la producción agroeconómica).

Aunque todos estos temas tienen una repercusión directa sobre el concepto de **medio ambiente sano** y sobre la **obligación del Estado de protegerlo**, no fueron debatidos con profundidad durante la deliberación ni se dimensionaron las consecuencias de la aplicación de la ley en la protección del derecho al agua, que está estrechamente vinculado a la **protección de las forestas y de las áreas de recarga hídrica**. Tal protección también evita tragedias humanas y ambientales, como las que ocurren con la ocupación de áreas de inundación periódica de los ríos y la desprotección de los humedales.

Con relación a los manglares, por ejemplo, además de que se trata de un ecosistema esencial y frágil, se **ignoró totalmente el trabajo** y la **subsistencia** de las personas más pobres que viven de la pesca de mariscos y peces en el lugar, al permitirse la producción de especies exóticas sin un examen suficiente de sus impactos. Además, no se tuvo en cuenta la posibilidad de desequilibrar dicho ecosistema, que está en la base de la **cadena alimenticia marina** y es fundamental para **mantener los ciclos hidrológicos y el control de las inundaciones**.

La falta de consolidación de una práctica institucional de deliberación constitucional multinivel, especialmente en temas de derechos fundamentales, dificulta el avance de la jurisprudencia en el campo ambiental, que es esencial para proteger el agua, en especial si se tiene en cuenta que Brasil ha aprobado diversos convenios internacionales que protegen la biodiversidad y los ecosistemas especiales. Esa cultura jurídica limitada facilita, además, la proliferación del **pragmatismo argumentativo**, más permeable a las presiones hegemónicas y a la destitución de derechos constitucionalizados, como se dio en este caso concreto.

Apenas cinco dispositivos de la ley fueron considerados inconstitucionales o inexecutable, con la interpretación conforme a la Constitución aplicable a algunos de ellos. Los ambientalistas estimaron importantes dos puntos de la decisión: (i) **considerar como área de protección permanente a los “ojos de agua” intermitentes** (no solo a los de flujo permanente) y (ii) **limitar las actividades de “utilidad pública” e “interés social” en áreas de protección permanente a los casos en que esté comprobada la “inexistencia de alternativa técnica y/o de lugar para la actividad”**. Entre las actividades consideradas de “utilidad pública” se incluyó a la actividad minera, como también ocurre en la normativa colombiana.

En el caso mencionado, también fue relevante **excluir la posibilidad de incidir en prescripción o decadencia durante la vigencia de los programas de regularización ambiental (PRA)**, incluso con base en el principio de la buena fe, lo que resultó de una interpretación constitucional conforme del dispositivo cuestionado.

Regístrase que, en el caso brasileño, es imposible generar una jurisprudencia ambiental consistente en términos sustantivos, si los fundamentos de los votos no son compartidos en una decisión única y sistematizadora de los conceptos jurídicos fundamentales discutidos. En el caso examinado, por ejemplo, los votos individuales no son representativos de la decisión de la corte, porque la sentencia no indica las razones que se tuvieron en cuenta para decidir, sino el resultado de la deliberación (exequibilidad o no de cada dispositivo) y el cuórum de la votación (unanimidad o mayoría).

Parte de los votos individuales, además, se centraron en argumentos jurídicos abstractos que citan principios doctrinales y precedentes genéricos en materia ambiental, sin examinar los aspectos técnicos específicos esenciales para delimitar el contenido normativo del derecho, como ocurrió, por ejemplo, con el voto del magistrado Celso de Mello (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. ADI 4901/DF. Voto individual, 2018, M.P. Celso de Mello). Cuando se trata de temas ambientales, ese tipo de deliberación no es suficiente para **constituir derechos**, especialmente porque no cumple la función de **concretar**, ante los elementos del caso, **parámetros que llenen de contenido jurídico ciertos principios**, como el de la **función social o ecológica de la propiedad** y sus **efectos** en el sistema de protección constitucional ambiental (protección de la biodiversidad, protección de los derechos de las futuras generaciones, etc.).

Las demandas judiciales que involucran problemas técnicos de otras áreas del conocimiento generalmente exigen que las normas jurídicas sean llenadas de un **contenido jurídicamente relevante** para **resolver las cuestiones conceptuales, funcionales y/o normativas objeto de la**

**controversia.** El estilo deliberativo ordinariamente adoptado por el STF es más apto para examinar tesis jurídicas abstractas, contrario a lo que ocurre con la deliberación ordinaria de la Corte Constitucional colombiana, donde las tesis jurídicas, las precisiones conceptuales y los problemas prácticos relevantes para la implementación de los derechos son constantemente discutidos e incorporados a la jurisprudencia, como se evidencia en la decisión que protegió a los **páramos** de la explotación económica.

Ante la gravedad de los problemas ambientales de Brasil y de las dificultades de diseño institucional mencionadas, es importante que exista un **esfuerzo institucional deliberado** para perfeccionar las decisiones de casos complejos de ese tipo y **aplicar las normas del sistema internacional público de los derechos humanos**, incluidas las que prevén **estándares internacionales en materia ambiental**, a fin de que la jurisprudencia en ese campo gane **consistencia** y **coherencia** en todos los niveles de la jurisdicción, hasta llegar a las altas cortes. También es relevante que estas últimas, por su parte, hagan el esfuerzo de aplicar **modelos de deliberación adecuados a ese tipo de tema.**

Así mismo, es importante promover la discusión institucional acerca de la **centralidad que tiene el derecho al agua para la realización de los demás derechos**, a fin de **superar la brecha existente en la formación de los jueces sobre el tema, lo que también ayudaría a superar la “ignorancia” o la “indiferencia”** señaladas por Benjamin (2018), que están presentes en el caso examinado.

En Colombia, los avances jurisprudenciales en ese campo son significativos, a pesar de los riesgos de retroceso, como se verá.

De modo equivalente al caso de Brasil, se interpuso una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional de Colombia, para discutir los impactos de la actividad económica (en el caso concreto, de la actividad minera)

en un área de protección ambiental. La acción fue propuesta por varios ciudadanos, la mayoría identificada como integrantes de la “Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular”, que impugnaron la exequibilidad de los artículos 108 de la Ley 1450 de 2011 y 20 de la Ley 1753 de 2015, “los cuales crean y amplían la figura de las Áreas de Reserva Estratégicas Mineras (AEM)”; de los artículos 49, 50 (parcial), 51 y 52 (parcial) de la Ley 1753 de 2015, “los cuales desarrollan el Sistema de Proyectos de Interés Nacional y Estratégico (PINE)”, y del párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, que “regula las actividades extractivas en ecosistemas de páramo”. La demanda fue decidida mediante la sentencia C-035 de 2016, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

Un primer punto que vale la pena destacar en la comparación es que, en el caso de Brasil, la Procuraduría General de la República dividió los temas de la ley impugnada en tres acciones diferentes. Se nota que la preocupación del Ministerio Público, en el caso concreto brasileño, era mantener la unidad temática de los artículos impugnados en cada acción, lo que se dio, probablemente, para evitar la fragmentación de la deliberación en materias que exigían la comprensión o el análisis conjunto del problema.

En Colombia, por una preocupación semejante, la propia Corte Constitucional tuvo la iniciativa de organizar la deliberación en torno a los ejes temáticos impugnados en la acción, a fin de examinarlos en conjunto, para mantener la coherencia argumentativa en la decisión y la integridad del sistema normativo examinado y de su contenido técnico específico.

La práctica deliberativa institucionalizada en el ámbito de la Corte Constitucional colombiana incorpora una mejor estructura analítica para examinar **temas policéntricos**, pues **compila los argumentos** de las partes, de los terceros intervinientes y de los entes estatales, cuya manifestación es **sintetizada y tenida en cuenta** cuando se analizan los argumentos centrales aportados al debate.

Los **tiempos del proceso** también favorecen una deliberación más adecuada por parte de la **Corte Constitucional colombiana**, pues la **decisión se toma en un tiempo más cercano a los hechos y a la intervención social realizada ante la Corte**. En el caso de **Brasil**, en cambio, **el tiempo dilatado**, inclusive por el exceso de competencias irrelevantes e inadecuadas del STF, **permite que la norma, en la práctica, produzca efectos concretos muchas veces insanables, antes de ser apartada del orden jurídico, cuando es el caso**.

Vale la pena destacar dos puntos de la sentencia **C-035 de 2016** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), por su relevancia para la protección del derecho al agua: **(i) la tensión entre Estado unitario y autonomía local**, considerando la relevancia que tiene la democracia ambiental en el sistema normativo local e internacional, y **(ii) la protección a los páramos como zonas esenciales de recarga hídrica del territorio colombiano**.

En lo que se refiere a la tensión entre Estado unitario y autonomía local, la corte menciona el precedente contenido en la sentencia **C-123 de 2014** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos) relativo a la interpretación del artículo 37 del Código de Minas (Ley 685 de 2001, art. 37), que reconoce la competencia de los concejos municipales y distritales para deliberar acerca de la posibilidad de excluir las actividades de exploración y explotación minera de sus territorios, al declarar que:

[N]o existe duda del gran impacto que la actividad minera puede tener en la función de ordenamiento del territorio y, adicionalmente, en la reglamentación [de] los usos del suelo por parte de los concejos distritales y municipales. Por consiguiente, y en armonía con lo concluido anteriormente, **una norma que excluya de forma absoluta la participación de los municipios y distritos en la decisión sobre si en su territorio se realiza una exploración o explotación minera resulta contraria al contenido del principio de autonomía territorial** –artículo 288 de la Constitución–, específicamente, a la garantía de **governarse por autoridades propias** –artículo 287, numeral 1º–



y a la **función de los concejos consistente en reglamentar los usos del suelo en el municipio** –artículo 313, numeral 7º–.  
(Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-123/14, 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos).

En la misma sentencia, la Corte advirtió que una eventual decisión en sentido contrario a lo anterior:

**[D]esconoce los principios de concurrencia y coordinación que deben inspirar la repartición de competencias entre los entes territoriales y las entidades del nivel nacional.** Principios que son exigencias de rango constitucional, expresamente previstos por el artículo 288 de la Constitución como los parámetros a partir de los cuales se armonice el principio de autonomía territorial con un principio que, como el de forma unitaria del Estado, está en constante tensión con aquel.  
(Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-123/14, 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos)

En el mismo sentido, al examinar el caso impugnado en la sentencia **C-035 de 2016** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), la Corte declaró, en cuanto a la selección de las áreas estratégicas para la actividad minera, que, si bien la indicación de tales áreas es **competencia de la Agencia Nacional de Minería**, eso no elimina la **participación local** en la decisión sobre la **compatibilidad** de esa actividad **con el ordenamiento del territorio del municipio**.

De otro lado, la corte decidió que el proceso de coordinación entre el Estado nacional y las autonomías locales se debe basar en los siguientes principios:

**[...] principio de descentralización**, con reconocimiento de la **autonomía de los municipios**, y deben obedecer a los criterios de coordinación, concurrencia y gradación normativa, **adoptando las medidas que sean necesarias para la protección de un ambiente sano, la protección de las cuencas fluviales, el desarrollo económico, social y la identidad cultural de las comunidades.** De igual manera, debe quedar claro que, **en aplicación de los mecanismos de democracia participativa, los ciudadanos afectados deben tener la posibilidad de ejercer sus derechos de participación en la toma de decisiones, de protección de los recursos naturales y de vigilancia y control social para la conservación del ambiente sano.**  
(Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-035/16, 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) (negrillas fuera de texto).

La interpretación de la Corte Constitucional en esa decisión **equilibra las tensiones entre las esferas de competencia del Estado nacional y de las autonomías locales**. Estas últimas son las que sufrirán los efectos dañinos de las actividades extractivas<sup>244</sup> (con su actual modelo de explotación), que, además, compiten con otras actividades que generan empleo y renta y con distintas vocaciones económicas más o menos acentuadas en una u otra zona del país.

Regístrase que, en el contexto de **desindustrialización** de América del Sur, provocado por la política económica neoliberal, la tierra y el agua ganaron una importancia económica muy relevante para la población local como fuente de subsistencia y, también, por la posibilidad de generar empleos verdes, seguridad hídrica y alimentaria y fuentes alternativas de energía.

En sucesivas consultas populares realizadas en distintos municipios, la sociedad colombiana dejó en claro que no le interesa ampliar las actividades extractivas en territorios dedicados a otras finalidades económicas. Lo mismo ocurrió en Brasil, en localidades donde la población fue consultada en los últimos años.

Las tentativas de supresión de las consultas previas en Brasil y Colombia indican que la protección a la democracia participativa está perdiendo espacio ante intereses hegemónicos que contrarían los intereses locales. La muerte de más de 250 personas en la reciente ruptura de una represa en el municipio de Brumadinho, en Minas Gerais, Brasil, comprueba que los temores ciudadanos no son exagerados.

---

<sup>244</sup> El colapso ambiental y la muerte de ríos en Minas Gerais son un ejemplo emblemático, quizás el más grave del mundo, de los impactos negativos de la minería en el medio ambiente y en la vida de los municipios afectados por la ruptura de represas. La zona donde se realiza la explotación minera en Minas Gerais tiene una gran densidad poblacional, y su economía está basada en el turismo, la generación de energía y las actividades agropecuaria e industrial. Las represas de desechos de minería fueron, en general, construidas en los valles. Sus rupturas (ocho casos desde 1986) generaron crecientes impactos ambientales, especialmente en las cuencas hidrográficas de las zonas afectadas.

Además, en el caso colombiano, la controversia no se debe reducir a la hipótesis de un sencillo choque entre Estado nacional y autonomía local, sino de comprender que se trata de una confrontación directa entre el interés del inversionista internacional y los intereses nacional y local, como lo destaca Streek (2017), con perjuicio para los últimos, que sufren los impactos negativos de un modelo económico extractivo basado en la exportación de *comodities* (bajo valor económico agregado, bajos ingresos tributarios, alto grado de riesgo ambiental y externalización de sus costos, alto nivel de exportación de agua virtual, riesgo de desplazamiento y de violencia en contra los ocupantes de los territorios disputados, entre otros), frente a los pocos y desigualmente distribuidos beneficios.

Cabe señalar que el fortalecimiento de la consulta previa en materia ambiental cuenta con otros precedentes recientes, como la sentencia **T-445 de 2016** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-445/16, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), que desarrolla el concepto de **justicia ambiental**, en el siguiente sentido:

En el ámbito interno los componentes de la **justicia social ambiental** cuentan con respaldo constitucional expreso y quedan comprendidas dentro del mandato del Constituyente de asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2 CP). Es más, no se debe olvidar que la Carta del 91 consagra el **derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano**, disposición que, interpretada a la luz del principio de igualdad establecido en el artículo 13, fundamenta un **derecho fundamental de acceso equitativo a los bienes ambientales y un reparto igualmente equitativo de las cargas públicas**, al igual que un mandato de **especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados**. Para **garantizar la adecuada materialización de los derechos a la participación de las comunidades o poblaciones afectadas por un proyecto extractivo**, algunos autores han manifestado la importancia de establecer bases organizativas que tengan la capacidad de generar incidencia en la decisión, ya que **una participación meramente simbólica en la toma de una determinación no podría estar dotada de la legitimidad que propugna el estado social y democrático de derecho**. (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-445/16, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Por todo lo expuesto, es preocupante la decisión de la Corte Constitucional colombiana adoptada en la sentencia **SU-095 de 2018** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger), que “unifica” jurisprudencia sobre el tema y exhorta al Congreso a pronunciarse sobre la cuestión, a fin de establecer cuál sería el mecanismo de coordinación entre las dos esferas de la administración para decidir acerca de la explotación del subsuelo. Eso contraría la jurisprudencia constitucional anteriormente consolidada y la jurisprudencia del Consejo de Estado, que tiene competencia para verificar la legalidad de las consultas populares realizadas. El cambio de jurisprudencia, curiosamente, se forma en contra de un texto legal ya declarado exequible (Ley 136 de 1994, art. 33).

El rechazo al papel activo de la corte en relación con las políticas públicas del poder Ejecutivo generalmente se basa en teorías del constitucionalismo liberal anglosajón que son incompatibles con los modelos de Constitución de Brasil y de Colombia, en cuanto al papel que juega el Estado en el control de las actividades económicas y en la protección de los derechos sociales, como lo explican precedentes de la propia corte, por ejemplo, la sentencia **C-228 de 2010** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Paradójicamente, adoptar esa teoría en situaciones en las que el **derecho ambiental es muy protector** (protege tanto a la democracia ambiental como a los ecosistemas y el patrimonio ambiental) impulsa una especie de “**activismo regresivo**”, **incompatible con los aspectos funcionales del sistema y con los problemas jurídicos que la corte debe resolver.**

La discusión sobre los límites de la consulta previa o popular, sin embargo, no está resuelta en Colombia, ya que ese instituto continúa existiendo, así como la autonomía local reforzada y la previsión legal de la participación popular en la deliberación sobre las actividades que representen un impacto o riesgo ambiental.

El Congreso deberá regular la materia con base en los requisitos fijados en la sentencia SU-095 de 2018, que **no eliminó la necesidad de que la sociedad participe** y, tal vez, pueda legitimar mecanismos de veto total, inclusive por la prioridad que la protección del agua tiene sobre cualquier otro derecho para la gente y en los sistemas universal, regional y local de derechos humanos.

A pesar de lo que eventualmente diga la ley, la presión social en contra del avance de la minería sobre territorios dedicados a otras actividades no dejará de existir. Si las comunidades no son escuchadas, es probable que otras formas de resistencia se instalen e, inclusive, generen una pérdida de legitimidad de la Corte Constitucional y del Congreso en su papel de protección a los derechos fundamentales.

No se puede presumir que exista un abuso del derecho de las comunidades locales en las consultas previas o populares, ante la existencia del derecho legítimo de resistencia y de afirmación de su autonomía política para evitar futuros impactos generados por la economía transnacional en la vida de quienes no quieren o ya no tienen para donde desplazarse.

La tendencia que se observa en Brasil y Colombia indica que las personas piden un **cambio de modelo económico** como una cuestión de supervivencia colectiva y de preocupación por la calidad de vida y el futuro de las nuevas generaciones. Este no es un discurso exclusivo de los “ecologistas”, sino la constatación popular pragmática de los riesgos, a partir de las realidades de degradación ambiental vividas y/o de abundantes datos técnicos sobre el inminente riesgo de colapso ambiental.

Es necesario promover el **diálogo social y plural**, para encontrar caminos alternativos (y no reprimir la voz de las comunidades locales). La resiliencia histórica de la OIT llama la atención sobre la importancia de que el capital productivo y las personas sean el centro de los procesos económicos (incluida

la protección del trabajo digno), que son inseparables de la preservación ambiental, de los ciclos económicos locales y de los ciclos del agua. Por ello, como ya se mencionó, la OIT exhorta a que gobiernos, empresas y trabajadores/sociedad promuevan la **transición hacia a una economía verde, local, circular, sostenible y con tecnologías limpias**, lo que representa un camino más viable para **proteger el agua**.

Las voces institucionales (ONU y OIT) y de las comunidades locales no deben ser ignoradas, pues son compatibles con los modelos constitucionales (ecológicos y basados en el desarrollo sostenible) de Brasil y Colombia, con los modos de vida de la región, con la necesidad de disminuir los efectos nocivos de la financiarización de la economía, con la necesidad de combatir los efectos nocivos del cambio climático y con las diferentes metas de la Agenda 2030.

El otro punto de la sentencia **C-035 de 2016** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) que vale la pena destacar para los fines de esta investigación es el que resuelve la impugnación del párrafo primero del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, que regula la protección a los **“páramos”** como **ecosistemas de protección permanente en Colombia**. El dispositivo impugnado en la acción prevé la revisión de las licencias ambientales por las autoridades mineras, de hidrocarburos y ambientales, debido a la prohibición de tales actividades en esas áreas protegidas.

En este caso, intervinieron órganos del Estado y de la sociedad civil, que aportaron los argumentos por los cuales entendían que el dispositivo normativo debería ser considerado “exequible” o “inexequible”.

Para que se entienda cómo la estructura deliberativa de la Corte Constitucional colombiana contribuye a la efectividad del examen de temas ambientales, se registra la estructura deliberativa específica de la decisión.

Como en otros casos, la corte **identificó el problema jurídico** objeto de la demanda y los **temas** que, entendió, estaban implicados en la resolución del problema. Cada uno de estos temas fue resuelto **recuperando la línea jurisprudencial vigente**, lo que hace parte de la argumentación basada en precedentes, como se vio en otros casos.

Entre las cuestiones objeto de la deliberación, la corte enfrentó los **temas técnicos que concretizan los conceptos ambientales relevantes**, que también debieron haber sido enfrentados en el examen del Nuevo Código Forestal en Brasil, si se tiene en cuenta su equivalencia con aquellos relativos a las zonas de protección permanente de los ecosistemas brasileños.

El problema y los subtemas enfrentados en el caso seleccionado fueron los siguientes:

¿El restablecimiento de los fundamentos jurídicos con base en los cuales la Administración otorgó licencias ambientales y/o contratos de concesión, para preservar los derechos adquiridos, justifica constitucionalmente el levantamiento de la prohibición para desarrollar proyectos y actividades mineras y de hidrocarburos en ecosistemas de páramo a sus titulares?

Para poder resolver el problema jurídico planteado, la Corte debe abordar los siguientes temas:

- i. La libertad económica, específicamente sus alcances en relación con el desarrollo de actividades de extracción de recursos no renovables.
- ii. La intervención del Estado en la actividad económica de extracción de recursos naturales no renovables, y el alcance de los derechos otorgados mediante las licencias ambientales y los contratos de concesión para la extracción de recursos del Estado.
- iii. La Constitución Ecológica y su relación con el concepto de desarrollo sostenible.**
- iv. El alcance del deber del Estado de conservar las áreas de especial importancia ecológica.**
- v. El problema de la determinación del concepto de páramo.**
- vi. Los parámetros para la delimitación del páramo; diferencias entre el concepto de área de referencia y el de área delimitada.**
- vii. Las características del ecosistema de páramo y servicios ambientales que presta.**
- viii. El páramo como regulador del ciclo hídrico.**
- ix. El páramo como sistema de captura de carbono.**
- x. La biodiversidad en el ecosistema de páramo.**
- xi. La interacción entre los distintos recursos del páramo y relación de interdependencia entre el páramo y el bosque que lo rodea.**

**xii. Vulnerabilidad, fragilidad y capacidad de recuperación del ecosistema de páramo.**

**xiii. El agua como derecho fundamental la ubicación estratégica de los ecosistemas de páramo.**

(Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-035/2016, 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) (negrillas fuera de texto).

En cuanto al papel del Estado en la intervención en la economía, la corte destacó las diversas formas de intervención estatal posibles, reiterando la doctrina<sup>245</sup> citada en la sentencia **C-150 de 2003** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) sobre el tipo de regulación compatible con el modelo de Estado colombiano y con la actividad específica objeto de regulación, según la cual el Estado debe:

[A]doptar medidas y políticas orientadas al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, a la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo, y a la preservación de un ambiente sano, tal como lo dispone el artículo 334 de la Carta Política.

(Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-150/03, 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Afirma que el alcance de tal potestad está determinado “por la función social específica de la actividad económica que se desarrolle”, conforme lo sostenido en la sentencia **C-228 de 2010** (Corte Constitucional, Sala Plena. 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), en los siguientes términos:

[...] el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, **la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.**

(Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-228/10, 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) (negrillas fuera de texto).

---

<sup>245</sup> La decisión cita a Delvolvé, P. *Droit Public de l'Economie*. Dalloz, París, 1998, p.17 y ss.



En lo que se refiere específicamente a la licencia ambiental objeto de la acción, la corte reiteró la posición manifestada en la sentencia **C-293 de 2002** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra) acerca de la aplicabilidad del **principio de la precaución** y de la **prevalencia de la protección al medio ambiente frente a los intereses económicos**.

En ese sentido, destacó que el constituyente primario:

[I]ncluyó un bloque de normas que configuran lo que se ha denominado como '*Constitución ecológica*' o '*Constitución verde*' en las que se consagran una serie de principios, derechos y deberes enfocados hacia la protección del ambiente y dirigidos a garantizar un modelo de desarrollo sostenible. (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-035/16, 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

La sentencia retomó el concepto de “desarrollo sostenible” adoptado por la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo, que garantiza las necesidades del presente, sin perjudicar el derecho de las futuras generaciones a satisfacer sus propias necesidades. En ese sentido, reiteró que tal concepto está basado en tres pilares: desarrollo económico, bienestar social y preservación de los recursos naturales. Además, reiteró el contenido del papel que desempeña el Estado en la concreción del deber de proteger al medio ambiente, como se indicó en la sentencia **C-519 de 1994** (Corte Constitucional, Sala Plena, 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), que consiste en:

[...]

- 1) proteger su diversidad e integridad,
  - 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación,
  - 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica,
  - 4) fomentar la educación ambiental,
  - 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución,
  - 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental,
  - 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y
  - 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.
- (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-519/94, 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

En cuanto a los estándares internacionales aplicables a la demarcación de áreas protegidas, la corte menciona el Convenio sobre la diversidad biológica (Naciones Unidas, 1992c), que define un área protegida como “un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar **objetivos específicos de conservación**” y prevé que la protección de tales áreas “persigue distintas finalidades”, previstas en el artículo 5 del Decreto 2372 de 2010:

- (i) asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos naturales para mantener la diversidad biológica;
- (ii) garantizar la oferta de bienes y servicios ambientales esenciales para el bienestar humano; y
- (iii) garantizar la permanencia del medio natural, o de alguno de sus componentes, como fundamento para el mantenimiento de la diversidad cultural del país y de la valoración social de la naturaleza.

A partir de la sistematización del conjunto normativo aplicable, **reconoce que los páramos, subpáramos, nacimientos de agua y zonas de recarga de acuíferos** son áreas que deben ser **objeto de protección especial**, según el numeral 4 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993.

Reconoce, además, la existencia de distintos conceptos de páramos, incluidos los que adoptan la clasificación por el tipo de vegetación, por su localización, por su morfología geológica, entre otras características. La sentencia decide adoptar el **criterio considerado más eficiente** para la **finalidad ecológica** de la protección de la región, que es definir las zonas de páramos a partir de los **servicios ambientales prestados por el ecosistema**.

Considera que existe una omisión del Estado en la demarcación de esas zonas, pues, a la fecha de la sentencia (más de 20 años después de la expedición de la ley), solo un páramo había sido demarcado. También considera insuficientes los criterios de demarcación adoptados por el Instituto de Investigación Alexander von Humboldt y determina criterios vinculantes adicionales para la demarcación de las áreas, que **tengan en cuenta los servicios ambientales y la integridad del ecosistema**, así:

- **“El páramo como regulador del ciclo hídrico”**, que posibilita: calidad y potabilidad del recurso, disponibilidad y accesibilidad.
- **“El páramo como sistema de captura de carbono”**, que mitiga el cambio climático, pero que, en caso de devastación, puede acelerarlo, al liberar dióxido de carbono en la atmósfera, aumentando la presencia de gases de efecto invernadero.
- **“La biodiversidad en el ecosistema de páramo”**, que incluye más de 3.000 especies, entre ellas el oso andino, que habita entre los bosques y páramos.

Por eso, la Corte advierte que:

[E]ntre el páramo y el bosque existen sistemas de flujos de aguas subterráneas y superficiales, y de especies polinizadoras, entre otras, que son vitales para la pervivencia de estos ecosistemas. Por ello, en la determinación de las medidas de protección de cualquiera de estos, se deberá tener en cuenta la relación de interdependencia antes señalada.

(Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-035/16, 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

- **Interacción entre los distintos recursos del páramo y relación de interdependencia entre el páramo y el bosque**, lo que se debe tener en cuenta al demarcar las áreas.
- **Vulnerabilidad, fragilidad y capacidad de recuperación del ecosistema de páramo**, que indica que los procesos de recuperación de tales áreas son lentos y que, por eso, necesitan una protección especial reforzada. Por esta razón, indica que el proceso de demarcación “debe llevarse a cabo a partir de criterios ecológicos que comprendan la complejidad de las interacciones entre los elementos de un ecosistema y entre los distintos ecosistemas”.

La sentencia reitera la jurisprudencia sobre la **protección del derecho al agua**, a partir de los elementos analizados, y refuerza las obligaciones del Estado relativas a la protección de tal derecho, como derecho fundamental colectivo:

- (i) **garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del recurso** (“Sentencias **T-740** de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; **T-614** de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; **T-143** de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa; **T-381** de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; **T-1104** de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería; **T-410** de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras”);
- (ii) **expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes** (social, económico, político, cultural, etc.), no solamente en el contexto de controversias subjetivas que se sometan a la jurisdicción (Sentencia **C-220** de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub);
- (iii) **ejercer un control muy exigente sobre las actividades económicas que se desarrollan en sitios que por expresión natural son fuentes originales de agua** (Sentencia **T-523** de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Destaca que el Estado es responsable de **garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua**, y que:

[P]ara que el Estado pueda cumplir con dichas obligaciones, es necesario que se brinde **protección especial a los ecosistemas que “producen” tal recurso como el páramo**, pues como se dijo con anterioridad esta es **una de las principales fuentes de abastecimiento de agua en el país**, especialmente en las ciudades grandes y medianas.  
(Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-035/16, 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) (negritas fuera de texto).

Después de examinar las cuestiones mencionadas, entre otros puntos impugnados de las normas, la Corte Constitucional decidió:

**Segundo.-** Por los cargos analizados en la presente Sentencia, declarar **EXEQUIBLE** el artículo 20 de la Ley 1753 de 2015, en el entendido de que: i) la autoridad competente para definir las áreas de reserva minera deberá concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde van a estar ubicadas, para garantizar que no se afecte su facultad constitucional para reglamentar los usos del suelo, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, ii) si la autoridad competente definió las áreas de reserva minera con anterioridad a la notificación de la presente sentencia, deberá concertar con las autoridades locales de los municipios donde se

encuentran ubicadas, con anterioridad al inicio del proceso de selección objetiva de las áreas de concesión minera y iii) la Autoridad Nacional Minera y el Ministerio de Minas y Energía, según el caso, deberán garantizar que la definición y oferta de dichas áreas sean compatibles con los respectivos planes de ordenamiento territorial.

[...]

**Séptimo.**- Declarar **EXEQUIBLE** el inciso segundo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, siempre que se entienda que si el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible se aparta del área de referencia establecida por el Instituto Alexander von Humboldt en la delimitación de los páramos, **debe fundamentar explícitamente su decisión en un criterio científico que provea un mayor grado de protección del ecosistema de páramo.**

[...]

La comparación entre la decisión de la Corte Constitucional colombiana y la del STF revela que varios problemas del Código Forestal Brasileño a los que se refirieron las acciones propuestas ante el STF quedaron sin una respuesta judicial satisfactoria. Por eso, se recomienda realizar cambios en la forma de deliberar sobre temas técnicos relevantes, tomándolos en serio, como lo hizo la Corte Constitucional al explicar por qué los páramos son relevantes para el agua y por qué y cómo deberían ser protegidos.

Los argumentos técnicos solamente adquieren **fuerza normativa** en el campo del derecho cuando son incorporados al orden jurídico como parte integrante del **contenido normativo** de los **institutos jurídicos** previstos en la ley. Es deber del poder Judicial concretar conceptos indeterminados, precisar el sentido y la función de las normas y no dejar que estas se transformen en “normas de papel” (Villegas, 2009).

La sencilla repetición de principios ambientales abstractos es insuficiente para promover los avances en la aplicación de la legislación ambiental. Es necesario **aplicarlos a problemas jurídicos concretos** (concretarlos), a fin de que no se conviertan en un discurso ambiental vacío.

Eso es fundamental en tiempos en que la cuestión del agua gana relevancia para la supervivencia del planeta y en que el mercado ya reveló que

sus modelos de gestión económica y de regulación o autorregulación no son económica, social ni ambientalmente sostenibles.

Para examinar aspectos relevantes de la relación entre tierra, agua, territorios y derecho al medio ambiente sano, se analizará cómo la **cuestión indígena**, fundamental en Brasil y Colombia, se entrelaza con esos temas y parece ser el campo donde más surgen las **soluciones innovadoras** en materia ambiental y de protección al agua, en ambos países.

### **B. PET 3388/RR, ADI 3.239/DF, ADI 4.269/DF. Medio ambiente y cuestión indígena en Brasil. Una ventana deliberativa incluyente del STF para la constitución de los derechos a tierra y agua**

Como se indicó cuando se analizó el contexto anterior a las constituciones vigentes en Brasil y Colombia, los déficits de representación política de los indígenas y de las poblaciones tradicionales eran grandes en las asambleas constituyentes, pero fueron compensados con la movilización de los propios actores y de entidades de la sociedad civil vinculadas a esos pueblos y con el perfil más democrático de los parlamentarios que integraron las asambleas constituyentes, principalmente en Colombia.

En lo que se refiere a las cuestiones indígenas y de sus territorios, las actuales constituciones de Brasil y Colombia son las **más incluyentes** de toda la historia poscolonial. Muchos de los derechos reconocidos, sin embargo, siguen siendo un **campo de disputa** por su implementación, con un **riesgo grave de retroceso**, especialmente en Brasil, debido a la presión de las actividades económicas vinculadas a la industria extractiva y al *agrobusiness* sobre los territorios ocupados por poblaciones indígenas, campesinas o afrodescendientes, lo que aumenta la violencia en contra esos grupos y la gravedad y la frecuencia de los crímenes o los desastres ambientales en esas áreas.

Los conflictos más frecuentes relacionados con asuntos indígenas que se tramitan ante la jurisdicción federal ordinaria de Brasil se refieren a acciones sobre el derecho a la ocupación y la demarcación de resguardos; la indemnización por la desocupación o las mejoras realizadas en tierras reconocidas como de propiedad indígena; la protección del derecho a participar en consultas previas relativas a proyectos de infraestructura o proyectos económicos que impacten sus áreas de ocupación o su entorno, entre otros casos en los que los indígenas son, casi siempre, las víctimas de las violaciones.

En tiempos más recientes, las demandas sobre el **acceso al agua potable** o la protección de los ríos y las fuentes hídricas de los resguardos se hicieron presentes en la agenda de las cortes. Así ocurrió, por ejemplo, con la decisión del recurso de apelación de instrumento (AI) 0066108-84.2016.4.01.0000/MG (Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região, Sala Quinta, 2018, M.P. Souza Prudente), que negó el seguimiento a un recurso interpuesto en contra de la decisión que determinó que el Estado (la Unión) debía proporcionar agua potable a la comunidad indígena Nokuriñ, localizada en “Córrego Pezinho”, municipio de Campanário, en Minas Gerais. Con esto, quedó en firme la decisión de segunda instancia del Tribunal Federal que ordenó el suministro de agua a la comunidad, por la falta de fuentes de agua potable en el lugar.

En otro caso tramitado ante el mismo tribunal (Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região, Sala Quinta, agravo de instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000/PA. Processo na origem: 23838520124013905, 2017, M.P. Souza Prudente), está en discusión la reparación por la **contaminación del río Catete**, derivada del proceso de explotación de níquel, cobre y otros metales por parte de la empresa Onça Puma, subsidiaria de la empresa Vale S.A., en el Estado de Pará, lo que afectó a los indígenas de las etnias Xikrin y Kayapó. El tribunal ordenó detener la actividad de la empresa, y su decisión fue confirmada por el STJ y el STF, y sigue en fase de implementación. En este caso, el **STF**

dispuso continuar con la acción en la instancia ordinaria, al considerar, como en otros casos sobre el **agua**, que **no se trata de una materia constitucional**.

Ese tipo de conflictos, que involucran los derechos individual y colectivo al agua de los pueblos tribales, tienden a agravarse con la ampliación de la explotación minera o agropecuaria en el entorno de sus tierras, especialmente en la región norte del país, donde las actividades mineras y agroindustriales pretenden seguir expandiéndose.

Es necesario que el STF declare el acceso al agua como un derecho constitucional implícito y protegido por el bloque de constitucionalidad del país, como lo hizo Colombia, dada su centralidad para la protección de otros derechos. Además, sería importante que el tribunal avanzara en la jurisprudencia ambiental para proteger el agua, a partir de la que se considera su línea jurisprudencial mejor estructurada: la que protege el derecho a la tierra de los pueblos indígenas, de las comunidades afrodescendientes y de los pueblos de las forestas, como se intentará demostrar, que puede ser la **clave para expandir la protección multinivel de los derechos fundamentales en el país**, con relación a otros campos.

En cuanto a las acciones de control concentrado de constitucionalidad que involucran la cuestión indígena o de los pueblos tribales o tradicionales, las demandas más relevantes tramitadas ante el STF se refirieron a la **demarcación de tierras**. Entre ellas, están las relativas a la **homologación de la demarcación del resguardo indígena “Raposa Serra do Sol”** (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. **PET 3388/RR**, 2009, M.P. Ayres Brito), que fue objeto de una acción popular, y los casos que examinaron la constitucionalidad del Decreto 4887 de 2003, que reglamenta la demarcación de las tierras ocupadas por poblaciones tradicionales, y la Ley 11.952 de 2009, que regulariza las tierras de dominio de la Unión en la Amazonía legal. Estas últimas acciones correspondieron, respectivamente, a las **ADI 3.239/DF** (Supremo Tribunal



Federal, Sala Plena. ADI 3239/DF, 2018, M.P. Rosa Weber) y **4.269/DF** (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. ADI 4269/DF, 2017, M.P. Edson Fachin).

Además de la importancia del caso, la decisión sobre la demarcación del resguardo “Raposa Serra do Sol” (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. PET 3388/RR, 2009, M.P. Ayres Brito) también es relevante como ejemplo de un caso en el que el STF utilizó una **técnica decisoria** distinta, que proporcionó una mejor calidad deliberativa, diferente a lo que ocurrió en la decisión proferida en el caso del Nuevo Código Forestal y en la mayoría de los asuntos juzgados. En ese caso, la corte reconoció que el cambio de la estructura deliberativa era relevante para darle un “**carácter operativo**” a la decisión, que es, en verdad, una forma de deliberar para **constituir** derechos.

La decisión contiene una **parte inicial** compuesta por el voto del relator, en la cual se precisaron los **conceptos jurídicos relevantes** para consolidar el marco regulatorio. Con la decisión, además de apreciar el caso concreto, se pretendía constituir los elementos de un marco normativo que funcionara como parámetro para la futura demarcación de tierras indígenas. La sentencia fue relevante por ello y, también, por reservar la posibilidad de examinar aspectos particulares de casos futuros, como, por ejemplo, decidir si la demarcación fuera o no intraétnica y continua, a partir del marco temporal de la Constitución de 1988 o de otro marco temporal, en caso de que se comprobara la existencia de procesos de lucha y resistencia por la reocupación de territorios, entre otros aspectos.

Después de indicar los conceptos jurídicos fundamentales de la decisión y su aceptación por el órgano colegiado, la corte pasó a deliberar sobre los efectos jurídicos del usufructo de la tierra por los pueblos indígenas y su relación con las potestades del Estado, especialmente con las prerrogativas de protección de fronteras, las reglas para la circulación de personas, la instalación de servicios públicos y de infraestructura, entre otros asuntos.

En cuanto a la preocupación específica por “constituir” el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, la corte declaró que el concepto “**indígena**”, para fines de protección constitucional, engloba a los **individuos en “proceso de aculturación”**, además de los “**silvícolas**” o indígenas que permanecen “en primitivo estadio de habitantes de la selva”.

Así mismo, reconoció que las “tierras” indígenas no son “territorios”, en el sentido político del término, sino “tierras” situadas en el interior del Estado brasileño y declaradas como bienes públicos de la Unión. También declaró que el marco temporal del derecho está implícito en la Constitución de 1988, y que coincidiría con las tierras ocupadas con ocasión de la promulgación de la Constitución, salvaguardando los casos en que se comprobara la existencia de un proceso de resistencia en contra de un despojo anterior.

De otro lado, declaró la compatibilidad entre la existencia de “tierras indígenas” y “fronteras internacionales”, “tierras indígenas” y áreas de “preservación” y “tierras indígenas” y “conservación” ambiental, de modo que en las áreas demarcadas podría existir una doble o triple afectación.

En el caso concreto, la corte ordenó la demarcación continua del área, y declaró que lo hizo por razones “fácticas”, considerando que en el lugar había una “condivisión empírica de espacios” que imposibilitaba, en la práctica, una “precisa fijación de fronteras interétnicas” que separaran los diversos grupos indígenas que ocupaban el espacio demarcado.

La corte, entonces, declaró por **unanimidad** la **exequibilidad** del **procedimiento administrativo demarcatorio** y de la **demarcación continua del resguardo**, pero registró **salvaguardas institucionales** acerca de las normas jurídicas que inciden en el espacio territorial reconocido, algunas aprobadas por unanimidad, y otras, por mayoría. Entre las salvaguardas aprobadas están temas relevantes para la **protección ambiental**.

De esta manera, El STF fijó el **régimen jurídico** aplicable a la demarcación del resguardo, y determinó la **ejecución conjunta de la decisión entre el tribunal regional competente y la propia corte**, lo que se considera adecuado para fortalecer la cooperación institucional y la autoridad de la decisión. Algunas de las salvaguardas aprobadas se relacionan con el medio ambiente y el agua, y se destaca el uso efectivo del espacio por los indígenas:

o) las tierras indígenas **no podrán ser objeto de arrendamiento o de cualquier acto o negocio jurídico que atente contra el pleno ejercicio del usufructo y de la posesión directa por comunidad indígena o por los indígenas** (art. 231, § 2.º, Constitución Federal, c/c art. 18, *caput*. Ley n.º 6.001/1973<sup>246</sup>);

p) **está prohibido, en las tierras indígenas, a cualquier persona extraña a las etnias nativas la práctica de caza, pesca o colecta de frutos, así como de actividad agropecuaria o extractiva** (art. 231, § 2.º, Constitución Federal, c/c art. 18, § 1.º, Ley n.º 6.001/1973);

q) las tierras bajo ocupación y posesión de las comunidades indígenas, el **usufructo exclusivo de las riquezas naturales y de las utilidades existentes en las tierras ocupadas**, observado lo dispuesto en los arts. 49, XVI, y 231, § 3.º, de la Constitución, así como **la renta indígena (art. 43 da Ley n.º 6.001/1973) gozan de inmunidad tributaria, y no procede el cobro de impuestos, tasas o contribuciones sobre unos u otros;**

[...]

s) **los derechos indígenas sobre sus tierras son imprescriptibles, reputándose todas ellas como inalienables e indisponibles** (art. 231, § 4.º, CR/88).  
(Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. PET 3388/RR, 2009, M.P. Ayres Brito)

El actual gobierno de Brasil discute sobre la posibilidad de implementar políticas en un sentido distinto al del marco regulatorio contenido en esa decisión, especialmente, por el interés de aprobar el “arrendamiento”, la “actividad agropecuaria” y la “expansión de la minería” en tierras indígenas, lo que ciertamente será motivo de conflictos y judicialización.

---

<sup>246</sup> La Ley 6001 de 1973 regula el “Estatuto del indígena”.

Dos decisiones posteriores del tribunal apuntan a que la jurisprudencia que protege a los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales seguirá siendo fortalecida por el STF. Se trata de las decisiones proferidas en las ADI 3.239/DF y 4.269/DF, que se analizarán en seguida.

En la **ADI 3.239/DF** (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. ADI 3239/DF, 2018, M.P. Rosa Weber), el aspecto relevante para los fines de esta investigación es la confirmación de la constitucionalidad y, por tanto, de la exequibilidad del Decreto 4887 de 2003, que “Reglamenta el procedimiento para la identificación, reconocimiento, delimitación, demarcación y titulación de tierras ocupadas por remanentes de las comunidades afrodescendientes (“quilombos”) al que se refiere el artículo 68 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias” (Const. 1988, art. 68-ADCT, 2019).

El magistrado ponente inicialmente designado para el caso, Cesar Peluso, emitió un voto favorable a la declaración de **inconstitucionalidad (inexequibilidad)** del decreto, especialmente, por la regla de “auto atribución” de los miembros de las comunidades relativa al reconocimiento de sus específicos vínculos ancestrales con las tierras ocupadas.

La siguiente magistrada en proferir el voto, Rosa Weber, pidió la vista del caso y emitió un **voto divergente**, en el que expuso **conceptos históricos y antropológicos** aplicables al reconocimiento de dichas comunidades, conforme a las normas internacionales aplicables, entre ellas, el Convenio 169 de la OIT (1989) y los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como Comunidad Moiwana vs. Suriname (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno, 2005) y Pueblo Saramaka vs Suriname (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno, 2007). También mencionó la deuda histórica con tales grupos marginados reconocida en la Constitución de Brasil y los procesos de lucha por el reconocimiento y de resistencia en contra de la esclavitud.

Así mismo, confirmó el carácter de **auto aplicabilidad** de la norma constitucional que reconoce los territorios ocupados por las comunidades afrodescendientes, y explicó que los elementos necesarios para la aplicación inmediata del derecho están presentes en el texto constitucional (esto es, la identificación del titular del derecho, el objeto protegido, la condición de aplicación, el contenido del derecho y el sujeto pasivo u obligado), de modo que la regulación de la materia por vía de Decreto se ajustó a la Constitución (y, por tanto, el presidente de la República no violó el principio de reserva legal). Los magistrados siguientes votaron en el mismo sentido de la magistrada Rosa Weber.

La decisión proferida en esta ADI **estabilizó el marco regulatorio** para la titulación de las tierras de las comunidades afrodescendientes de Brasil, lo que no significa que el Estado haya dejado de promover bloqueos institucionales o de omitir su deber ante los bloqueos fácticos en contra de los derechos de dicha población. En el país, existe un racismo arraigado que es suficiente para declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional, por las violaciones reiteradas a los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes (o “quilombolas”), propias de un **racismo institucionalizado**. Sin embargo, la corte no ha utilizado ese instituto (estado de cosas inconstitucional) para hacer avanzar las políticas de demarcación de tierras, lo que se debería considerar, en tiempos de violaciones masivas a los derechos de esos grupos vulnerables.

La **omisión estatal** en esa materia ya había sido objeto de demanda por “mandados de injunção”, como el **MI 630/MA** (Supremo Tribunal Federal, Decisión Individual, 2005, M.P. Joaquim Barbosa), que perdió su objeto con la expedición del decreto impugnado. La intervención social por medio de los *amicus curiae* fue esencial para aportar contenidos relevantes a la deliberación, que, en este caso, fueron tomados en serio y tenidos en cuenta para definir los elementos jurídicamente relevantes para la constitución del derecho.

Ese es otro buen ejemplo de deliberación compleja del STF, que también fortalece la **integridad** y la **coherencia** de la **jurisprudencia** sobre el tema. Sin embargo, el racismo estructural sigue afectando a los afrodescendientes en Brasil. La falta de aplicación sistemática de las normas de derechos humanos y de los convenios internacionales impide que el STF fortalezca la doctrina de la indivisibilidad de los derechos humanos y fundamentales y proteja integralmente a tales minorías, que siguen siendo discriminadas indirectamente en decisiones de la propia corte, por ejemplo, en los **campos penal y laboral** (por la selectividad del sistema penal, que castiga más a los pobres y a los negros, y por la falta de protección al trabajo digno y a los modos de esclavitud contemporánea).

En el caso mencionado, sin embargo, la **exposición clara del problema jurídico**, su **examen interdisciplinario y multinivel** y la **estructura argumentativa del voto ayudaron a resolver bien la cuestión**. Regístrase que la síntesis del voto, que forma parte de la conclusión, incluye elementos esenciales para **llenar de contenido jurídico el derecho examinado** y puede ser **fuentes de inspiración para otros casos** igualmente relevantes de la corte, inclusive en el campo del derecho al agua.

La Ley 11.952 de 2009 también forma parte del contexto político de permanente bloqueo institucional a la implementación del derecho a la tierra de los pueblos indígenas y tradicionales y del continuo despojo de los derechos conquistados, actualmente amenazados por el modelo de producción extractiva y agropecuaria vigente en el país.

Algunos dispositivos de esa ley, entre ellos el artículo 4.º, §2.º, que regulaba la forma de concesión de los títulos de las tierras de la Unión ocupadas por comunidades tradicionales en la Amazonía legal, fueron impugnados por la Procuraduría General de la República, por medio de la **ADI 4.269/DF** (Supremo Tribunal Federal, Sala Plena, 2017, M.P. Edson Fachin).

Tal decisión es relevante en la jurisprudencia del STF sobre el derecho colectivo al agua, porque **confirmó la importancia que tienen las tierras ocupadas por comunidades tradicionales para la preservación ambiental** y, además, que **la forma de titulación de esas tierras no puede permitir su transferencia a terceros**. Según la decisión, la titulación de las áreas de tierras de la Unión en la Amazonía legal debe obedecer a las normas aplicables a tales grupos (propiedad colectiva e inalienable), por interpretación sistemática de los artículos 216, II, y 68 del ADCT (Const. 1988, arts. 216,II y 68-ADCT), que reconocen como patrimonio cultural brasileño a:

Los bienes de naturaleza material e inmaterial, considerados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, en los cuales se incluyen:

[...]

II - los modos de crear, hacer y vivir;

[...]

En tratándose del patrimonio cultural del país, las tierras ocupadas por comunidades tradicionales son destinatarias de especial protección; además, son bienes que integran el **“patrimonio histórico”** (e inmaterial), y son bienes inventariados (“tombados”, en portugués), cuando corresponden a **“sitios poseedores de reminiscencias históricas de los antiguos ‘quilombos’**, conforme al párrafo 5.º del artículo 216 de la Constitución. Por ese motivo, la regularización de tales propiedades no puede apartarse de los **procesos culturales de su ocupación**.

La decisión mencionada reconoce la importancia de la presencia de los grupos tradicionales en la región amazónica, por su **forma de interacción con la foresta**, que es un factor de protección de la “biodiversidad” y de “inclusión social de los pequeños propietarios que ejercen cultura efectiva en el área”. Eso significa que la propiedad protegida contra la transmisión a terceros también protege del fraude y del riesgo de despojo y expulsión a los pequeños propietarios de tierra; riesgo históricamente presente en Brasil y Colombia por medio de variados procesos de ocupación, violencia e inviabilización de los usos

tradicionales de la tierra. En ese caso, el **derecho al trabajo** está implícitamente reconocido como **derecho vinculado a la tierra**.

La decisión reconoce que hay **relaciones culturales con el medio ambiente** que dependen intrínsecamente de su preservación. La presencia de grupos humanos que fortalecen tales vínculos es un factor de protección ambiental, lo que, jurídicamente, equivale a reconocerles el papel de **guardianes del medio ambiente** o a declarar **derechos bioculturales** de estos pueblos y de la foresta. Ese reconocimiento, reiterado en varias decisiones de la corte brasileña, es compatible con decisiones de la Corte Constitucional de Colombia (y de otros países) que declaran a los pueblos indígenas y tribales como guardianes de ecosistemas específicos, como se verá, lo que también puede impulsar los avances de la jurisprudencia local.

La decisión también reconoce que la **foresta amazónica** es **patrimonio nacional**, y que no puede ser explotada a tal punto que se genere su degradación. Infortunadamente, la corte no declaró esto mismo de manera expresa al deliberar sobre el Nuevo Código Forestal, política que deberá ser modificada, antes de que los daños causados a ese ecosistema sean irreversibles e, inclusive, comprometan la regularidad del régimen de lluvias de Brasil y de gran parte de América del Sur.

La jurisprudencia colombiana, por sus avances sistematizados en la protección del derecho colectivo al agua y al medio ambiente sano, camina más allá de los trillados límites de la jurisprudencia brasileña, como se indicará en seguida, y puede dar ejemplos jurisprudenciales relevantes, especialmente para la declaración de estados de cosas inconstitucionales y para fijar **parámetros técnicos constitucionales** basados en el **constitucionalismo multinivel**, con el fin de **implementar derechos fundamentales de carácter prestacional**.



### **C. Las sentencias T-622 de 2016 y T-302 de 2017 de la Corte Constitucional colombiana y la importancia de la sistematización e institucionalización de los métodos deliberativos para la implementación de los DESCAs en el marco del constitucionalismo dialógico pluralista**

Dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional colombiana son relevantes como ejemplos de casos en los que se protege el medio ambiente, el derecho al agua, los derechos de los indígenas y sus territorios, tanto por su contenido como por el método deliberativo, que revela la amplitud de instrumentos utilizados por la corte, incluido el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho y la **tutela estructural**, a partir del reconocimiento de un “estado de cosas” violatorio de derechos fundamentales de modo masivo (o estado de cosas inconstitucional): las sentencias **T-622 de 2016** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y **T-302 de 2017** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez).

El relato sistematizado de las dos sentencias indica cómo el estilo deliberativo de la corte favorece la aplicación de los derechos fundamentales, especialmente cuando el caso involucra la **implementación de derechos complejos** y que contienen **facetas prestacionales**.

Generalmente, la estructura de las sentencias constitucionales sobre derechos de ese tipo contienen: el relato del caso, el **contexto** del problema y los principales **argumentos** de cada parte o interesado; la identificación del **problema** que será resuelto y de los **temas** y/o subtemas a él vinculados; el tratamiento de cada tema y/o subtema, indicando su **marco normativo** (constitución, leyes y dispositivos normativos nacionales e internacionales aplicables); la **línea jurisprudencial** y/o los precedentes de cada tema y/o subtema; el **análisis fáctico**; la **solución del problema**; la expedición de las **órdenes** y la **forma de seguimiento**.

Las sentencias referidas, además de tener esa estructura argumentativa, incorporan innovaciones conceptuales, al sistematizar los elementos que constituyen la idea (sustantiva) de “**derechos bioculturales**”, en el caso de la sentencia **T-622 de 2016**, y aquellos (sustantivos y procedimentales) que identifican el “**estado de cosas inconstitucional**”, cómo reconocerlo y cómo analizar el nivel de **implementación de las políticas públicas** cuestionadas o medir la **eficacia futura de las órdenes expedidas**, en el caso de la sentencia **T-302 de 2017**. Ambas decisiones ilustran varios elementos del método deliberativo sistematizado en el primer capítulo de la investigación, lo que demuestra la consolidación de la práctica analizada en la Corte Constitucional colombiana.

La sentencia **T-622 de 2016** decidió una demanda presentada por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” en representación de consejos comunitarios, asociaciones, el foro interétnico y otros grupos vinculados territorialmente a la región de Chocó, en contra del presidente de la República y otros.

La decisión, inicialmente, se refiere a las características de la región donde viven los representados, que tiene una presencia mayoritaria de población afrodescendiente, seguida de la población indígena y de la población campesina mestiza.

Según la sentencia, los actores indican que “[l]as comunidades han hecho de la cuenca del río Atrato no solo su territorio, sino el espacio para reproducir la vida y recrear la cultura”. Sin embargo, la explotación minera y forestal ilegal contaminó el río Atrato y sus afluentes y causó sedimentación en su curso. Además, el Estado abandonó la región, en la que casi la mitad de la población vive en pobreza extrema y más del 80 % tiene sus necesidades básicas insatisfechas. Todo esto, relatan, generó la **violación masiva de diversos derechos fundamentales**, como los derechos “a la vida, a la salud, al agua, a

la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes”.

Los demandantes le pidieron al juez constitucional que tutelara los derechos fundamentales a la **vida**, a la **salud**, al **agua**, a la **seguridad alimentaria**, al **medio ambiente sano**, a la **cultura** y al **territorio** y que, 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 aledaños”.

La sentencia describe el problema jurídico que la corte tuvo que resolver, en los siguientes términos:

[D]eterminar 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 demandadas (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 medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas accionantes. (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/2016, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

También especifica los temas analizados y el orden de examen de los problemas, así: (i) la fórmula del Estado social de derecho en relación con a) la relevancia constitucional de la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad y b) el derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas, como garantía de los modos de vida tradicionales; (ii) la minería y sus efectos sobre el agua, el medio ambiente y las comunidades étnicas, en relación con el principio de precaución, y (iii) el análisis del caso concreto.

En lo que se refiere al **papel del Estado social**, la sentencia reitera la jurisprudencia consolidada en otras decisiones y afirma que el capítulo de principios y derechos fundamentales incorporado a la Constitución colombiana

funciona como una **“caja de herramientas constitucional para la construcción de un Estado social de derecho”** (resaltado original), del que derivan los siguientes **“mandatos y obligaciones constitucionales”**, conforme los precedentes de la corte:

- (i) defensa de los principios y derechos fundamentales y el acatamiento de los principios rectores de la actividad estatal;
- (ii) promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas en favor de los grupos marginados o discriminados;
- (iii) protección especial a las personas que por su condición social, económica, física o mental (mujeres embarazadas, mujeres cabeza de familia, menores, personas de la tercera edad, en condición de discapacidad, desempleados, pensionados, enfermos, comunidades étnicas, minorías sexuales, entre otros), se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta;
- (iv) necesidad de adopción, por parte del Congreso, de medidas legislativas que permitan la construcción de un orden político, económico y social justo;
- (v) garantía de los derechos que permitan el disfrute de condiciones básicas para mantener o mejorar la calidad de vida de las personas de manera digna;
- (vi) promoción y defensa del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de la nación;
- (vii) respeto por los principios fundantes de la solidaridad y la dignidad humana;
- (viii) el interés superior en la protección del medio ambiente a través de la denominada “Constitución Ecológica”;
- (ix) la prevalencia del interés general;
- (x) priorización sobre cualquier otra asignación al gasto público social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento básico y agua potable, entre otras, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales.

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/2016, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Así mismo, afirma que la implementación del modelo de Estado social exige que los órganos estatales **“construyan y articulen una realidad institucional”** (con la colaboración entre Estado y sociedad) “que responda a los principios fundamentales de una organización social justa que permita dar solución a las **necesidades básicas insatisfechas** que deben ser atendidas de manera prioritaria” (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/2016, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Ese modelo de Estado importaría, como se declara en la sentencia, para la “vinculación jurídica de las autoridades” a unos principios que buscan la **igualdad material**, con el fin de “corregir las desigualdades existentes, promover la **inclusión** y la **participación** y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales”. En esa tarea, afirma, se deberían observar los principios de: justicia social y distributiva, autonomía de las entidades territoriales, pluralista, diversidad étnica y cultural de la Nación, dignidad humana, solidaridad, prevalencia del interés y bienestar generales.

En el proceso intervinieron diversas instituciones, algunas en condición de *amicus curiae*. Por la relevancia de sus manifestaciones y por su legitimidad para denunciar violaciones de derechos humanos y producir investigaciones en ese campo, se destacan dos intervenciones: la de la Defensoría del Pueblo y la del Centro de Estudios para la Justicia Social - Dejusticia, que propusieron políticas públicas coordinadas en la región.

La Defensoría del Pueblo consideró que existe “una vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de las comunidades que habitan en la cuenca del río Atrato y sus afluentes”, que “se ha realizado de manera continua durante un periodo prolongado y que ha afectado una población de gran tamaño en donde se involucran derechos colectivos de las comunidades negras y étnicas de la región”.

Según la defensoría, la vulneración se produjo por la **debilidad institucional**, de modo que la corte debía analizar la falta de políticas públicas en la región, en cuanto a: “(i) política pública frente a minería ilegal, (ii) política pública para el desarrollo de la minería legal en el país (licenciamiento ambiental y consulta previa), (iii) política pública de desarrollo económico y garantía de necesidades básicas para la población del Chocó” (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/2016, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

En ese sentido, propuso que la corte “declarara un Estado de Cosas Inconstitucionales”, indicó las órdenes que debería impartir y sugirió un mecanismo de seguimiento.

Por su parte, Dejusticia se refirió a distintas problemáticas que afectan la zona, vinculadas estrechamente: “(i) actividades mineras ilegales; (ii) contaminación de las fuentes hídricas; (iii) efectos de la minería mecanizada sobre la vida y la salud de los habitantes de la cuenca del Atrato; (iv) consecuencias de la actividad minera sobre los grupos étnicos del lugar; (v) discriminación e inequidad ambiental; (vi) conflicto armado; (vii) explotación forestal; (viii) debilidad institucional y (ix) deficiencias en infraestructura y servicios públicos” (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/2016, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

La entidad propuso “una serie de alternativas que permitan superar el Estado de Cosas Inconstitucionales” e indicó que “las sentencias dialógicas tienen mayores probabilidades de tener efectos significativos sobre la materialización de los derechos”. En ese sentido, planteó tres alternativas de seguimiento: “sala de seguimiento, nombrar comisionados o relatores y aumentar el reconocimiento de las organizaciones de la sociedad civil”. Además, indicó que “las medidas que se establezcan para mejorar la debilidad institucional deben ser articuladas en términos de legitimidad y eficacia”, para efectivizar “la construcción del Estado en los territorios”.

Mediante inspección judicial, se produjo una prueba de materia fáctica, cuya copia, con registros fotográficos, se anexó a la decisión. Esto incluyó registros sobre los daños causados al río y a la foresta de algunas áreas de la región.

La corte examinó los derechos vulnerados, reiteró jurisprudencia sobre la protección al medio ambiente sano, avanzó en la constitución de jurisprudencia

que supera el paradigma antropocéntrico e incorporó la idea de los **derechos bioculturales** en el análisis ambiental, ante la **estrecha relación, evidenciada en el caso concreto, entre comunidades afrodescendientes e indígenas, el territorio y el medio ambiente.**

La decisión declaró la “relevancia constitucional que tiene la protección de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad”; recuperó los marcos normativos y avanzó en la protección al medio ambiente, integrado al territorio, considerando los siguientes aspectos:

- (i) **la riqueza natural y cultural de la nación;**
- (ii) **la Constitución Ecológica y la biodiversidad;**
- (iii) **el concepto y alcance de los derechos bioculturales;**
- (iv) **la protección especial de los ríos, los bosques, las fuentes de alimento, el medio ambiente y la biodiversidad, en concreto respecto del derecho fundamental al agua, la protección de la naturaleza y la seguridad alimentaria.**  
(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/2016, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

La decisión reconstruyó la jurisprudencia ambiental de la corte, reiterando que “la defensa del medio ambiente sano constituye un objetivo fundamental dentro de la actual estructura del ESD [Estado Social de Derecho] colombiano”, y que este objetivo es “un bien jurídico constitucional que reviste una triple dimensión”, pues es un “principio”, un “derecho constitucional fundamental y colectivo exigible por todas las personas a través de diversas acciones judiciales” y una “obligación” del Estado.

También afirmó que “es posible establecer al menos tres aproximaciones teóricas” que informan la protección especial ambiental en la jurisprudencia:

- (i) en primer lugar, se parte de una visión **antropocéntrica** (sentencia T-411 de 1992) que concibe al ser humano presente como única razón de ser del sistema legal y a los recursos naturales como simples objetos al servicio del primero, (ii) un segundo punto de vista **biocéntrico** (sentencia C-339 de 2002) 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; (iii) finalmente, se han formulado posturas **ecocéntricas**

(sentencia C-595 de 2010) que conciben a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos y que respaldan cosmovisiones plurales y alternativas a los planteamientos recientemente expuestos (sentencias T-080 de 2015 y C-449 de 2015).

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/2016, 2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

La sentencia explica que “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 este modo, la **naturaleza** es concebida como un **auténtico sujeto de derechos** que debe ser reconocido por los Estados, y cuyos derechos deben ser ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, como, por ejemplo, “las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella”.

Tal postura, según la decisión, “cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta, al igual que los saberes, usos y costumbres ancestrales legados por los pueblos indígenas y tribales”. A partir de esa visión, agrega, se deben interpretar “los derechos colectivos de las comunidades étnicas en relación con su entorno natural y cultural”, lo que se ha denominado “**derechos bioculturales**”.

Desde esta perspectiva, registra que “la conservación de la biodiversidad conlleva necesariamente a la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella”, lo que implica que “las comunidades deben mantener su herencia cultural distintiva”.

La sentencia resume la concepción de “bioculturalidad” que adopta, sus elementos, derivados de la “profunda unidad entre naturaleza y especie humana”, y los siguientes “elementos complementarios”:

- (i) los *múltiples modos de vida* expresados como diversidad cultural están íntimamente vinculados con la diversidad de ecosistemas y territorios;



(ii) la riqueza expresada en la *diversidad de culturas, prácticas, creencias y lenguajes* es el producto de la interrelación coevolutiva de las comunidades humanas con sus ambientes y constituye una respuesta adaptativa a cambios ambientales;

(iii) las relaciones de las diferentes culturas ancestrales con plantas, animales, microorganismos y el ambiente contribuyen activamente a la biodiversidad;

(iv) *los significados espirituales y culturales* de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre la naturaleza forman parte integral de la diversidad biocultural; y

(v) la conservación de la diversidad cultural conduce a la conservación de la diversidad biológica, por lo que el *diseño de política, legislación y jurisprudencia debe enfocarse por la conservación de la bioculturalidad*<sup>247</sup>.

(Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/2016, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

En la perspectiva del análisis normativo multinivel, la corte destaca los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad y que “contribuyen a fundamentar constitucional y legalmente la relación intrínseca que existe entre diversidad biológica y cultural”. Estos son: Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169, 1989), Convenio sobre la diversidad biológica (CDB) (Naciones Unidas, 1992c), Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Naciones Unidas, 2007), Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (Organización de los Estados Americanos, 2016) y Convención de la Unesco para la salvaguardia del patrimonio cultural Inmaterial (Naciones Unidas, 2003).

Registra, además, que el CDB permite establecer “**Protocolos Comunitarios Bioculturales**” que constituyen una herramienta útil para que el Estado colombiano cumpla la obligación de “proteger las diversas formas de relación que las comunidades étnicas tienen con sus tierras, territorios y organismos biológicos y los conocimientos asociados a su uso”, y que “evidencia la necesidad de desarrollar un enfoque que integre bajo una misma cláusula de

---

<sup>247</sup> Apud Posey, D. A.; Dutfield, G.; Plenderleith, K.; da Costa e Silva, E. & Argumedo, A. (1996). Traditional resource rights: International instruments for protection and compensation for Indigenous peoples and local communities. Gland: International Union for the Conservation of Nature.

protección, la diversidad biocultural de la nación”, que será utilizado como **“criterio cardinal de la política pública y la legislación nacional”**.

La decisión reconstruye la línea jurisprudencial de la corte y menciona las sentencias que sientan las bases para la **protección de la diversidad cultural**, esto es:

- **Sentencia T-188 de 1993** (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), que “resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan”, lo que constituye un elemento integrante de la “cosmovisión” y de la “religiosidad indígena”.
- **Sentencias T-380 de 1993** (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y **T-428 de 1992** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 1992, M.P. Ciro Angarita Barón), que reconocen que “la comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos”.
- **Sentencia T-257 de 1993** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero), según la cual “los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras”.
- **Sentencia C-027 de 1993** (Corte Constitucional, Sala Plena, 1993, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez), que retiró del orden jurídico concepciones religiosas que puedan tener un carácter “integracionista u homogeneizado[r]” al imponer una religión sobre las otras, y que desconocen “la dignidad y autonomía de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas, y por tanto su diversidad en materia religiosa y espiritual”.
- **Sentencia T-342 de 1994** (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell), según la cual “la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado”.
- **Sentencia C-519 de 1994** (Corte Constitucional, Sala Plena, 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), que reconoce la “conveniencia de establecer un régimen de propiedad intelectual en materia de diversidad biológica, pues en él debe gozar de protección especial el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, lo cual, por lo demás, tiene respaldo en el deber del Estado de proteger el patrimonio natural y ecológico de la Nación (artículos 8º y 27 C.P.)”.
- **Sentencia C-139 de 1996** (Corte Constitucional, Sala Plena, 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz), que declara que expresiones como “salvajes” y “reducción a la civilización” desconocen “la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural”. Además, reitera que una “concepción pluralista de las relaciones interculturales, como la adoptada por la

Constitución de 1991, rechaza la idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas”.

- **Sentencia SU-510 de 1998** (Corte Constitucional, Sala Plena, 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), según la cual “el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica”, sino que configura el reconocimiento del “carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana” y de “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”.
- **Sentencia T-652 de 1998** (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz), que reiteró la Sentencia SU-039 de 1997 (Corte Constitucional, Sala Plena, 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell), según la cual en casos de explotación de los recursos naturales en territorios indígenas, es necesario “armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios”.
- **Sentencia T-955 de 2003** (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis), que extiende la interpretación del Convenio 169 de la OIT (1989) a las comunidades negras, consolidando “un enfoque biocultural” que reconoce “los vínculos de los modos de vida de los pueblos indígenas, tribales y las comunidades étnicas con los territorios y la utilización, conservación y administración de sus recursos naturales”.
- **Sentencia C-1051 de 2012** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), según la cual “los grupos étnicos requieren para sobrevivir y para desarrollar su cultura del territorio en el cual están asentados”, incluido “el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en tales territorios, mediante el desarrollo de actividades comunes como la caza, la pesca y la agricultura”, temas que representan “un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos”. Por ese motivo, deben “participar e intervenir en las decisiones que guarden relación con tales actividades”;
- **Sentencia T-576 de 2014** (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), que “amparó el derecho a la identidad cultural y al reconocimiento de la cultura ancestral de las comunidades negras como distinta de la mayoritaria nacional”. Por ello, reconoció el derecho de tales grupos a “pronunciarse sobre aquellos proyectos o decisiones que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones”.

Después de reconstruir la línea jurisprudencial que establece la relación inseparable entre las comunidades tradicionales, su ambiente y las prácticas sociales representativas de su modo de vida, la corte consolidó la noción de

“**derechos bioculturales**” de esas comunidades, a partir de la interpretación sistemática de los dispositivos de la Constitución colombiana y de su integración con instrumentos internacionales.

La decisión también recuperó la línea jurisprudencial relativa al **derecho al agua** en las perspectivas **individual** y **colectiva** (examinadas en casos antecedentes) y registró la importancia de **proteger los bosques** para garantizar la seguridad alimentaria de las comunidades étnicas.

Examinó, además, el marco legal y jurisprudencial de la relación entre minería y medio ambiente, incluida la minería ilegal, y la necesidad de **proteger a las fuentes hídricas** de la contaminación por dicha actividad, conforme a la intervención de la Defensoría del Pueblo, que destacó los impactos más nocivos: (i) “**destrucción de fuentes hídricas**” por sedimentos que afectan “la velocidad” del río y “la oxigenación del agua”; (ii) “**riesgo para la salud y el ambiente**” por la presencia de “de grasas, aceites, residuos de combustible y de mercurio, resultado de los procesos de minería del oro”, que generan problemas para la salubridad pública, destrucción de la fauna íctica, la avifauna y la fauna terrestre, y (iii) “**pérdida de biodiversidad y erosión genética por intervención y destrucción de ecosistemas frágiles**”, lo que incide “de forma negativa en la seguridad alimentaria de las comunidades asentadas en las cuencas de los ríos”.

Comprobada la contaminación por mercurio, la corte analizó la normativa aplicable a esa sustancia como “sustancia tóxica contaminante”, incluyendo la incidencia del Convenio de Minamata sobre el mercurio (Naciones Unidas, Pnuma, 2013).

En ese sentido, reafirmó la aplicación de los principios rectores del derecho ambiental, especialmente de los principios de **precaución** y **prevención**, y la incidencia de la jurisprudencia que fortalece tales principios, “**bajo el criterio superior del *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura*”.**

Después de analizar la normativa aplicada a cada tema objeto de la demanda, en perspectiva multinivel, y de fijar el entendimiento aplicable, la corte examinó el caso concreto y concluyó que:

Las autoridades estatales demandadas son responsables de la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas demandantes por su conducta omisiva al no realizar acciones efectivas para detener el desarrollo de actividades mineras ilegales, que han generado la configuración de grave crisis humanitaria y ambiental en la cuenca del río Atrato (Chocó), sus afluentes y territorios aledaños.

La corte identificó una omisión en la **planificación e implementación de las políticas públicas** relativas a los problemas examinados, incluida la política minero-energética, frente a la cual verificó un déficit de gobernanza; además, identificó una **necesidad de fortalecimiento institucional** y una necesidad de creación de política para el sector, que “tenga en cuenta las realidades ambientales y sociales de la nación”. Por lo tanto, decidió revocar la decisión del Consejo de Estado y “CONCEDER a los actores el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio”.

La decisión también reconoció al “**Río Atrato, su cuenca y afluentes como entidad sujeto de derechos**” y determinó la realización de un plan de descontaminación del río y sus afluentes y la recuperación de sus ecosistemas, para evitar daños adicionales a la cuenca. De acuerdo con la sentencia, ese plan debe incluir la **recuperación del cauce del río** y la **reforestación de sus márgenes**. La corte también ordenó conformar una **comisión de guardianes del río** y un **panel de expertos**, para verificar el cumplimiento de las órdenes y la **participación de las comunidades étnicas en el diseño y la ejecución de los planes**. Esto incluye el restablecimiento de los derechos culturales de las comunidades y la realización de estudios toxicológicos en el río relacionados con la contaminación por la minería ilegal, entre otras medidas de recuperación ambiental y social. **El seguimiento de la sentencia involucra la participación**

**de órganos públicos, afectados, expertos, sociedad civil y miembros del comité de guardianes del río.**

La tutela estructural del medio ambiente y de las comunidades tradicionales revela la **persistente omisión estatal** que repite el **patrón de exclusión social** de los mismos grupos históricamente marginados. En algunos casos, esto se ha dado con la repetición del patrón de **desplazamiento** de la población local, para cederles el territorio a los “neocolonizadores”. Así ocurrió con los indígenas wayúu, con relación a los cuales se reconoció el estado de cosas inconstitucional, con la recomendación de avanzar en la investigación de las causas estructurales del problema del agua en la región.

La sentencia que, además de la anterior, avanza en el análisis de las **políticas públicas** propuestas y de su **adecuación cultural** para ese grupo indígena es la T-302 de 2017 (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez). Esta decisión también es relevante desde el punto de vista deliberativo, por las precisiones que hace acerca del instituto del **“estado de cosas inconstitucional”**.

En ese caso, es relevante registrar que la acción de tutela se interpuso por medio de “agencia oficiosa”, figura mediante la cual un tercero promueve la defensa de personas vulnerables que no podrían defenderse por sí mismas. La Corte constitucional reconoció la legitimidad del agente para solicitar la protección de niños indígenas con múltiples derechos vulnerados, especialmente, la salud, el agua y la alimentación, a fin de dar cumplimiento a las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La acción recibió el apoyo de la Defensoría del Pueblo, de la Procuraduría General de la Nación y de entidades representantes de autoridades indígenas y de la sociedad civil.

La aceptación de la acción de tutela cuando la agencia oficiosa involucra la protección de niños y niñas ya estaba asentada en jurisprudencia anterior

(Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-120/09, 2009, M.P. Clara Inés Vargas Hernández). De otro lado, además de que la acción buscaba proteger a un colectivo de niños y niñas, los derechos objeto de la demanda contenían “**facetas prestacionales**” y de **cumplimiento inmediato**, como la institución de un plan que garantizara el goce específico del derecho vulnerado, cuestión que también es pacífica en la jurisprudencia de la corte, conforme a las sentencias **T-595 de 2002** (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), **T-508 de 2010** (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 2010, M.P. Mauricio González Cuervo), **T-192 de 2014** (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y **T-269 de 2016** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 2016, M.P. María Victoria Calle Correa). Estas sentencias coinciden en determinar que los derechos fundamentales reconocidos se transformen en **políticas públicas efectivas**:

Las **facetas prestacionales** de los derechos fundamentales de aplicación progresiva suponen, al menos, un **contenido básico exigible judicialmente**, no sometido a debate en una democracia, a saber: *el derecho constitucional a que exista un plan escrito, público, orientado a garantizar progresiva y sosteniblemente el goce efectivo del derecho, sin discriminación y con espacios de participación en sus diferentes etapas que, en efecto, se estén implementando*. Cuando el juez de tutela constata que una política pública desconoce abiertamente alguno o varios de estos parámetros mínimos, estará ante una violación a la Constitución Política.

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez).

La corte registró la existencia de una sentencia anterior (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-466/16, 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo), que fue tenida en cuenta para advertir que la decisión, además de la protección especial de los niños y las niñas, debe examinar las **políticas públicas aplicadas** y su **adecuación a la cultura de los afectados**, en los términos específicos de la tutela.

Los problemas jurídicos que la corte resolvió fueron:

¿Se vulneran los derechos fundamentales al desarrollo armónico e integral de las personas menores de edad, al agua, a la salud y a la alimentación de los niños y niñas del pueblo Wayúu, debido a que (i) la actuación de las autoridades estatales es insuficiente para resolver la situación generalizada de desnutrición y muertes en la Guajira y (ii) con ocasión de la omisión de las autoridades estatales en formular e implementar programas que atiendan a la realidad de las comunidades destinatarias y que tengan en cuenta los usos y costumbres que los circunscriben?

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez).

La corte analizó las violaciones de derechos impugnadas y las políticas públicas adoptadas, recopilando las líneas jurisprudenciales adoptadas en otros casos, lo que se destacará en seguida con relación **al agua**, sin dejar de advertir que las violaciones a los derechos a la salud y a la alimentación también estaban directamente relacionadas con el agua.

La sentencia reiteró que, desde los comienzos de su jurisprudencia, como se vio en los análisis de las primeras sentencias, la corte estableció que el derecho al acceso al agua potable es fundamental. Es el caso de las sentencias **T-406 de 1992** (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 1992, M.P. Ciro Angarita Barón), **T-570 de 1992** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein), **T-578 de 1992** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero) y **T-539 de 1993** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Sobre el particular, la sentencia que se analiza dijo:

El agua constituye **fuentes de vida** y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el **servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado** en tanto que afecte la vida de las personas, la salubridad pública o la salud, es un **derecho constitucional fundamental** y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela. En este caso el servicio de acueducto no cumple con la finalidad de satisfacer las necesidades esenciales de las personas naturales, pues en este caso la conexión o la habilitación del predio para la construcción posterior de las viviendas beneficiaría a una persona jurídica para las cuales no constituye derecho constitucional fundamental.

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez).



En cuanto a los requisitos para considerar cumplida la obligación del Estado, la corte reiteró que los parámetros que se deben tener en cuenta son los de la Observación General n.º 15 del CDESC, y que tal derecho debe ser considerado como un “derecho social autónomo” (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-270/07, 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería):

[...] el agua potable a la luz del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, en virtud del cual se acoge como criterio de interpretación válido la recomendación No. 15 del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, debe considerarse como un derecho social autónomo.

A partir de los análisis realizados, la corte concluyó que se violó el derecho al agua, y determinó sus vínculos con la violación a los demás derechos, en los siguientes términos:

Este derecho está intrínsecamente relacionado con los demás derechos que se alegan vulnerados, como lo son la **alimentación y la salud, en tanto el agua constituye una fuente de vida que permita a las personas mantener niveles de bienestar mínimos**. Esto hace, precisamente, que su protección sea procedente a través de la acción de tutela y no a través de una acción colectiva o popular, pues no es la faceta colectiva la que se protege en este asunto. **En efecto, es uno de los casos en los que más claramente se ve la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos fundamentales. No existe duda que sin el acceso al agua las poblaciones, además de no poder tomar líquido, tampoco pueden cocinar, y en consecuencia, tampoco subsistir. Debe ser agua con calidad de consumo, pues sin un alimento seguro, su salud se deteriora a tal punto que puede llevarlas a la muerte**. Así, se ha determinado que el riesgo de **inseguridad alimentaria** aumenta en las temporadas secas o de bajas lluvias, en las que las comunidades no cuentan con fuentes hídricas. Como se mostrará posteriormente, el contexto de las comunidades wayúu evidencia lo crucial que es la garantía efectiva del acceso al agua. Son comunidades étnicas tradicionales en condiciones desérticas, alejadas unas de las otras, enfrentando fuertes retos ambientales, políticos y sociales, situación que no les permite soportar ser “los últimos en la fila” (negrillas fuera de texto) (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez)

La corte declaró que hubo una “**vulneración grave y persistente**” del **derecho al agua** por dificultades de “**disponibilidad y accesibilidad**”. No obstante, los informes citados en la decisión, incluido el de la Defensoría del

Pueblo, también advirtieron la **falta de calidad adecuada del agua disponible**. En ese sentido, concluyó que “[s]in agua potable disponible, accesible y de calidad, ningún esfuerzo de alimentación o de atención en salud podrá solucionar la crisis de muertes de niños y niñas en La Guajira”:

Aunque en cualquier país existen brechas sociales entre poblaciones y entre regiones, para la Corte no es compatible con los principios del Estado Social de Derecho que en Colombia haya un departamento donde un niño tiene sesenta veces más probabilidad de morir por desnutrición que en la capital, ni que haya una etnia entera cuya niñez se vea amenazada por el hambre. La sucesión de muertes de niños y niñas en La Guajira, y en especial de niños y niñas pertenecientes al pueblo Wayúu, habla por sí sola. De las descripciones de cada una de las situaciones de la disponibilidad de los derechos afectados, se observa que **existe un panorama que exige la toma de decisiones complejas y de corto y largo plazo en las que se encamine la coordinación de las entidades nacionales y territoriales**. En este sentido la Corte acoge en su integridad el análisis de la situación realizado por el Tribunal Superior de Riohacha.

En conclusión, la Corte encuentra que **los niños y niñas del pueblo Wayúu están sufriendo una vulneración generalizada, desproporcionada e injustificada de los derechos al agua, a la alimentación y a la salud**. La Corte por lo tanto confirmará los fallos de primera y segunda instancia en cuanto ampararon los derechos de los niños wayúu (negrillas fuera de texto)  
(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez)

La corte también analizó los informes relativos a las políticas públicas implementadas por el Estado colombiano, verificó que existían **insuficiencias**, con base en parámetros constitucionales, y declaró que:

[l]a Corte Constitucional no es competente para formular, ejecutar, evaluar o hacer seguimiento de las políticas públicas. Su competencia es para **confrontarlas con los parámetros mínimos constitucionales** y verificar que en **su ejecución se cumpla con un mínimo del goce efectivo de los derechos fundamentales** que se pretendan valer.

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez)

A partir de tal precisión, sistematizó los criterios de la jurisprudencia constitucional para **verificar si un proyecto instituido proporciona o no el goce efectivo de derechos**, consolidando los pasos para estructurar un

**modelo constitucional de análisis de política pública** que contribuya a la constitución de derechos fundamentales vulnerados, lo que ayuda a **perfeccionar el método deliberativo** y el **seguimiento de las decisiones sobre políticas públicas en DESCA**.

La corte declaró, entonces, que “[t]odos los derechos tienen una faceta negativa” y, en esos casos, la obligación del Estado es abstenerse de vulnerarlos por acción. Además, reconoció que **“todos los derechos tienen también una faceta positiva”** (prestacional), y que **esta exige** que el Estado **adopte “acciones”**, algunas de las cuales exigen **“la formulación e implementación de políticas públicas para asegurar el goce efectivo del derecho”**.

Esa clasificación, agregó la corte, **“es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos”**, en la medida que:

[E]n materia de derechos civiles y políticos sostiene que **los Estados deben respetar y garantizar los derechos**<sup>248</sup>, y en relación con ciertos derechos económicos, sociales y culturales señala que estos deben **“respetar, proteger y realizar”**, **“respetar, proteger y cumplir”**, o **“respetar, proteger y aplicar”**. Dichas categorías reflejan que, también en el plano internacional, todos los derechos humanos tienen una faceta negativa o de abstención y una **positiva o de acción de parte del Estado**.

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez).

En cuanto a la **faceta positiva** o **prestacional** de los derechos constitucionales, la corte declaró que estos tienen **dos contenidos**: **“un contenido mínimo indisponible y un contenido adicional de realización progresiva”**. Sobre el primero, aclaró que:

[E]n general, se observa una tendencia a proteger como **contenidos de cumplimiento inmediato** aquellos que, por tratarse de acciones simples del Estado, no requieren mayores modificaciones en las prioridades

---

<sup>248</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2. Ver también: Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 31, “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 6: “La obligación jurídica prescrita en el párrafo 1 del artículo 2 es tanto de carácter negativo como positivo” (cita contenida en la sentencia T-302 de 2017).

presupuestales<sup>249</sup> y los que demandan una **acción estatal inmediata debido a “la gravedad y urgencia del asunto”**<sup>250</sup>, por ser **“imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”**<sup>251</sup>, o por existir una norma constitucional expresa<sup>252</sup>.

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez)

En lo que se refiere a los **contenidos prestacionales**, declara la sentencia que “no son de aplicación inmediata” y “están sujetos al principio de progresividad” y a las decisiones de las autoridades políticas.

No obstante, para la corte, la **discrecionalidad de las decisiones políticas de las autoridades públicas no es absoluta**, pues:

**(i) “la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal”** (sentencia C-493 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa) y

**(ii) hay un “derecho constitucional a que exista un plan escrito, público, orientado a garantizar progresiva y sosteniblemente el goce efectivo del derecho, sin discriminación y con espacios de participación en sus diferentes etapas que, en efecto, se estén implementando”** (sentencia T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa, que recoge y sistematiza los fundamentos contenidos en otras sentencias), **lo que implica que:**

**(a) “el juez constitucional debe intervenir en los casos en que no existe una política”**<sup>253</sup>;

**(b) esta no se encuentra orientada al goce efectivo de los derechos;**

**(c) no ha contado con espacios de participación** (sentencia T-291 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez) **o**

<sup>249</sup> Corte Constitucional, sentencias T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-235 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) (cita contenida en la sentencia T-302 de 2017).

<sup>250</sup> Corte Constitucional, sentencias T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-294 de 2009 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez) (cita contenida en la sentencia T-302 de 2017).

<sup>251</sup> Corte Constitucional, sentencia T-235 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) (cita contenida en la Sentencia T-302 de 2017).

<sup>252</sup> Por ejemplo, los derechos previstos en los artículos 44 y 50 de la Constitución Política son mínimos indisponibles que pueden ser exigidos directamente mediante la acción de tutela (cita contenida en la sentencia T-302 de 2017). Ambos derechos se refieren a la protección preferencial a los niños.

<sup>253</sup> Sentencias T-595 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-294 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez; T-553 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, y T-043 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

**(d) simplemente, ha quedado en el papel y no ha producido cambios en el terreno** (sentencia T-291 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez).

En caso de que **la política pública exista**, la corte sostiene que esta puede ser exigida vía acción de tutela, para lograr **“el cumplimiento de obligaciones que hayan recibido concreción política”** (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-235/11, 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), pues, en ese caso, el papel del juez constitucional sería **“implementar la voluntad legislativa y administrativa en casos concretos”**. Finalmente, se debe observar el cumplimiento del principio de **progresividad**, según el cual las autoridades “legislativas y administrativas tienen un margen de discrecionalidad reducido cuando deciden disminuir las prestaciones que anteriormente se han garantizado, y, por lo tanto, **corresponde al juez constitucional ejercer un control estricto sobre las medidas regresivas”**.

La corte considera regresivas, por ejemplo, las medidas que: **(i) recortan o limitan el ámbito sustantivo de protección del derecho; (ii) aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho y (iii) disminuyen o desvían los recursos destinados a la satisfacción del derecho.**

Para analizar si se aplicó una medida regresiva, la corte propone una ponderación en tres pasos: **(i) determinar si efectivamente se está ante una medida regresiva, (ii) verificar que no se esté comprometiendo el contenido mínimo no disponible de la faceta prestacional del derecho y (iii) verificar que exista una deliberación democrática suficiente en la adopción de la medida regresiva, con la participación de los sectores afectados por las medidas restrictivas.** Además, las medidas **no pueden afectar a sujetos destinatarios de especial protección**, de modo que la decisión debe ser en contra de la medida, cuando exista duda sobre la justificación presentada.

En el caso concreto, la corte examinó si existía o no una política y la calidad de goce del derecho que ella proporcionaba, observando los siguientes puntos: **existencia de un plan; publicidad del plan; tiempos de progreso; goce efectivo del derecho; avance sostenible de la protección; no discriminación; e implementación del plan.**

El resultado del análisis indicó que **existía un plan a nivel nacional** (Alianza por el Agua y por la Vida), pero que este tenía las siguientes **“falencias de orden constitucional”**:

**(i) el plan es parcial**, pues no incluye todos los elementos ordenados inicialmente por el Tribunal Superior de Riohacha, ni todos los elementos anunciados por la Presidencia de la República para 2017; **(ii) el plan no es público**, pues no se encuentra publicado en un documento, no está traducido al wayuunaiki y no ha sido dado a conocer efectivamente a las comunidades wayúu; **(iii) el plan no contempla tiempos de progreso**, pues no tiene acciones contempladas más allá de 2017; **(iv) no se encuentra orientado al goce efectivo de los derechos**, pues no cuenta con indicadores de resultado y además no contempla el enfoque diferencial en su formulación; **(v) tanto el plan como las intervenciones puntuales tienen problemas críticos de sostenibilidad; (vi) ni en el plan ni en las intervenciones puntuales hay criterios transparentes para la selección de beneficiarios**, con lo cual no se está garantizando el derecho a la igualdad; y **(vii) ni en el plan ni en las intervenciones puntuales se están garantizando espacios de participación reales y efectivos.**

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez)

La corte concluyó, entonces, que en el caso examinado existía un **“Estado de Cosas Inconstitucional”**, definido por los siguientes elementos:

Un estado de cosas inconstitucional es (1) una **vulneración generalizada** de derechos fundamentales respecto de un número plural de personas, (2) causada por **fallas estructurales**. El estado de cosas inconstitucional no es una institución jurídica, sino una **constatación fáctica. El juez constitucional debe declararlo cuando lo evidencia**, pero la presencia o ausencia de un estado de cosas inconstitucional **no es requisito para dictar órdenes complejas** o estructurales. El estado de cosas inconstitucional ha sido descrito recientemente como el evento en que “el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal”, y en que **“las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía”**. En la sentencia T-

**025 de 2004** la Corte sistematizó seis factores que han sido valorados en la jurisprudencia para determinar la existencia de un estado de cosas inconstitucional:

- (i) **la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;**
- (ii) **la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;**
- (iii) **la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;**
- (iv) **la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.**
- (v) **la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;**
- (vi) **si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.**

(Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez)

A partir de ese modelo, la sentencia también declara que **cada situación debe ser tenida en cuenta en cada caso**, y que **no es necesario comprobar la ocurrencia de todos los factores**, pues basta con identificar cada situación a la luz de los **hechos del caso** u otros tipos “de circunstancias relevantes para establecer la existencia de un estado de cosas inconstitucional, que en los casos hasta ahora estudiados no se ha manifestado”. Esto se debe valorar, y el juez tiene la carga argumentativa de justificar la decisión.

La corte evaluó los hechos y llegó a la conclusión de que hubo una “vulneración generalizada de los derechos fundamentales de personas con una protección constitucional reforzada (como lo son los niños y niñas del pueblo Wayúu), causada por fallas institucionales en los niveles nacional y territorial, sin enfoque étnico en la planificación existente”.

Determinó, además, la implementación de una política pública que observe ocho objetivos mínimos constitucionales, **los cuatro primeros de carácter sustantivo y los otros cuatro de carácter procedimental**, con el fin de instituir “parámetros que permitan verificar que se está logrando el ejercicio constitucionalmente diligente y eficiente de las funciones administrativas”. Las políticas públicas que se instituyan deben observar todos los objetivos mínimos constitucionales, que, aplicados a los derechos vulnerados en el caso concreto, se traducen en:

- (1) aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua;
  - (2) mejorar la efectividad de los programas de atención alimentaria y aumentar la cobertura de los de seguridad alimentaria;
  - (3) aumentar y mejorar las medidas en materia de atención a la salud y
  - (4) mejorar la movilidad (la libertad de locomoción) de las comunidades Wayúu que residen en zonas rurales dispersas y apartadas;
  - (5) mejorar la información disponible para la toma de decisiones;
  - (6) garantizar la imparcialidad y la transparencia en la asignación de beneficios y en la selección de contratistas;
  - (7) garantizar la sostenibilidad de todas las intervenciones estatales en los diferentes niveles y
  - (8) garantizar un diálogo genuino con las autoridades legítimas del pueblo Wayúu.
- (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-302/17, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez)

La corte declaró la existencia de un **estado de cosas inconstitucional** con relación a los derechos a la **alimentación**, a la **salud**, al **agua potable** y a la **participación de los niños y niñas del pueblo Wayúu**. Además, declaró incumplidos los parámetros constitucionales mínimos para la ejecución de una política pública nacional, indicó los objetivos que se deben cumplir en los planes, determinó el seguimiento de las órdenes por parte de la Defensoría del Pueblo y su examen por parte del tribunal local y fijó los parámetros mínimos y los indicadores para considerar superado el estado de cosas inconstitucional.

A partir de las decisiones relatadas y del diálogo con teorías seleccionadas del constitucionalismo dialógico, se observa que la Corte



Constitucional colombiana practica, desde su creación, un modelo de deliberación que observa, en el campo de los derechos fundamentales, lo que proponen Roberto Gargarella (2013b) y Pisarello (2007), pero va más allá de las propuestas de dichos autores, conforme al modelo sistematizado en el primer capítulo de la investigación.

Uno de los resultados relevantes de la práctica institucional de la Corte Constitucional colombiana es que el **modelo deliberativo adoptado** contribuye a la consolidación de un **ethos institucional** que refuerza el compromiso con los mismos principios vigentes en el sistema normativo que aplica al deliberar sobre derechos fundamentales (universalidad, no discriminación, interdependencia, indivisibilidad y progresividad).

Además, la adopción de la **deliberación basada en un modelo de constitucionalismo multinivel y plural** le da a la corte elementos sustantivos y procedimentales para **diseñar un modelo constitucional de control de políticas públicas** que es coherente con los principios aplicables a los derechos fundamentales y que se adapta al contexto cultural específico de los afectados. Tal modelo incorpora los **criterios sustantivos y procedimentales** constitucionalmente válidos para inferir si una política pública obedece a niveles adecuados de goce del derecho fundamental examinado, y observa la **adecuación cultural** a los diferentes destinatarios de una sociedad que se reconoce plural y el respeto a los principios de publicidad, participación, inclusión, no discriminación y rendición de cuentas.

Otros elementos teóricos examinados ayudan a la sistematización del método deliberativo de la corte, porque tienen en cuenta que la **práctica dialógica** incrementa la **inclusividad** y la **imparcialidad** de las decisiones (Gargarella, 2001), a la vez que fortalece los aspectos **“epistémicos” y “motivacionales”** (Gargarella, 2001, p. 325) de la toma de decisiones al promover la inclusión de los destinatarios de los derechos en la construcción de la solución. Eso está demostrado en los casos relatados, especialmente en

cuanto a la recomendación de la corte de escuchar a las comunidades indígenas de **modo efectivo y sin perjuicios culturales**.

El método de evaluación de políticas públicas descrito en la sentencia **T-307 de 2017**, a su vez, es **compatible con el enfoque de políticas públicas basado en derechos (EBD)**, como lo explica Barco (2014). Este método fue sistematizado a partir de los principios generales que rigen la aplicación de los derechos humanos en los sistemas internacionales aplicables a ambos países, y puede ayudar a los poderes públicos o agentes privados a mejorar los procesos decisorios necesarios para diseñar, implementar y evaluar las políticas sociales que tengan que cumplir.

Finalmente, desde el punto de vista administrativo, la incorporación del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos a la práctica deliberativa también inspira a la **gestión administrativa** del órgano a actuar bajo **principios semejantes** y a tener consciencia de que **solo es posible combatir eficazmente la corrupción, respetando los principios que rigen las normas de derechos humanos** (Uprimny, 2018), entre ellas, la **transparencia y la rendición de cuentas**, que son mecanismos apropiados para el **control interno y externo** de las actividades de los órganos y agentes públicos.

En cuanto a los casos analizados, se observa que la jurisprudencia ambiental en Brasil no tiene un diálogo virtuoso entre las cortes superiores en el campo del derecho al **agua**, y que el STF ha **evitado** ese debate, porque considera que el tema no tiene transcendencia constitucional.

En Colombia, el diálogo es más virtuoso, pero hay temas pendientes de ajuste. La decisión aparentemente regresiva de la Corte Constitucional colombiana (Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia **SU-095/18**, 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger) está en diálogo con otras cortes y con el poder Legislativo. El caso decidido en la sentencia **T-446 de 2016** (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo)

indica que es importante escuchar a las comunidades afectadas. Esto mismo se verifica en la sentencia del Consejo de Estado que protegió el derecho a la consulta previa, frente a la pretensión de la empresa de minería Carbones del Cerrejón Limited de desviar un curso de agua que atiende a la comunidad Wayúu (arroyo Bruno) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00079-01, 2016, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia), lo que indica que el conflicto por el agua sigue vigente entre los mismos actores.

Un elemento común que se puede extraer de la comparación realizada es la necesidad de reforzar la **tutela del agua**, tanto en la **jurisdicción ordinaria** como en la **jurisdicción constitucional**, en sus perspectivas **individual** y **colectiva**, con el fin de promover el **acceso al derecho** y realizar la **tutela ambiental efectiva** en las esferas **reparatoria, precautoria y preventiva**, dada la esencialidad del derecho y su conexidad para el goce de todos los demás derechos.

Los casos de protección estructural al medio ambiente están en la agenda de los tribunales de Brasil y Colombia. En esa medida, se necesita **formar agentes públicos**, con el fin de **realizar los diálogos necesarios para perfeccionar la deliberación** sobre el tema y **pensar los arreglos institucionales que se requieren para diseñar, implementar y evaluar políticas públicas y hacerles seguimiento**, lo que es indispensable para la concreción del derecho.

Las formas de seguimiento a las decisiones que se adopten pueden ser variadas, y ese es un **campo pendiente de investigación** y de **sistematización** de experiencias **en Brasil**.

La práctica institucional colombiana tiene mucho que aportar al respecto, inclusive para **evitar la repetición de los errores identificados en la experiencia dialógica de la Corte Constitucional y de otros tribunales**. Brasil

puede ofrecer casos complejos en curso y arreglos institucionales de experimentación reciente, como grupos de trabajo interinstitucionales aptos para discutir e implementar prácticas cooperativas para la prevención y reparación de grandes desastres ambientales, que pueden tornarse más comunes en tiempos de crisis ambiental o cambios climáticos impulsados por la acción humana.

A continuación, se indican algunos ejemplos de prácticas institucionales dialógicas probadas en Brasil y Colombia en el ámbito de los tribunales, que son un campo obligatorio de formación para los actores que enfrentan, en las áreas política, ciudadana o jurisdiccional, la deliberación y el seguimiento de decisiones que involucran políticas públicas para la implementación de DESCA.

#### **4.5. La práctica dialógica en los tribunales y sus desafíos. Procedimientos comparados de apertura dialógica en procesos judiciales y la implementación dialogada de decisiones: un campo de sistematización y formación abierto en Brasil y Colombia**

Por representar una necesidad universal básica y multifactorial, el derecho fundamental al agua es un campo donde los intereses policéntricos son evidentes. Por eso, el tratamiento multidisciplinar y holístico de la cuestión es esencial, inclusive para el adecuado manejo de los conflictos en torno al tema.

La experiencia colombiana indica que la adecuada actuación del poder judicial como **árbitro de conflictos complejos** es un factor que puede perfeccionar el diseño y la implementación de políticas públicas al poner en diálogo a los distintos órganos que tienen que dar respuestas a las demandas. No es raro que ese poder, al promover el diálogo interinstitucional, identifique **falencias** y **bloques institucionales** que pueden ser mejorados o comprendidos, a fin de facilitar la solución del conflicto.

André Rufino Vale (2015), en su propuesta de diseño de un método deliberativo dialógico para los tribunales constitucionales, indica la necesidad de

que las cortes adopten una postura de **apertura epistémica** para escuchar las razones de la **esfera pública**, de los **actores afectados** y de los **expertos**. Esto es esencial en los casos que necesitan deliberación en temas complejos y policéntricos, como los que involucran el diseño y la implementación de políticas públicas o el manejo y la reparación de desastres ambientales con múltiples afectados.

Se considera que la apertura a la intervención de terceros no necesariamente ayuda a formar consensos o a aceptar la decisión, como señala el autor mencionado (Vale, 2015), pues hay desacuerdos legítimos o esenciales que no pueden ser superados por el diálogo racional. Sin embargo, tal apertura cumple el requisito de **respetar el pluralismo** de la **representación de los afectados**, que sirve para mejorar la **imparcialidad** de las decisiones por los aspectos “epistémicos” y “motivacionales” mencionados por Gargarella (2001). Además, tal vez pueda producir **decisiones argumentativamente mejores**, generar **consensos parciales** o mejorar la **aceptación de la decisión**, lo que no se puede garantizar como resultado necesario del proceso dialógico.

La importancia de la apertura epistémica, por su parte, no es apenas procedimental, pues también se refiere a la necesidad de un **cambio de postura institucional** que propicie la **formación de una cultura cualitativamente abierta a escuchar los argumentos de los afectados**, respetando la **diversidad de puntos de vista y de visiones de mundo**, como lo advirtió la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-302 de 2017 (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez), en cuanto a los procesos que involucran a las comunidades indígenas.

Vale (2015) menciona algunas prácticas que, al ser incorporadas al proceso de decisión, pueden mejorar la “apertura epistémica” de los tribunales constitucionales, porque mejoran la “representatividad discursiva”, la “amplitud informativa y cognitiva” y la “inclusividad y diversidad de las razones” expuestas. Entre otros medios, tres procedimientos de apertura dialógica sirven,

respectivamente, y no exclusivamente, a los propósitos que defiende el autor, y son ampliamente utilizados en Brasil y Colombia: las audiencias públicas, la participación de expertos y la intervención de *amicus curiae*.

Además de contribuir a mejorar la imparcialidad, como lo afirma Gargarella (2001), las prácticas dialógicas en los tribunales pueden cumplir las siguientes finalidades (Vale, 2015, p. 389), entre las que se destacan los aspectos procedimentales resaltados por ese último autor:

- **“Representatividad discursiva”:**  
Las deliberaciones deben reverberar los discursos que circulan en la esfera pública, como reflejo de una deliberación pública más amplia;
- **“Amplitud informativa y cognitiva”:**  
Las deliberaciones deben desarrollarse con amplia distribución y circulación entre los participantes de las informaciones disponibles sobre el tema en debate;
- **“Inclusividad y diversidad de las razones”:**  
Las deliberaciones deben ser inclusivas, e incorporar no solo las razones de las partes procesales, sino también aquellas que provienen de diversos sectores sociales interesados o afectados, directa o indirectamente, por la decisión.

Además del *amicus curiae*, la participación de expertos y las audiencias públicas, se analizarán las tendencias emergentes relativas a la diversidad de comandos judiciales y arreglos institucionales utilizados para el seguimiento de decisiones estructurales.

Cabe registrar que la intervención de actores de la sociedad en procesos judiciales, que tiene como fin aportar sus argumentos en las causas complejas que pueden afectarlos, puede surtir un impacto más significativo de **apertura epistémica** en el STF que en la Corte Constitucional colombiana, porque la legitimidad ciudadana para proponer demandas que involucran derechos fundamentales y temas constitucionales es más amplia en Colombia. Por ello, el diálogo con la sociedad y la discusión de los temas de la agenda pública están más presentes en la Corte Constitucional colombiana que en el STF.

Por tanto, la apertura de la corte brasileña a la intervención de *amicus curiae* y de expertos es relevante, también, para suplir los problemas de representatividad discursiva que pueda generar una legitimidad más restringida de la sociedad para proponer demandas de interés constitucional. Lo mismo se puede decir con relación a la participación de la sociedad en las audiencias públicas.

En los procesos que involucran derechos ambientales, especialmente cuando se refieren al derecho al agua, con relación al cual las normas legales y convencionales protegen la democracia participativa, es relevante señalar que la intervención amplia de interesados, afectados y expertos que puedan manifestar su posición sobre aspectos de carácter técnico, político y social es fundamental para calificar el debate.

La intervención de terceros en los procesos judiciales, incorporada explícitamente en la ley procesal civil de Brasil, debe considerarse como parte del derecho a un **proceso justo y adecuado** (Greco, 2002), especialmente cuando se trata de casos que involucran conflictos policéntricos.

Entre los novedosos principios incorporados al Código Procesal Civil de Brasil (Ley 13105 de 2015), es posible destacar algunos, para ayudar a tratar las informaciones aportadas a los expedientes mediante los procedimientos de intervención social ora examinados:

Art. 1º. El proceso civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme los valores y las normas fundamentales establecidos en la Constitución de la República Federativa de Brasil, observando las disposiciones de este Código.  
[...]

Art. 7º. Está asegurada a las partes la paridad de tratamiento con relación al ejercicio de derechos y facultades procesales, a los medios de defensa, a las cargas, a los deberes y a la aplicación de sanciones procesales, **competiendo al juez velar por el efectivo contradictorio.**

Art. 8º. Al aplicar el ordenamiento jurídico, **el juez atenderá a los fines sociales y a las exigencias del bien común, resguardando y promoviendo la dignidad de la persona humana y observando la proporcionalidad, la razonabilidad, la legalidad, la publicidad y la eficiencia.**

Art. 9º. **No se proferirá decisión contra una de las partes sin que ella sea previamente escuchada.**

Parágrafo único. Lo dispuesto en el *caput* no se aplica:

I – a la tutela provisional de urgencia;

II – a las hipótesis de tutela de evidencia previstas en el art. 311, incisos II y III;

III – a la decisión prevista en el art. 701.

Art. 10. **El juez no puede decidir, en grado alguno de jurisdicción, con base en fundamento respecto del cual no se haya dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir de oficio.**

Además de la importancia de vincular los **finés del proceso** a la exigencia del **bien común** y a la promoción de la **dignidad** de la persona humana, dos de los principios antes mencionados se deben aplicar a esas intervenciones públicas, para perfeccionar las prácticas actualmente existentes y suplir parte de sus déficits deliberativos: **(i) asegurar el contradictorio** y **(ii) observar el principio de la no sorpresa (como lo prevén los artículos 9.º y 10.º del Código Procesal Civil de Brasil)**. De este modo, por un lado, las partes pueden manifestarse al final de las intervenciones y antes de la decisión y, por otro, se asegura el contradictorio, en caso de que se incorpore un contenido nuevo a los procesos deliberativos públicos que pueda influenciar la decisión.

En seguida se examinará, comparativamente, el funcionamiento de los institutos de diálogo social en los tribunales estudiados, observando las similitudes y diferencias entre las prácticas brasileña y colombiana:

#### **4.5.1. Amicus curiae**

En cuanto a la intervención de terceros interesados o afectados, el artículo 138 del Código de Proceso Civil de Brasil dispone lo siguiente sobre la posibilidad de la figura del *amicus curiae*:

Art. 138. El juez o magistrado ponente, **considerando la relevancia de la materia, la especificidad del tema objeto de la demanda o la repercusión social de la controversia**, podrá, por decisión inapelable, de oficio o a requerimiento de las partes o de quien pretenda manifestarse, **solicitar o admitir la participación de persona natural o jurídica, órgano o entidad**



**especializada, con representatividad adecuada, en el plazo de 15 (quince) días de su intimación.**

§ 1º La intervención de que trata el *caput* no implica alteración de competencia ni autoriza la interposición de recursos, salvaguardadas la oposición de embargos de declaración<sup>254</sup> y la hipótesis del § 3o.

**§ 2º Podrá el juez o el magistrado ponente, en la decisión que solicite o admita la intervención, definir los poderes del *amicus curiae*.**

§ 3º El *amicus curiae* puede recurrir de la decisión que juzga el incidente de resolución de demandas repetitivas<sup>255</sup>.

La participación del *amicus curiae* en los procesos judiciales también está prevista en leyes específicas (Becker, 2015), como la ley que regula las ADI y ADC (Ley 9868 de 1999, art. 7.º, párr. 2.º), la ley que crea los juzgados especiales federales (Ley 10259 de 2001, art. 14, párr. 7.º) y la ley que regula la edición, revisión y cancelación de las súmulas vinculantes (Ley 11417 de 2006, art. 3.º, párr. 2.º). En esos casos, la participación del tercero interesado en la condición de *amicus curiae* se relaciona con la **importancia y repercusión del caso** o con la necesidad de **ampliar las informaciones provenientes de la esfera pública**, antes de que se tome una decisión de unificación de jurisprudencia.

Es un procedimiento común que puede ser realizado ante las cortes de Brasil y Colombia, mediante intervención escrita o participación en audiencias públicas.

Aunque los argumentos de los terceros deberían ser examinados al momento de la deliberación judicial, especialmente en Brasil (Godoy, 2015), las manifestaciones de los *amicus curiae* pueden ser o no ser consideradas o mencionadas en las sentencias, lo que perjudica, en parte, el fin de su intervención.

Este es un instituto muy relevante en los procesos en **materia ambiental y del agua**, ante la probabilidad de que se deban examinar **asuntos técnicos** y

---

<sup>254</sup> Recurso que tiene por objeto aclarar una decisión judicial.

<sup>255</sup> Incidente procesal utilizado para unificar jurisprudencia y crear un precedente que vincula decisiones futuras.

vinculados a **intereses diversos**, por lo que se trata de un campo creciente de intervención de ONGs u organizaciones ambientalistas, sobre todo en Colombia.

En los últimos años, en ambos países, ha aumentado la participación académica en litigios estratégicos en derechos fundamentales, debido a la institución de **clínicas de derechos humanos** en las universidades. Este es un fenómeno nuevo que permite el desarrollo de la **investigación-acción** en temas de protección de derechos humanos y fundamentales, incluida la proposición de demandas o la intervención en procesos que pueden generar un impacto social positivo en la efectivización de derechos.

En Colombia, la intervención de los *amicus curiae* se puede considerar como uno de los factores que han propiciado el incremento del diálogo con las normas internacionales y como una de las causas de los avances de la jurisprudencia de las cortes en derechos fundamentales, debido a la perspectiva novedosa que estos actores adoptan en algunas demandas. Además, es un factor de potencial ampliación de la participación de minorías con baja representación política, inclusive de la representación de ecosistemas, minorías étnicas, niños, niñas y adolescentes, para la defensa de sus actuales y futuros derechos.

La intervención de *amicus curiae* es, por tanto, un factor de potencial democratización de la jurisdicción. Para que sea así, la selección de los participantes debe asegurar la representatividad plural y **fortalecer la presencia de quienes representan a las voces históricamente marginadas**, a fin de que la apertura de los tribunales a la sociedad no se convierta en un factor de reproducción de la desigualdad y sí en un **factor de equilibrio de poder y fuerzas** y de **ampliación del acceso a la justicia**.

#### 4.5.2. Audiencias públicas

En el sistema de justicia de Brasil, todas las audiencias son públicas, excepto las que se llevan a cabo en los procesos tramitados bajo el secreto de justicia. Sin embargo, se les llama “audiencias públicas” a las que se convocan para escuchar la opinión de la esfera pública, y que se realizan, como en Colombia, para discutir temas complejos de carácter policéntrico y/o que dependen de una opinión técnica o científica especializada para facilitar o permitir la deliberación.

La práctica está consolidada en el STF, pionero en ese campo, y en la Corte Constitucional colombiana. Además, está presente en otros tribunales superiores de América Latina, como la Corte Suprema de la Nación, de Argentina.

Las reglas sobre su funcionamiento fueron incorporadas a los reglamentos internos de los tribunales analizados, conforme a los artículos 59 y siguientes del reglamento interno de la Corte Constitucional colombiana (Corte Constitucional, 1992) y a los artículos 95 y siguientes del reglamento del STF (Supremo Tribunal Federal, 2018).

Hay muchas similitudes, y algunas diferencias, entre las posturas de los dos tribunales, que se pueden resumir del siguiente modo:

##### 1. Quién convoca

En Colombia, las audiencias públicas son convocadas por la “Sala Plena de la Corte, a solicitud de cualquier Magistrado, por mayoría de los asistentes y teniendo en cuenta los antecedentes del acto objeto de juzgamiento constitucional y la **importancia** y **complejidad** de los temas”, conforme al reglamento interno de la corte (Corte Constitucional, 1992, art. 60).

En Brasil, las convoca **un magistrado** del STF, que **puede ser o no el magistrado ponente** del caso ante la corte.

## 2. Quién participa

En Colombia, la Sala Plena decide “las personas que deban intervenir en ellas de acuerdo con la ley”, conforme al reglamento de la corte (Corte Constitucional, 1992, art. 60). Se nota que el acto es tratado como un procedimiento formal de **producción de pruebas**, y no solo de **diálogo social**.

En Brasil, la identificación de quién debe participar hace parte del proceso de apertura dialógica de la corte. La convocatoria permite hacer un **mapeo** de quiénes están interesados en participar, y solo después se hace la **selección** de los participantes.

## 3. Quién selecciona a los participantes

En Colombia, la Sala Plena de la corte decide quién participará. En Brasil, el magistrado que preside la audiencia selecciona a los participantes, pero el reglamento garantiza “la participación de las diversas corrientes de opinión” (Reglamento del STF, art. 95, II).

## 4. El procedimiento de la audiencia

En ambos casos, la audiencia es dirigida por un magistrado. En Colombia, por el magistrado ponente (sustanciador) del caso, y en Brasil, por el magistrado que convoca la audiencia.

El objeto de la audiencia es delimitado previamente, así como el tiempo de la intervención de cada participante.

Las audiencias son televisadas o transmitidas en línea, para fines de publicidad y prueba de lo ocurrido.

En Brasil, la Secretaría del STF elabora un resumen de lo ocurrido, que conforma el acta que se adjunta al expediente. En Colombia, cada parte hace un resumen de lo que declaró, que se adjunta al expediente dentro de los tres días siguientes, junto con el acta del evento.

En las audiencias públicas pueden participar actores con diferentes perfiles, incluidos los *amicus curiae* y los expertos.

En Colombia, se nota que existe un procedimiento más parecido a una instrucción probatoria, y en Brasil, un tratamiento más próximo a un proceso de diálogo social y apertura epistémica y cognitiva a los temas tratados. Se considera que **ambos aspectos** deben ser tenidos en cuenta en tales audiencias. Como **materia de prueba**, los datos necesitan un **tratamiento adecuado** en cuanto al **contradictorio**, la **no sorpresa** y la **fundamentación** adecuada de las decisiones que los adoptan.

En términos de la incorporación de lo discutido en las audiencias a las sentencias, valen las mismas observaciones relacionadas con el instituto del *amicus curiae*.

De todos modos, se considera que, en el STF, en los procesos que incorporaron procedimientos de “apertura epistémica”, sería recomendable un estilo deliberativo distinto a la suma de los votos individuales. El voto del magistrado ponente debería recopilar las informaciones relevantes para la precisión de los aspectos técnicos y de interés policéntrico, a fin de facilitar el debate posterior. Las decisiones sobre derechos indígenas y de comunidades afrodescendientes proferidas por el STF y comentadas anteriormente lograron un estilo deliberativo de esa naturaleza. En ambas, el peso de la manifestación

de los expertos fue fundamental para el resultado final. Lo mismo vale para la intervención de *amicus curiae*.

La ausencia de participación de los miembros de la sala plena en tales audiencias perjudica la finalidad del instituto en Brasil, especialmente ante el estilo individual de los votos.

#### 4.5.3. Participación de expertos

La participación de expertos ante la jurisdicción constitucional es un tema que gana importancia, en la medida que aumenta la complejidad de los temas que serán tratados en los tribunales constitucionales, especialmente los relativos a derechos fundamentales, que muchas veces involucran debates técnicos o científicos que están en el trasfondo de los “hechos legislativos” (Camargo, 2016), las disposiciones normativas o los actos administrativos objeto de control constitucional.

El diálogo con expertos está mucho más presente en la Corte Constitucional colombiana que en el STF. En ambos tribunales, es común que las propias partes aporten “**informes**” u “**opiniones técnicas**” (“pareceres”, en portugués), pero también es frecuente la participación de expertos en la condición de “**amicus curiae**” o mediante intervenciones orales (espontáneas o provocadas) en las **audiencias públicas**<sup>256</sup>.

Además, es más común en Colombia que en Brasil que la Corte Constitucional solicite la opinión de expertos para aclarar conceptos técnicos, examinar las relaciones de causa y efecto o evaluar los riesgos, con el fin de ayudar en la toma de decisiones.

---

<sup>256</sup> Las decisiones de casos como la autorización de la investigación con células madre (STF), la aprobación del Código Forestal (STF), el aborto (STF y Corte Constitucional colombiana), el uso del glifosato en la aspersión aérea (Corte Constitucional colombiana), entre otros, tuvieron a los expertos en un lugar central de la discusión, y merecen una investigación comparativa específica, dada su relevancia para la teoría de la prueba y la deliberación judicial.

Esto se puede verificar en los casos mencionados en la investigación, por ejemplo, en la sentencia **T-622 de 2016** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), sobre la contaminación del agua del río Atrato por mercurio, o en casos muy conocidos de la Corte Constitucional en los que la participación de expertos permitió aclarar temas con un trasfondo técnico, bioético o comportamental.

Entre esos casos está la sentencia **SU-642 de 1998**, en la que la Corte Constitucional solicitó que psicólogos y médicos emitieran su opinión sobre la exigencia de un colegio (que también se hacía en otros) de que sus alumnos llevaran el pelo corto para evitar la infestación de piojos. La medida fue objeto de acción de tutela, por considerarla violatoria del derecho al “libre desarrollo de la personalidad”, que incluye la posibilidad de que el niño o la niña elija libremente su forma de peinarse, como parte de su libertad de expresión. La opinión del experto sobre la ineficacia del método y sobre la existencia de alternativas menos dañinas fue considerada en la decisión.

En las sentencias **C-093 de 2001** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero) y **C-577 de 2011** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), relacionadas, respectivamente, con la edad mínima autorizada para adoptar y con la adopción por parejas homosexuales, el debate sobre el papel de los expertos en la formación de la convicción judicial fue explícito. La corte consideró la diversidad de opiniones de los expertos, para, en el primer caso, declarar exequible la norma y considerar legítima la ponderación hecha por el legislador (madurez, estabilidad financiera, etc.) para limitar la posibilidad de adopción a los adultos mayores de 25 años (y no de 18, por el criterio de mayoría de edad, como lo pretendía el actor). En el segundo caso, decidió inhibirse de suplir la “omisión” del Congreso, sin embargo, aclaró que la cuestión **no se debía resolver con base en un parecer técnico sobre la “homosexualidad”**, sino entender que **la autorización requerida no podía ser suplida por la corte**. La sentencia exhortó al poder político a que regulara la materia. Hubo votos divergentes de la

posición de la mayoría que fueron relevantes para los avances legislativos y jurisprudenciales futuros.

Las decisiones de la corte fueron evolucionando, hasta permitir la adopción por homosexuales, mediante las sentencias **T-276 de 2012** (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), **C-071 de 2015** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y **C-683 de 2015** (Corte Constitucional, Sala Plena, 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Las dos primeras sentencias admitieron, respectivamente, la adopción por una persona homosexual y la adopción por una pareja homosexual, si el niño o la niña es hijo biológico de uno de los miembros de la pareja. Finalmente, la sentencia **C-683 de 2015** declaró exequibles las normas sobre adopción demandadas en esa oportunidad, bajo el entendido de que dentro de su ámbito de aplicación están incluidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia, independientemente de que exista un vínculo biológico entre uno de los padres o madres y el niño o la niña.

El diálogo de las cortes con los expertos aporta muchos aspectos que el juez debe tener en cuenta en la deliberación sobre materias técnicas, como los **criterios de credibilidad de la prueba** (o la exclusión de la mala ciencia) y la noción de que las pruebas técnicas deben estar sometidas a las **reglas procesales** que inciden en pruebas de tal naturaleza.

Como ejemplos de criterios aplicables a la apreciación de pruebas técnicas se destacan los principios según los cuales el conocimiento técnico no se puede basar en la **experticia del juez**, con excepción de los **hechos notorios** o de las **máximas de experiencia**; las informaciones técnicas deben ser sometidas al **contradictorio**; la prueba técnica debe ser examinada con base en **criterios de argumentación específicos** aplicables a la deliberación en ese campo, lo que incluye la discusión sobre los estándares jurídicos o técnicos aplicables al método utilizado; la calidad y la confiabilidad del experimento, incluido el regular cumplimiento de los protocolos en los tests realizados; el grado



de certeza de la prueba; la independencia del experto; la existencia de duda o controversia razonable sobre la materia, entre otros.

Este es un campo relevante para profundizar en estudios, sobre el que los tribunales constitucionales no pueden dejar de manifestarse, especialmente en los casos ambientales y que afectan el agua, pues se trata de un bien esencial e insustituible, que debe ser protegido con base en los principios de precaución y prevención.

La contaminación del agua por glifosato y otros agrotóxicos o productos químicos y los riesgos de su aspersión aérea, por ejemplo, son temas objeto de judicialización en ambos países, en los que la confiabilidad de la opinión de los expertos es esencial para la deliberación de la corte, especialmente en cuanto a los riesgos reales y la existencia de alternativas menos dañinas. En tales casos no se puede ignorar intereses económicos en juego que pueden influenciar la producción de investigación científica dirigida a satisfacerlos, lo que exige la apuración rigurosa de la independencia de los expertos.

La **dimensión geopolítica** de los conflictos no debe ser ignorada en el examen de los pareceres técnicos, tanto por la influencia de diferentes tipos de **flujos o corrientes de ideas**, como por la necesidad de **análisis contextual** del problema. Los datos comparativos acerca de asesinatos sistemáticos de líderes ambientales, sociales, indígenas y campesinos en Brasil y Colombia, por ejemplo, deberían ser suficientes para alertar a las cortes sobre la importancia de proteger a los más débiles en la defensa de sus derechos a la tierra, al trabajo y al agua, y sobre la necesidad de determinar una política estructural para enfrentar ese grave problema.

El análisis de las **políticas regresivas** de derechos también puede exigir evaluaciones técnicas, especialmente **auditorías** del presupuesto público, antes de que se apruebe la restricción de derechos. Los parámetros fijados en la Observación General n.º 19 del CDESC indican los estándares internacionales

aplicados para analizar la cuestión, ya presentes en la jurisprudencia colombiana. La jurisprudencia del CDESC también indica criterios de evaluación de los gastos públicos en el marco del análisis de la constitucionalidad de las políticas de austeridad, tema que no puede seguir siendo un tabú en la deliberación constitucional en Brasil.

#### **4.5.4. Deliberación y seguimiento dialógico de las decisiones judiciales**

La **implementación de las decisiones** sigue siendo un **campo de resistencia** y **disputa**, como ocurre con el cumplimiento de las normas, lo que hace parte de la cultura de las **normas de papel**, como ya se analizó. Las decisiones complejas con órdenes estructurales abiertas siguen siendo un campo de deliberación durante su cumplimiento.

Colombia no tiene análisis estadísticos sobre el índice de ejecución de las decisiones judiciales, porque el sistema judicial no mide tales datos, como ya se indicó. Sin embargo, hay estudios consolidados en materia de deliberaciones en DESCA relacionados con los métodos de cumplimiento de decisiones estructurales, que dan pistas acerca de la eficacia de distintos modos de deliberación y sus efectos.

Son muchos los tipos de seguimiento de decisiones de esa naturaleza experimentados en cortes constitucionales o tribunales de la justicia ordinaria, como los que involucraron la recuperación del río Bogotá, en Colombia (Observatorio Colombiano de Gobernanza del Agua, s.f.), y de la cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo, en Argentina (Centro de Información Judicial, s.f.). En ambos casos, hay seguimiento por parte de diversos agentes públicos y privados, con un acompañamiento público y en línea relativo a las medidas implementadas y sus resultados.

Generalmente, la competencia para ejecutar la decisión es del juez de origen, sin embargo, en Colombia, hay experiencias de ejecución directa por parte de la Corte Constitucional, debido a la complejidad de las órdenes emitidas y con el fin de asegurar su cumplimiento y la coordinación nacional entre actores. Así ocurrió, por ejemplo, en la decisión que determinó implementar un conjunto de políticas públicas para los desplazados internos del país, que dispuso crear una **sala de seguimiento**, cuyos informes son presentados y acompañados por varios actores públicos y sociales.

En los casos examinados, especialmente en la sentencia **T-622 de 2016** (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), se mencionan distintas formas de seguimiento a decisiones complejas, que pueden combinarse entre sí. Tales ejemplos, sumados a la experiencia internacional, indican que los seguimientos a las decisiones se pueden hacer de diferentes modos, por ejemplo: salas de seguimiento; actores comisionados; relatores; organizaciones de la sociedad civil; órganos públicos involucrados en los procesos judiciales (como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo); sindicatos; órganos públicos responsables de tareas técnicas específicas (órganos ambientales, por ejemplo); comités de gestores o de guardianes, de composición plural, entre otros.

La **efectividad** de las medidas de seguimiento depende de un **conjunto de factores** combinados que deben ser objeto de análisis propio. Por ejemplo, César Rodríguez Garavito (2017) analiza el impacto de lo que él llama “activismo dialógico”, a partir de fallos estructurales de la Corte Constitucional colombiana, especialmente a partir de las sentencias **T-025 de 2004** (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), **T-760 de 2008** (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y **T-153 de 1998** (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Miño), que se refieren a la población desplazada por los conflictos internos, la regulación de los servicios de salud y la población carcelaria, respectivamente.

Tal estudio tomó en consideración los distintos **efectos de los fallos** de la corte (directos, indirectos, materiales y simbólicos) y los diferentes **métodos de intervención** utilizados (fuertes, moderados o débiles), con relación a los derechos examinados, a las órdenes expedidas y a su seguimiento. Además, analizó los **efectos** de la decisión en la protección del derecho afectado (grandes, pequeños, moderados).

Las **intervenciones estructurales** realizadas por medio de tales sentencias generaron **efectos directos** de desbloqueo institucional y tratamiento sectorial, pero también **efectos indirectos** de coordinación de la burocracia estatal, diseño de políticas públicas nacionales a largo plazo, participación social y encuadre de las materias como cuestiones de derechos humanos, que, por tanto, requerían la reacción inmediata del Estado.

Los mejores o peores resultados evaluados dependieron de la combinación de diferentes factores, como el **perfil de los actores involucrados**, los **tipos de órdenes** (más o menos dialógicas) y su **forma de seguimiento**. Esto se debe tener en cuenta en la deliberación y seguimiento de casos complejos, a fin de que el tipo de orden y de seguimiento se piense de acuerdo con el tipo de actor involucrado como beneficiario de la decisión u obligado a cumplirla.

Rodríguez (2017) formula la hipótesis de que la combinación que produce efectos más efectivos es la de **derechos declarados de forma fuerte + medidas judiciales moderadas** (con apertura al diálogo en cuanto a la forma de implementarlas) + **seguimiento fuerte**. El propio autor recomienda la realización de estudios transnacionales para probar su hipótesis, y coordinar estudios sobre diferentes formas de seguimiento de decisiones colectivas experimentadas a nivel internacional, que merecen ser analizados para evitar el desperdicio de la experiencia.

#### 4.6. Conclusiones del capítulo

La jurisprudencia colombiana favoreció la constitución progresiva del derecho al agua, tanto en el plano individual como en el plano colectivo. Eso es así, porque, por un lado, la Constitución local erige al servicio público de acceso al agua y al saneamiento básico como uno de los servicios públicos esenciales y, por el otro, porque la aplicación sistemática del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos favoreció su declaración como derecho fundamental esencial, por su conexión con otros derechos fundamentales.

En el campo del derecho individual, la jurisprudencia todavía necesita avanzar en el reconocimiento de la conexión entre **agua y trabajo**, tanto en lo que se refiere al entendimiento de la importancia de la **protección del trabajo productivo** que provee las condiciones materiales para que el usuario soporte los costos de las tarifas públicas, como por no señalar, con el mismo énfasis que lo hace con relación a otros derechos conexos, que el **acceso al agua es fundamental para el ejercicio de cualquier actividad productiva** y, por tanto, **debe ser protegido fuertemente en contra actividades que monopolizan el acceso al bien o que generan su contaminación** (vulneración de la calidad) y **escasez** (vulneración de la disponibilidad).

La protección a la **actividad agrícola** de los pequeños productores rurales o del **acceso al agua** en las **tierras ocupadas por comunidades tradicionales**, además de proteger el medio ambiente, protege su fuente de **trabajo, su modo de vida** y su **subsistencia**, que son el origen de la resistencia local a emprendimientos extractivos observada en las consultas públicas sectoriales de ambos países.

En el mismo sentido, la **falta de protección** prioritaria a los medios de generación de **trabajo productivo** y de **renta limita el éxito de las propias decisiones sobre acceso al agua**, que quedan condicionadas a la negociación entre usuarios y empresas de servicios públicos domiciliarios, sin vinculación con

el **mínimo vital** necesario para la subsistencia de la familia ni con los patrones máximos de comprometimiento de la renta previstos en la Observación General n.º 15 de la ONU (5 %), tampoco con la articulación interinstitucional con órganos responsables por la generación de empleo y renta, puntos en el que hace falta avanzar.

Son factores positivos de la jurisprudencia: la **estructuración argumentativa** coherente e integradora de los precedentes; la **progresividad de la tutela**, que actualmente reconoce los **derechos al agua y al medio ambiente sano** como derechos fundamentales exigibles por medio de acciones individuales y colectivas, y la **responsabilidad del Estado** de promover el suministro de agua potable y saneamiento, aunque exista una entidad privada en el municipio que opere de modo precario, lo que puede impulsar avances en la publicización del sector en zonas donde los servicios privados sean insuficientes o precarios. El **modelo público**, especialmente cuando posibilite escalar en la atención, tiene una mejor eficacia comparativa en términos de **reducción de costos** y una **mejor eficiencia** del servicio, inclusive por la posibilidad de **financiación cruzada**, lo que puede sufrir una regresión en Brasil, en caso de que se privaticen las CEBS.

La jurisprudencia colombiana también avanza en el **plano colectivo**, al establecer criterios técnicos adecuados para **proteger fuentes de agua** y de **recarga hídrica** (como ríos y páramos) y **reconocer violaciones masivas de derechos en el campo ambiental**, incluidos los asesinatos de líderes indígenas, campesinos y ambientales y las violaciones masivas de derechos causadas por la ausencia del Estado en ciertas zonas del país (Chocó y La Guajira, por ejemplo). Se nota que el tema ambiental y la protección a los líderes locales ganó la **agenda pública**, lo que fortalece la capacidad de resistencia social y constitucional de Colombia para superar el grave problema, lo que no se observa en Brasil.

La indicación de **parámetros constitucionales** para declarar el **cumplimiento de una política pública** también representa un avance para perfeccionar el **seguimiento de las decisiones**. Esto no ocurre de modo sistemático en Brasil, cuyas decisiones fragmentadas y, frecuentemente, vacías de criterios sustantivos no favorecen la progresividad de los derechos, sino que **contribuyen a su rápida regresión**, al permitir que el ocupante ocasional del poder Ejecutivo elimine políticas sociales, sin justificación o criterios constitucionalmente válidos, como ocurre actualmente en Brasil en el campo ambiental y de los derechos sociales.

En lo que se refiere al derecho al agua como **derecho individual**, Brasil optó por evadir el debate constitucional, al **negar la trascendencia constitucional del tema** o la **configuración del derecho al agua como derecho fundamental**. En ese sentido, el acceso al agua es tratado bajo las normas del derecho del consumidor, y su suministro individual está condicionado **al pago del servicio, con pocas limitaciones para su supresión**. Eso repercute en el campo penal, al permitir la condena a prisión de usuarios pobres por el delito de hurto de agua, sin reconocer las hipótesis de exclusión de culpabilidad, el derecho a un mínimo vital o la aplicación del principio de la insignificancia.

En el **plano colectivo**, el agua está protegida contra la contaminación de los ríos o la ocupación de zonas de protección de manantiales, pero la **jurisprudencia se reduce a casos particulares**. En el análisis constitucional del tema, **el papel del STF no sirvió para consolidar parámetros técnicos de justicia hídrica**, como se hizo en Colombia. Al contrario, al examinar la exequibilidad del Nuevo Código Forestal (Ley de Aguas), permitió la consolidación de retrocesos ambientales que pueden agravar la situación de los ríos, manglares, forestas y cursos de agua, por ejemplo, al reducir las áreas de reserva legal de las propiedades rurales y las áreas de protección forestal en los márgenes de los ríos y permitir la explotación de especies exógenas en áreas de manglares y la constitución de reserva legal forestal en propiedad de tierra

distinta a la que realiza la producción agrícola. Esto perjudicó la fauna y la flora endémicas, el hábitat de los insectos polinizadores y la seguridad alimentaria, por la pérdida de los servicios agrícolas y ecosistémicos de los animales polinizadores.

En este momento, no se observa en Brasil una protección constitucional suficiente del agua como derecho individual fundamental, como patrimonio público o como derecho ambiental (colectivo) fundamental. Tampoco hay una protección favorable a las políticas públicas que buscan ampliar el acceso al servicio, pues se ignora la trascendencia constitucional del tema, la conexidad del agua con otros derechos fundamentales y la necesidad de fijar parámetros jurisprudenciales relativos al principio de progresividad, en tiempos de políticas de austeridad y de recortes de derechos.

En ese campo, el STF sigue el patrón observado en otros estudios sobre la corte según los cuáles, en las materias de interés político o económico hegemónicas, tiende a **mantener el *status quo*** (Brinks, 2009). Eso, hasta el momento, es lo que prevalece en materia de **derecho al agua**, un campo de **disputa neoliberal** por su **privatización** y **mercantilización**, de un lado, y por el **uso intensivo** por parte de sectores agrícolas y extractivistas, del otro, impulsados por la política de exportación de *commodities* vigente en la región.

Las tendencias observadas en Brasil, de reducción de la protección de su mercado interno, de recortes a la inversión en políticas sociales y de aumento de la degradación ambiental, sin mecanismos de protección jurisprudencial efectivos de los derechos fundamentales individuales y colectivos, forman un **círculo vicioso** que **dificulta la ampliación del acceso al agua potable** y al **saneamiento básico** y que, al contrario, **favorece la reducción de los actuales niveles de protección**, en caso de que no se retroceda en la tendencia destituyente.

El ejemplo colombiano es relevante para el caso brasileño, porque:



- (i) Permite entender que el **diseño institucional** solo favorece el cumplimiento de la misión institucional de un tribunal cuando **sus prácticas institucionales se adecúan al papel que debe cumplir**. Por tanto, es fundamental que un tribunal constitucional encargado de proteger los derechos fundamentales incorpore en su deliberación las normas del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y el constitucionalismo dialógico multinivel y plural, además de las prácticas de gestión administrativa compatibles con los principios de transparencia, confianza institucional y rendición de cuentas.
  
- (ii) El **derecho al agua** es un campo propicio para **fortalecer la actuación del STF** en su papel de protector de los derechos fundamentales, porque es conexo a un área en que la corte posee **decisiones paradigmáticas** desde los puntos de vista **sustantivo** y **deliberativo**, que pueden servir de inspiración para los necesarios cambios de cultura internos, esto es, las decisiones sobre demarcación de resguardos indígenas y protección de tierras de comunidades afrodescendientes y tradicionales objeto de los análisis realizados.
  
- (iii) El reconocimiento del **derecho fundamental al agua favorece la protección de varios derechos fundamentales conexos**, como la vida, la salud, la alimentación, la vivienda digna, el trabajo, la educación y el medio ambiente sano y protegido. Además, limitar los abusos del poder económico, al proteger un derecho esencial en una perspectiva contramayoritaria y contrahegemónica, lo que favorece, también, la protección de la democracia.
  
- (iv) **Analizar los avances de la jurisprudencia colombiana y las prácticas institucionales** de su Corte Constitucional a lo largo de

los últimos 27 años, además de ayudar a incorporar las normas del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos a la jurisprudencia corriente, puede servir para **acortar el camino y producir avances jurisprudenciales significativos a corto plazo**. Este objetivo se puede alcanzar, porque se trata de una práctica compatible con el orden jurídico del país (desde los puntos de vista conceptual y funcional) y con los problemas jurídicos que Brasil necesita enfrentar.

- (v) La recopilación de la línea jurisprudencial del derecho individual y colectivo al agua también sirve para demostrar los puntos débiles de Colombia, que pueden ser fácilmente superados, ante la existencia de precedentes favorables a la progresión del derecho.
  
- (vi) Se recomienda seguir avanzando en el estudio comparativo, para **profundizar en aquellos aspectos relativos al seguimiento de las decisiones estructurales complejas en materia ambiental**, especialmente en los casos de **recuperación de cursos de agua**, debido a su importancia como experiencia concreta que puede ayudar a superar dificultades semejantes encontradas en los casos recientes de Brasil.

##### **5. Conclusión de la segunda parte de la tesis: para proteger el derecho al agua, en tiempos de globalización neoliberal, hay que ser contrahegemónico y contramayoritario**

La primera parte de la tesis centró su análisis en las culturas jurídica y política de Brasil y Colombia, por medio del examen de los antecedentes de las actuales constituciones y de la comparación del modelo de organización política, de equilibrio de poderes y de jurisdicción constitucional, con el fin de verificar las debilidades y fortalezas de cada país relacionadas con su capacidad para

proteger el constitucionalismo, la democracia, la cultura de la legalidad y los derechos fundamentales.

Entendidos los déficits democráticos existentes, especialmente, en Brasil, el estudio demuestra la importancia de superar el autoritarismo arraigado en la cultura local y de mejorar las prácticas institucionales del poder Judicial, especialmente del STF, para la protección de los DESCAs y de sus garantías. El análisis comparativo sugiere que las prácticas institucionales de la Corte Constitucional colombiana pueden inspirar cambios culturales, principalmente, en lo que se refiere al estilo deliberativo y a las prácticas de gestión.

En cuanto a la segunda parte de la investigación, esta pretendió analizar los aspectos relativos a la inserción de Brasil y Colombia en el escenario geopolítico, destacando las especificidades del contexto latinoamericano, a fin de comprender cómo actúa la división internacional del trabajo en la imposición de un modelo de producción local que aumenta la explotación intensiva de tierra y agua. También pretendió explicar la relación entre el modelo económico neoliberal y los factores que dificultan la implementación del derecho al agua, y cómo la jurisprudencia aplicada por la Corte Constitucional colombiana favoreció la protección de tal derecho, en un contexto geopolítico contrario a su eficacia en los países de la región.

La segunda parte de la tesis también sistematiza la evolución del derecho material aplicable a la regulación del derecho al agua como derecho fundamental individual (acceso al agua potable) y como derecho colectivo (derecho al medio ambiente sano para las actuales y futuras generaciones y derecho al acceso a una política pública de suministro de agua potable y saneamiento básico), y demuestra la plena identidad y equivalencia funcional de las normas y los arreglos institucionales vigentes en ambos países, incluidas las normas constitucionales, infra constitucionales, el bloque de constitucionalidad y los sistemas de gestión ambiental y de recursos hídricos. La investigación también reconstruye la jurisprudencia constitucional colombiana y explica cómo se

estructura el estilo deliberativo de la corte, demostrando cómo favorece la progresividad, la coherencia, la integridad y la implementación del derecho examinado.

La sistematización del derecho sustantivo aplicable en los planos nacional e internacional, incluidos los dispositivos del derecho internacional del trabajo y del derecho humanitario, indica que el derecho al agua puede ser declarado un derecho fundamental constitucionalmente implícito en Brasil, tal como lo hizo Colombia, sin necesidad de una alteración legislativa.

El análisis jurisprudencial es relevante para comprender el ámbito de aplicación de las normas internacionales y los problemas de regulación ocasionados por la omisión del STF al no reconocer la relevancia constitucional del derecho y su carácter de derecho fundamental. Tal omisión tiene una repercusión directa en el ámbito penal, en la protección del patrimonio público, en la seguridad y soberanía nacionales y en la protección a la vida, a la salud, a la vivienda digna, a la alimentación, a la educación, al trabajo y al medio ambiente sano, entre otros derechos fundamentales.

La protección del agua también favorece la protección del **trabajo productivo**, al reconocerla como un **insumo básico** necesario para cualquier actividad económica. Además, protege otros usos **culturales, religiosos y recreativos** del bien, alejándolo de la lógica de explotación basada en su mercantilización.

Presentes los elementos normativos necesarios para promover la protección e implementación del derecho al agua, es relevante señalar que los cambios de jurisprudencia deben estar acompañados de un **cambio de cultura**, mediante la apertura del STF al constitucionalismo multinivel y a la protección multinivel de derechos, y mediante la incorporación de las prácticas deliberativas y dialógicas que la aplicación corriente del bloque de constitucionalidad y del constitucionalismo plural posibilitan.

La normativa procesal vigente en Brasil es compatible con el fomento de prácticas dialógicas que propicien la “apertura epistémica” del tribunal, pues acepta y reglamenta la intervención de terceros interesados o afectados, lo que puede mejorar la “representatividad discursiva”, la “amplitud informativa y cognitiva” y la “inclusividad y diversidad de las razones”, en la forma propuesta por Vale (2015). Gargarella (2001), por su parte, demuestra que la participación dialógica de partes y afectados, especialmente de los históricamente excluidos de la deliberación política y social, puede contribuir a mejorar la imparcialidad de las decisiones. Eso, porque fortalece los aspectos “**epistémicos**” y “**motivacionales**” de la deliberación.

Finalmente, decisiones paradigmáticas del STF en materia de protección del derecho a la tierra, que benefician a indígenas, comunidades afrodescendientes y pueblos de la foresta, guardan similitud con el estilo deliberativo utilizado por la Corte Constitucional colombiana y son compatibles con los problemas que Brasil debe enfrentar en el campo ambiental y del agua, pues refuerzan la existencia de un **marco civilizador** en la Constitución de Brasil que protege derechos, democracia, personas históricamente marginadas y medio ambiente. También practican el constitucionalismo multinivel, al adoptar normas del derecho internacional universal e interamericano y reconocer prácticas y costumbres de los pueblos locales como derechos protegidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad del país.

La importancia de proteger el agua aumenta en un escenario que preannuncia el caos climático, social y económico causado por el neoliberalismo financiero, opuesto al modelo de desarrollo sostenible previsto en las constituciones de Brasil y Colombia y protegido por su bloque de constitucionalidad y por los compromisos internacionales de ambos países, inclusive por medio de los objetivos de la Agenda 2030.

## **6. Consideraciones finales, desafíos y perspectivas para un escenario pesimista u optimista –a guisa de conclusión–**

Cuando esta tesis empezó a ser pensada, en 2014, el objetivo imaginado era mejorar la aplicación de los DESCAs en Brasil, con el fin de que la implementación de los derechos sociales avanzara más allá del campo laboral, sin desperdiciar la experiencia de este campo, que se basa en la existencia de un sistema de derechos y garantías con instituciones y prácticas protegidas por el derecho internacional, incluido el diálogo social tripartido y las consultas previas, libres e informadas para las poblaciones indígenas y tribales.

Se estimaba que estudiar en un país latinoamericano sometido a contingencias históricas, sociales, políticas y económicas semejantes a las de Brasil, caso de Colombia, pero con una cultura constitucional distinta y proclive a la protección judicial de los derechos fundamentales, favorecería la sistematización de un método deliberativo dialógico para implementación de los DESCAs que se alejara de teorías basadas en trasplantes jurídicos liberales y destituyentes de derechos.

Pasados los cinco años de la investigación, hay que señalar que la tesis fue concluida en un momento en que Brasil no solo perdió varios de los derechos laborales consolidados hace más de 70 años, sino que también sufrió un impacto regresivo en todos los DESCAs, por el congelamiento de los gastos públicos durante 20 años, acompañado de recortes generalizados de gastos relacionados con políticas sociales y ambientales. Todo esto, sin que el STF actuara suficientemente, hasta el momento, para impedir el retroceso, tendencia que se espera contribuir a revertir con la conclusión de ese trabajo.

Por otro lado, además del retroceso notorio en el campo de los DESCAs, también es evidente la limitación de los derechos civiles y políticos, en particular, de las libertades de prensa, cátedra y expresión, lo que confirma la observación de Pisarello (2007) en cuanto al recurrente riesgo de retroceso de todo tipo de

derechos fundamentales en períodos de quiebra democrática. Eso, de un lado, demuestra la falacia de la idea de generaciones de derechos y, del otro, refuerza la importancia de su indivisibilidad.

En ese contexto, en lugar de servir apenas para alertar sobre los riesgos que genera la persistente cultura autoritaria vigente en país, la investigación sirve para recordar que es imposible promover avances en la protección de los derechos fundamentales sin un verdadero esfuerzo institucional de protección de la democracia. También sirve para identificar los impases no superados por el legislador constituyente de 1988 y cómo ellos cobran su precio en el presente.

Para evitar la repetición de la historia narrada en la primera parte de la investigación (según la cual, después de 1964, el poder Ejecutivo cerró y limitó el Congreso con la cesación de los mandatos de varios parlamentarios; exoneró a magistrados y limitó los poderes del STF; entregó el poder político a los militares y suspendió elecciones), es necesario que el STF supere su tendencia a mantener el *status quo*, profundice su cultura democrática, adopte una postura fuerte de protección multinivel de los derechos fundamentales y promueva prácticas institucionales que mejoren su legitimidad, transparencia y confianza institucional.

Cabe destacar que la cultura autoritaria arraigada en la sociedad y en las instituciones de Brasil las hacen proclives a la cultura de la “**conciliación**”, mediante la interrupción de los procesos históricos democráticos por medio de acuerdos entre las élites, que suelen **excluir del pacto social a los sujetos históricamente marginados**. Lo contrario ocurre en Colombia, donde la cultura de la “**reconciliación**” favorece la resistencia que permite mantener los avances democráticos e incluyentes y lograr avances más estructurales en los períodos recurrentes de violencia y exclusión social, por medio de nuevos pactos sociales inclusivos, a pesar de la resistencia de las élites.

Por el contexto geopolítico al que están sometidos ambos países, es común que en períodos autoritarios se fragilicen los modelos soberanos de desarrollo local, haciendo que retornen a una posición de **subalternidad** en el escenario internacional. La cultura constitucional de Colombia, sin embargo, le da más **resiliencia** para enfrentar el desafío de mantener un **proyecto de nación soberana**, en lo que se refiere a la conservación de los valores constitucionales, resiliencia que no siempre es pacífica, aunque los ideales de paz y justicia social sigan siendo perseguidos.

No obstante, se advierte que las consecuencias de repetir la historia de rupturas destituyentes de derechos, en 2019, serían mucho más graves para Brasil y la región que lo fueron en décadas pasadas, porque la entrega del patrimonio nacional difícilmente sería revertida, y el incremento de la violencia sería más difícil de controlar, ante los niveles absurdos de pobreza y desigualdad de un contingente poblacional mucho más amplio.

Por otro lado, el desafío de alimentar y proteger a una población que en Brasil es casi tres veces mayor que la de 1964, en un mundo con fronteras abiertas para el capital financiero, pero cerradas para las personas pobres del tercer mundo, será muy difícil de cumplir, si no se toma una dirección contrahegemónica que promueva el fortalecimiento de la soberanía local, inclusive sobre el territorio y los bienes públicos, y no su debilitación.

La soberanía y la seguridad nacionales difícilmente serán protegidas sin el control público sobre bienes estratégicos como el agua, la energía eléctrica, las forestas, el petróleo, la tecnología y los equipamientos de infraestructura (inclusive militar), de modo que, hasta para los militares, repetir la historia en un escenario neoliberal significaría inviabilizar su propio papel institucional.

Lo mismo se puede decir del Congreso y del STF, cuya reacción esperada, ante la posibilidad de una nueva quiebra democrática que afectaría directamente sus funciones debería ser aquella que fortaleciera su misión institucional y, al



mismo tiempo, la generación de más confianza, transparencia y rendición de cuentas. Por ello, incorporar un modelo de *accountability* en la deliberación sustantiva y en la gestión de sus prácticas institucionales es urgente para tales instituciones, y particularmente necesaria para el STF.

En ambos aspectos (deliberación sustantiva y prácticas institucionales adecuadas), el perfeccionamiento de la **cultura democrática** y la **protección multinivel y dialógica de los derechos humanos**, sin abandonar el papel contrahegemónico y contramayoritario exigido para su protección, siempre que sean necesarios, parecen ser los caminos que mejor respuesta sistémica y estructural ofrecen para resistir a los **procesos destituyentes globales**, que, además, son **autodestructivos para la humanidad**, como lo deja en claro el tratamiento que se le da al bien más esencial para la vida: el agua.

En cuanto a la segunda parte de la investigación, la comparación realizada es útil para entender cómo **se relaciona la geopolítica del agua con el modelo económico neoliberal** y cómo **la protección del derecho al agua, en la práctica, exige enfrentar todos los paradigmas del modelo económico hegemónico**, esto es: (i) promover la protección de las personas, y no la mercantilización de bienes y derechos; (ii) proteger la democracia participativa, y no las decisiones tecnocráticas de agentes económicos; (iii) proteger los derechos a la tierra y al trabajo, y no el capital improductivo; (iv) proteger el interés local, y no ceder siempre a los inversores internacionales; (v) proteger los derechos fundamentales, y no someterlos a cláusulas contractuales pactadas sin participación ciudadana; (vi) promover la opción por un modelo de desarrollo sostenible que genere distribución equitativa de recursos, y no de uno que genere su concentración.

La actuación contrahegemónica y contramayoritaria antes mencionada no es una cuestión de opción “ideológica”, sino una exigencia de la propia **naturaleza del derecho al agua**, conforme las normas aplicables en los sistemas jurídicos internos e internacionales, que deriva de los deberes

inherentes a las obligaciones de **respetar, promover y proteger** el agua como un **bien público** y de **interés colectivo** cuyo acceso debe ser protegido como un derecho **universal y esencial**, necesario al goce de todos los demás derechos fundamentales.

Protegen el agua, por tanto, en el orden jurídico vigente en Brasil y Colombia, un **conjunto normativo que es muy “activista”** (Benjamin, 2018) y que, por eso mismo, **no es compatible con posturas judiciales indiferentes o demasiado deferentes.**

Para promover el goce de ese derecho, el Estado debe cumplir con unas **políticas públicas** (implementación de derechos con características prestacionales) que promuevan el **suministro de agua** en condiciones de **calidad, cantidad, accesibilidad y asequibilidad adecuadas**, además de promover la **recolección de los desagües**, su **tratamiento** y la **protección de las fuentes de agua en contra de su degradación o contaminación**, así como la **protección del medio ambiente para las actuales y futuras generaciones.**

La omisión del Estado puede provocar la acción del poder Judicial, que, en Colombia, logró dar una respuesta adecuada, al afirmar la **obligación del Estado de promover el acceso efectivo al agua** (goce sustantivo del derecho) por medio de una política pública que les garantice un **mínimo vital** a todos, y, además, reconocer la **obligación de proteger las fuentes de agua** y su **entorno ambiental** y ordenar su descontaminación y protección, cuando son vulneradas o amenazadas por actividades públicas o privadas.

Las decisiones de la **Corte Constitucional** en ese campo revelan la **institucionalización de un método deliberativo** que puede ser descrito y sistematizado como un conjunto de prácticas basadas en diez pilares, que sirve para promover la deliberación constitucional dialógica necesaria para la **implementación de derechos que poseen facetas prestacionales** y que

pueden exigir, desde el punto de vista procedimental, y de modo acumulativo o no, los siguientes procedimientos:

- (1) control judicial del carácter inclusivo del proceso de creación legislativa;
  - (2) control judicial del carácter deliberativo del proceso de creación legislativa;
  - (3) decisión judicial construida dialógicamente;
  - (4) decisión construida en diálogo con los otros poderes;
  - (5) control inclusivo de la creación de políticas públicas por el poder Ejecutivo;
  - (6) control deliberativo de la creación de políticas públicas por el poder Ejecutivo
- y
- (7) cumplimiento dialógico de las decisiones.

Desde los puntos de vista sustantivo y procedimental, la deliberación de la Corte Constitucional colombiana adopta **el constitucionalismo y la protección multinivel y plural de derechos**, que consiste en la incorporación de los instrumentos y prácticas del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos pertenecientes a los sistemas universal e interamericano. De esta manera protege, además, las garantías democráticas que resguardan el poder de autotutela ciudadana, esenciales para proteger los derechos fundamentales en su indivisibilidad, lo que está contenido en otros dos principios de su método deliberativo, sistematizado en la investigación:

(8) incorporación del constitucionalismo multinivel (diálogo entre fuentes internas e internacionales) y plural (diálogo entre fuentes internas multiculturales o pluriétnicas y las demás normas del ordenamiento) en la deliberación y

(9) protección judicial reforzada (protección multinivel) de los mecanismos institucionales y extrainstitucionales de garantías de los derechos fundamentales.

Para proteger su propia independencia, imparcialidad y legitimidad, ante la necesidad de generar confianza ciudadana y estabilidad institucional, la corte **incorpora prácticas de transparencia y rendición de cuentas** que son coherentes con los principios y métodos que rigen la aplicación de los derechos humanos y que recomiendan la búsqueda de la consolidación de prácticas de

*accountability* en su gestión administrativa. También lo hace en sus procedimientos de deliberación, que procuran observar los principios de **universalidad, no discriminación, protección a los más vulnerables y reconocimiento de la interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.**

Desde el punto de vista de la estructura deliberativa, la corte adopta un estilo argumentativo *per curiam*, que incluye los siguientes elementos: el relato del caso, el contexto del problema y los principales argumentos de cada parte o interesado; la identificación/elección del problema que se resolverá y de los temas y/o subtemas a él vinculados; el tratamiento de cada tema y/o subtema, indicando su marco normativo (constitución, leyes y dispositivos normativos nacionales e internacionales aplicables); la línea jurisprudencial y/o los precedentes existentes sobre cada tema y/o subtema; el análisis fáctico; la solución del problema; la expedición de las órdenes y la forma de seguimiento. Tales elementos son esenciales para favorecer la **integridad del sistema de precedentes, el tratamiento de los argumentos relevantes del caso y la efectiva implementación del derecho.**

En lo que se refiere a la **evaluación de las políticas públicas** ejecutadas y el **análisis de su nivel de implementación y de la implementación de las órdenes judiciales**, la corte **sistematiza criterios** que son compatibles con la idea de justiciabilidad de los derechos fundamentales, y que permiten la construcción de indicadores constitucionales basados en principios del Sistema Universal de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad del país.

En ese sentido, la corte reconoce que **la discrecionalidad del poder Ejecutivo no es absoluta y debe observar parámetros mínimos de acción**, considerando que hay un “derecho constitucional a que exista un plan escrito, público, orientado a garantizar progresiva y sosteniblemente el goce efectivo del derecho, sin discriminación y con espacios de participación en sus diferentes

etapas que, en efecto, se estén implementando” (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-388, 2013, M.P. María Victoria Calle Correa). En ausencia de tal plan y de su implementación, el juez constitucional está autorizado para actuar.

La corte también incorpora **criterios de evaluación de las prácticas regresivas de derechos**, que están previstos en la Observación General n.º 19 del CDESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, 2008, párr. 42). Para considerar válida una medida regresiva, esta observación exige: la existencia de una justificación razonable para las medidas restrictivas, el examen amplio de las alternativas a la restricción de derechos, la participación genuina de los grupos afectados en el examen de las propuestas y en la proposición de alternativas a las medidas, la ausencia de discriminación directa o indirecta en las medidas impuestas, el impacto sostenible en la realización del derecho a la seguridad social, la ausencia de un impacto irrazonable en los grupos privados del acceso al mínimo esencial de seguridad social y la revisión independiente de las medidas en el nivel nacional.

Como se mencionó, el CDESC avanza en el diseño de otros criterios para identificar el retroceso injustificado en las políticas de austeridad, todos ellos importantes para evaluar las medidas regresivas aplicadas en Brasil y para mejorar los criterios jurisprudenciales de Colombia, como **la dilapidación de recursos por corrupción, la evidencia de exenciones fiscales injustificadas, la pérdida tributaria y la ausencia de presión fiscal con relación al PIB** (Uprimny, 2016). Estos criterios son suficientes para invalidar las medidas regresivas impuestas en Brasil por la Enmienda Constitucional n.º 96.

El examen de la jurisprudencia colombiana sobre el derecho al agua es relevante no solo por las soluciones sustantivas aplicadas a problemas semejantes a los vividos en Brasil, sino porque proporcionan elementos que permiten **sistematizar un método deliberativo que sirve para examinar los**

**DESCA** de modo integral, **deliberar sobre ellos y evaluar políticas de implementación, cumplimiento y regresión de tales derechos.**

Tal método, sistematizado en la investigación, pretende contribuir a **reconstruir**, en la práctica, los **vínculos culturales entre constitucionalismo, derechos, democracia y legalidad, necesarios para la reversión de la práctica destituyente de derechos** en tiempos de neoliberalismo financiero global y de imposición del neocolonialismo en América Latina.

En ese sentido, es fundamental el papel del poder Judicial como **motor de su propio cambio cultural** para reforzar su capacidad de **constituir derechos**, especialmente en momentos políticos hostiles a la democracia y, por tanto, a la implementación de reformas políticas e institucionales favorables a la ciudadanía que dependan de la iniciativa del poder Legislativo o del poder Ejecutivo, aunque todos los campos de lucha por los derechos sean necesarios para que la ciudadanía pueda resistir a la pérdida de derechos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y NORMATIVAS

### Disposiciones normativas de Brasil

- Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Brasil. (28 de abril de 2003). Ley n.º 14040. [Ley 14040 de 2003]. Recuperado de <http://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14040-2003-parana-proibe-que-as-empresas-de-concessao-de-servicos-publicos-de-agua-luz-e-telefonia-facam-o-corte-do-fornecimento-residencial-de-seus-servicos-por-falta-de-pagamento-de-contas-em-dias-especificos-e-da-outras-providencias>
- Código Civil - CCB [Código]. (2002). Ley n.º 10406 de 2002, Institui o Código Civil. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)
- Código de Defesa do Consumidor - CDC [Código]. (1990). Ley Complementar n.º 8078 de 1990, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)
- Código de Processo Civil – CPC [Código]. (2015). Ley n.º 13105 de 2015. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)
- Código de Processo Civil – CPC [Código]. (13 de marzo de 2015). Artículos 1 a 12 [Título Único, Capítulo I]. Ley n.º 13105 de 2015. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)
- Código de Processo Civil – CPC [Código]. (13 de marzo de 2015). Artículo 138 [Sección III, Capítulo V]. Ley n.º 13105 de 2015. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)
- Congreso Nacional. Brasil. (19 de diciembre de 1973). Ley n.º 6001. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. [Ley 6001 de 1973]. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm)
- Congreso Nacional. Brasil. (16 de junio de 2009). Decreto Legislativo n.º 311 de 2009. [Decreto Legislativo 311 de 2009]. Recuperado de <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>
- Congreso Nacional. Brasil. (3 de septiembre de 1926). Emenda Constitucional de 3 de Setembro de 1926. [Emenda Constitucional de 03.09.1926] Recuperado de [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon\\_sn/1920-1929/emendaconstitucional-37426-3-setembro-1926-564078-publicacaooriginal-88097-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-37426-3-setembro-1926-564078-publicacaooriginal-88097-pl.html)
- Congreso Nacional. Brasil. (20 de noviembre de 1894). Ley n.º 221. [Ley 221 de 1894]. Recuperado de <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>
- Congreso Nacional. Brasil. (24 de julio de 1985). Ley n.º 7347. [Ley 7347 de 1985]. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências DOU: 25.7.1985. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)
- Congreso Nacional. Brasil. (25 de febrero de 1993). Ley n.º 8629. [Ley 8629 de 1993]. DOU: 26.2.1993. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm)

- Congresso Nacional. Brasil. (26 de diciembre de 1995). Ley n.º 9249. [Ley 9249 de 1995]. DOU: 27.12.1995. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9249.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (8 de enero de 1997). Ley n.º 9433. [Ley 9433 de 1997]. DOU: 9.1.1997. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (18 de noviembre de 1998). Ley n.º 9709. [Ley 9709 de 1998]. DOU: 19.11.1998. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (10 de noviembre de 1999). Ley n.º 9868. [Ley 9868 de 1999]. DO: 11.11.1999. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (3 de diciembre de 1999). Ley n.º 9882. [Ley 9882 de 1999]. DO: 6.12.1999. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (17 de julio de 2000). Ley n.º 9984. [Ley 9984 de 2000]. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. DO: 18.7.2000. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (12 de julio de 2001). Ley n.º 10259. [Ley 10259 de 2001]. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. DO: 13.7.2001. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (16 de abril de 2003). Ley n.º 10650. [Ley 10650 de 2003]. DOU: 17.4.2003. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.650.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.650.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (30 de mayo de 2003). Ley n.º 10684. [Ley 10684 de 2003]. DOU: 31.5.2003. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.684.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.684.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (19 de noviembre de 2003). Ley n.º 10768. [Ley 10768 de 2003]. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Águas - ANA, e dá outras providências. DO: 20.11.2003 e 20.11.2003. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.768.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.768.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (19 de diciembre de 2006). Ley n.º 11417. [Ley 11417 de 2006]. DOU: 20.12.2006. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (5 de enero de 2007). Ley n.º 11445. [Ley 11447 de 2007]. DOU: 8.1.2007 y 11.1.2007. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (25 de junio de 2009). Ley n.º 11952. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. [Ley 11953 de 2009]. DOU: 26.6.2009. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (18 de noviembre de 2011). Ley n.º 12527. [Ley 12527 de 2011]. DOU: 18.11.2011. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm)



- Congresso Nacional. Brasil. (25 de mayo de 2012). Ley n.º 12651. [Ley 12527 de 2012]. DOU: 28.5.2012. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)
- Congresso Nacional. Brasil (13 de julio de 2017). Ley n.º 13467 [Ley 13467 de 2017]. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (4 de diciembre de 2017). Ley n.º 13529. [Ley 13529 de 2017]. DO: 5.12.2017. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13529.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (7 de octubre de 2009). Ley Complementar n.º 132. [Ley Complementar 132 de 2009]. DO: 8.10.2009. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (4 de junio de 2010). Ley Complementar n.º 135. [Ley Complementar 135 de 2010]. DO: 7.6.2010. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm)
- Congresso Nacional. Brasil. (8 de diciembre de 2011). Ley Complementar n.º 140. [Ley Complementar 140 de 2011]. DO: 9.12.2011. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm)
- Constituição Política do Império do Brasil. Carta de Lei de 25 de Março de 1824. (2019). [Const.]. (25 de marzo de 1824). Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (2019). [Const.] (5 de octubre de 1988). Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)
- Império de Brasil (18 de septiembre de 1850). Artículo 1.º. Ley 601 de 1859. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm)
- Ministério da Justiça (16 de diciembre de 2004). [Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano]. DOU 241, sección I, pág. 8 Recuperado de <https://pt.scribd.com/document/139131110/Pacto-pelo-Poder-Judiciario>
- Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Brasil. (17 de junio de 1985). Emenda Constitucional n.º 26 [Emenda Constitucional 26 de 1985]. Brasília, DF, Brasil. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm)
- Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. (26 de noviembre de 1965). Emenda Constitucional n.º 16. [Emenda Constitucional 16 de 1965]. Brasília, DF, Brasil. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc16-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc16-65.htm)
- Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. (30 de diciembre de 2004). Emenda Constitucional n.º 45. [Emenda Constitucional 45 de 2004]. DOU: 31.12.2004. Brasília, DF, Brasil. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)
- Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. (15 de diciembre de 2016). Emenda Constitucional n.º 96. [Emenda Constitucional 96 de 2016]. DOU: 15.12.2016. Brasília, DF, Brasil. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm)

- Presidência da República. Brasil. (9 de abril de 1964) Ato Institucional n.º 1. [Ato Institucional 1 de 1964]. Rio de Janeiro, GB, Brasil. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm)
- Presidência da República. Brasil. (27 de outubro de 1965). Ato Institucional n.º 2 [Ato Institucional 2 de 1965]. Brasília, DF, Brasil. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm)
- Presidência da República. Brasil. (13 de diciembre de 1968). Ato Institucional n.º 5 [Ato Institucional 5 de 1968]. Brasília, DF, Brasil. Recuperado de <http://www.planalto.gov.br:> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)
- Presidência da República. Brasil. (1 de febrero de 1969). Ato Institucional n.º 6. [Ato Institucional 6 de 1969]. Brasília, DF, Brasil. DOU: 3.2.1969. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-06-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-06-69.htm)
- Presidencia da República. Brasil. (21 de noviembre de 1990). Decreto n.º 99710. [Decreto 99710 de 1990]. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. DO: 22.11.1990. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)
- Presidencia da República. Brasil. (6 de julio de 1992). Decreto n.º 592. [Decreto 592 de 1992]. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. DO: 7.7.1992. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)
- Presidencia da República. Brasil. (6 de noviembre de 1992). Decreto n.º 678. [Decreto 678 de 1992]. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). DO: 9.11.1992. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)
- Presidência da República. Brasil. (16 de marzo de 1998). Decreto n.º 2519. [Decreto 2519 de 1998]. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992. DO: 17.3.1998. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm)
- Presidência da República. Brasil. (30 de diciembre de 1999). Decreto n.º 3321. [Decreto 3321 de 1999]. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. DO: 31.12.1999. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm)
- Presidencia da República. Brasil. (13 de septiembre de 2002). Decreto n.º 4377. [Decreto 4377 de 2002]. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n.º 89.460, de 20 de março de 1984. DO: 16.9.2002. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)
- Presidencia da República. Brasil. (20 de noviembre de 2003). Decreto n.º 4887. [Decreto 4887 de 2003]. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. DO: 21.11.2003. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)

- Presidência da República. Brasil. (29 de agosto de 2009). Decreto n.º 6949. [Decreto 6949 de 2009]. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. DO: 26.8.2009. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm)
- Presidência da República. Brasil. (23 de enero de 2019). Decreto n.º 9690. [Decreto 9690 de 2019]. DOU: 24.1.2019. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9690.htm)
- Presidência da República. Brasil. (11 de abril de 2019). Decreto n.º 9759. [Decreto 9759 de 2019]. DOU: 11.4.2019. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm)
- Presidência da República. Brasil. (6 de julio de 2018a). Medida Provisória n.º 844. [Medida Provisória 844 de 2018]. DOU: 9.7.2018 (Eficacia vencida). Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv844.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv844.htm)
- Presidência da República. Brasil. (27 de diciembre de 2018b). Medida Provisória n.º 868. [Medida Provisória 868 de 2018]. DOU: 28.12.2018 (Eficacia vencida). Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv868.htm)
- Presidência da República. Brasil. (13 de abril de 2009). [II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo de 2009]. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Outros/IIpacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm)
- Supremo Tribunal Federal. (2018). Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF. Recuperado de [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_integral.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf)

## Disposiciones normativas de Colombia

- Asamblea Nacional de Colombia. (31 de octubre de 1910). Acto Legislativo 3. Reformatorio de la Constitución Nacional. [Acto Legislativo 3 de 1910]. DO: 14.131. Recuperado de <http://suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559>
- Código Civil [Código]. (26 de mayo de 1873). Ley 84 de 1873. DO: 2.867. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1827111>
- Congreso de Colombia. (1 de julio de 2015). Acto Legislativo 2 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones. [Acto Legislativo 2 de 2015]. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62130>
- Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 1968). Ley 74 de 1968, por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. [Ley 74 de 1968]. DO: 32.682. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486>
- Congreso de Colombia. (30 de diciembre de 1972) Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. [Ley 16

- de 1972]. DO: 33.780. Recuperado de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37204>
- Congreso de Colombia. (22 de enero de 1991). Ley 12 de 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. [Ley 12 de 1991]. DO: 39.640. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1568638>
- Congreso de Colombia. (02 de junio de 1991). Ley 51 de 1981, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980. [Ley 51 de 1981]. DO: 35.794. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1605470>
- Congreso de Colombia. (31 de agosto de 1993). Ley 70 de 1993, por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. [Ley 70 de 1993]. DO: 41.013. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1620332>
- Congreso de Colombia. (22 de diciembre de 1993). 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. [Ley 99 de 1993]. DO: 41.146. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1635523>
- Congreso de Colombia. (31 de mayo de 1994). Ley 134 de 1994, por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana. [Ley 134 de 1994]. DO: 41.373. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1648559>
- Congreso de Colombia. (2 de junio de 1994). Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. [Ley 136 de 1994]. DO: 41.377. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1648916>
- Congreso de Colombia. (11 de julio de 1994). Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. [Ley 142 de 1994]. DO: 41.433. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=30019356>
- Congreso de Colombia. (9 de noviembre de 1994). Ley 165 de 1994, por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre la diversidad biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. [Ley 165 de 1994]. DO: 41.589. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1653176>
- Congreso de Colombia. (20 de diciembre de 1994). Ley 171 de 1994. [Ley 171 de 1994]. DO: 41640. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1653619>
- Congreso de Colombia. (15 de marzo de 1996). Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)

- Congreso de Colombia. (20 de septiembre de 1996) Ley 319 de 1996, por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. [Ley 319 de 1996]. DO: 42.884. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0319\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0319_1996.html)
- Congreso de Colombia. (29 de julio de 1997) Ley 393 de 1997, por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política. [Ley 393 de 1997]. DO: 43.096. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1659485>
- Congreso de Colombia. (5 de agosto de 1998) Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. [Ley 472 de 1994]. DO: 43.357. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0472\\_1998.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html)
- Congreso de Colombia. (31 de julio de 2009). Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. [Ley 1346 de 2009]. DO: 47.427. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677870>
- Congreso de Colombia. (16 de junio de 2011) Ley 1450 de 2011, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. [Ley 1450 de 2011]. DO: 48.102. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680917>
- Código de Minas [Código]. (8 de septiembre de 2001). Ley 685 de 2001, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. [Ley 685 de 2001]. DO: 44.545. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1666077>
- Congreso de Colombia. (6 de marzo de 2014) Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. [Ley 1712 de 2014]. DO: 49.084. Recuperado de <http://suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1687091>
- Congreso de Colombia. (9 de junio de 2015) Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. [Ley 1753 de 2015]. DO: 49.538. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=30019885>
- Constitución Política de 1886 [Const.] (1886) Artículo 218 [Título XXI]. Recuperado de [https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/pdf/constitucion\\_politica\\_1986.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/pdf/constitucion_politica_1986.pdf)
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Corte Constitucional. (1992). Reglamento Interno. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/Reglamento.php>
- Presidencia de la República de Colombia. (16 de diciembre de 1968). Decreto 3069 de 1968, por el cual se crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos se establecen los criterios básicos para la aprobación de las mismas y se dictan otras disposiciones [Decreto 3069 de 1968]. DO: 32.690 Recuperado de

- [https://www.redjurista.com/Documents/decreto\\_3069\\_de\\_1968\\_departamento\\_administrativo\\_para\\_la\\_prosperidad\\_social.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/decreto_3069_de_1968_departamento_administrativo_para_la_prosperidad_social.aspx#/)
- Presidencia de la República de Colombia. (1 de mayo de 1984). Decreto 1038 de 1984, por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República. [Decreto 1038 de 1984]. DO: 36.608. Recuperado de [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1860581?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Decretos/1860581?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)
- Presidencia de la República de Colombia. (3 de mayo de 1990a). Decreto 927 de 1990, por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. [Decreto 927 de 1990]. DO: 39.335. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191574>
- Presidencia de la República de Colombia. (24 de agosto de 1990b). Decreto 1926 de 1990, por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público. [Decreto 1926 de 1990]. DO: 39.512. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1371701>
- Presidencia de la República de Colombia. (19 de noviembre de 1991). Decreto Número 2591. [Decreto 2591 de 1991]. DO: 40.165. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1470723>
- Presidencia de la República de Colombia. (13 de marzo de 2000). Decreto Número 421 de 2000, por el cual se reglamenta el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, en relación con las organizaciones autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas. [Decreto 421 de 2000]. DO: 43.932. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1094519>
- Presidencia de la República de Colombia. (1 de julio de 2010). Decreto Número 2372 de 2010, por el cual se reglamenta el Decreto-ley 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto-ley 216 de 2003, en relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2372 de 2010]. DO: 47.757. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1872443>
- Presidencia de la República de Colombia. (23 de noviembre de 2016). Decreto Número 1898 de 2016, por el cual se adiciona el Título 7, Capítulo 1, a la Parte 3, del Libro 2 del Decreto 1077 de 2015, que reglamenta parcialmente el artículo 18 de la Ley 1753 de 2015, en lo referente a esquemas diferenciales para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en zonas rurales. [Decreto 1898 de 2016]. DO: 50.066. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30027091>

### **Disposiciones normativas del derecho internacional y de otros países**

- Assemblée nationale. France. (15 de abril de 2013). Artículo 19 [Título II]. LOI n.º 2013-312. [Ley 312 de 2013]. DO: 0089. Recuperado de [https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?id=JORFTEXT000027310001](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000027310001)
- Assemblée nationale. France. (5 de abril de 2019). Declaration des Droits de L´arbre. Recuperado de

- [https://www.arbres.org/docs/actualites/colloques\\_conferences/190321DECLA\\_D ROITS-1.pdf](https://www.arbres.org/docs/actualites/colloques_conferences/190321DECLA_D ROITS-1.pdf)
- Asamblea General de la ONU. (1.º de diciembre de 1950). Artículo 3, c [Parte E]. Resolución 421 E (V) de la Asamblea General de la ONU. Recuperado de [https://undocs.org/es/A/RES/421\(V\)](https://undocs.org/es/A/RES/421(V))
- Congreso de Bolivia. (21 de diciembre de 2010). Ley de Derechos de La Madre Tierra. [Ley 071 de 2010]. Recuperado de <https://bolivia.infoleyes.com/norma/2689/ley-de-derechos-de-la-madre-tierra-071>
- Congreso de la República. Perú. (15 de junio de 2017). Ley de Reforma Constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho constitucional. [Ley 30588 de 2017]. Recuperado de [http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/ADLP/Normas\\_Legales/30588-LEY.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/30588-LEY.pdf)
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). [Reformada] Recuperado de [https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf)
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). [Reformada] Artículos 3 [Título I, Capítulo II, art. 3, 1]; 12 [Título II, Capítulo II, Sección primera] y 71 a 74 [Título II, Capítulo Séptimo]. Recuperado de [https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf)
- Constitución de la República. Uruguay. [Const.]. (2004). [Reformada] Artículo 47 [Sección II, Capítulo II]. Recuperado de <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>
- Constitución Política del Estado. Bolivia. [Const.]. (2008). [Reformada]. Artículos 16 y 20 [Primera Parte, Título II, Capítulo II]; Artículo 373 [Cuarta Parte, Título II, Capítulo V]. 2016. Recuperado de [https://www.charagua.gob.bo/wp-content/uploads/2019/05/constitucion\\_politica\\_de\\_bolvia\\_guarani.pdf](https://www.charagua.gob.bo/wp-content/uploads/2019/05/constitucion_politica_de_bolvia_guarani.pdf)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [Const.].(1916). [Reformada]. Artículo 4.º [Título I, Capítulo I]. 2019. Recuperado de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_090819.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_090819.pdf)
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (3 de diciembre de 1998). Observación General n.º 9. E/C.12/1998/24. Ginebra: Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Recuperado de <https://bit.ly/2wP8TmJ>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (25 de abril a 12 de mayo de 2000). Observación General n.º 14. E/C.12/2000/4. Ginebra: Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (11 a 29 de noviembre de 2002). Observación General n.º 15. E/C.12/2002/11. Ginebra: Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (5 a 23 de noviembre de 2007). Observación General n.º 19. E/C.12/GC/19. Ginebra: Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Recuperado de <https://bit.ly/2WwOLFA>

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (4 de febrero de 2008). Observación General n.º 19. E/C.12/GC/19. Párrafo 42 [Título III. Obligaciones de los Estados Partes]. Recuperado de <https://bit.ly/2WwOLFA>
- Convenio IV de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1907). Recuperado de [http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/Convenio\\_IV\\_de\\_la\\_Haya\\_de\\_1907.pdf/816306c0-6008-4959-972b-c07d84ea51b1](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/Convenio_IV_de_la_Haya_de_1907.pdf/816306c0-6008-4959-972b-c07d84ea51b1)
- III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. (12 de agosto de 1949). Recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>
- IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. (12 de agosto de 1949). Recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>
- Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles. (10 de diciembre de 1976). Recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1976-enmod-convention-5tdm2l.htm>
- Naciones Unidas. Cepal. (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. Acuerdo de Escazú. Santiago: Naciones Unidas. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf)
- Naciones Unidas (9 de mayo de 1992a). Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, FCCC/INFORMAL/84. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>
- Naciones Unidas (1992c). Convenio sobre la diversidad biológica. Recuperado de <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>
- Naciones Unidas (1992b). Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo. Río de Janeiro, 3 al 14 de junio de 1992. Río de Janeiro: Naciones Unidas. Recuperado de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Naciones Unidas (11 de diciembre de 1997). Protocolo de Kyoto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, FCCC/INFORMAL/83. Kyoto: Naciones Unidas. Recuperado de <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>
- Naciones Unidas, Asamblea General (18 de diciembre de 1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A/RES/34/180. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf)
- Naciones Unidas, Asamblea General (20 de noviembre de 1989). Convención sobre los derechos del niño, A/RES/44/25. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf)
- Naciones Unidas, Unesco. (17 de octubre de 2003). Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. París. MISC/2003/CLT/CH/14. Recuperado de [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540_spa)
- Naciones Unidas, Asamblea General (13 de diciembre 2006). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crpd\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crpd_SP.pdf)



- Naciones Unidas, Asamblea General (10 de diciembre 2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/RES/61/295. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/61/295>
- Naciones Unidas (12 de diciembre de 2015b). Convención marco sobre el cambio climático, FCCC/CP/2015/L.9, Aprobación del Acuerdo de París, propuesta del Presidente, proyecto de decisión-/CP.21. Recuperado de <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf>
- Naciones Unidas, Asamblea General (10 de diciembre de 1948). Declaración universal de derechos humanos, A/RES/217(III). Recuperado de [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- Naciones Unidas (1973). Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano. En: Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972. A/CONF.48/14/Rev.1, 3-6. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>  
<https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>
- Naciones Unidas, Asamblea General (30 de octubre de 2018). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales, A/C.3/73/L.30. Naciones Unidas. Recuperado de <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>
- Naciones Unidas, Asamblea General (16 de diciembre de 1966). Pacto internacional de derechos civiles y políticos, A/RES/2200(XXI). Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf)
- Naciones Unidas, Asamblea General (16 de diciembre de 1966). Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, A/RES/2200(XXI). Recuperado de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf)
- Naciones Unidas, Asamblea General (16 de diciembre de 1966). Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, A/RES/2200(XXI). Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>
- Naciones Unidas, Asamblea General (15 de Febrero 2000a). Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Third Committee (A/54/605/Add.2)] The right to development, A/RES/54/175. Recuperado de <https://undocs.org/en/A/RES/54/175>
- Naciones Unidas, Asamblea General (3 de agosto de 2010a). Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010 [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/64/L.63/Rev.1 y Add.1)] 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento. A/RES/64/292. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/64/292>
- Naciones Unidas, Asamblea General. (6 de octubre de 2010b). Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 15/9. Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. A/HRC/RES/15/9. Recuperado de <https://undocs.org/es/%20A/HRC/RES/15/9>
- Naciones Unidas, Asamblea General. (28 de julio de 2010c). 108.ª sesión plenaria (aprueba la Resolución 64/292). A/64/PV.108. Recuperado de [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/64/PV.108&Lang=S](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/64/PV.108&Lang=S)
- Naciones Unidas, Asamblea General. (11 de septiembre de 2012). Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012 [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/66/L.56)] 66/288. El futuro que queremos. A/RES/66/288. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/66/288>

- Naciones Unidas, PNUMA. (2013). Convenio de Minamata sobre el mercurio. Recuperado de <https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/minamata-convention-booklet-sp-full.pdf>
- Naciones Unidas, Asamblea General. (21 de octubre de 2015a). Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/70/L.1)] 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. A/RES/70/1. Recuperado de <https://undocs.org/sp/A/RES/70/1>
- Nações Unidas (8 de Septiembre de 2000b). Declaração do Milénio. Resolução A/RES/55/2. Cimeira do Milénio. Nova Iorque, 6-8 de Setembro de 2000. Recuperado de <https://www.unric.org/html/portuguese/uninfo/DecdoMil.pdf>
- New Zealand Parliament. (27 de julio de 2014). Te Urewera Act 2014. [Public Act 51 of 2014]. Reprint as at october 1 2018. Recuperado de <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0051/latest/whole.html>
- New Zealand Parliament. (20 de marzo de 2017). Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017. [Public Act 7 of 2017] Recuperado de <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>
- Organización de los Estados Americanos. (7 al 22 de noviembre de 1969). Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José). [Convencion americana sobre derechos humanos]. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de los Estados Americanos. (7 de junio de 1999). Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Aprobada en Ciudad de Guatemala, Guatemala, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-eliminacion-discriminacion-discapacidad.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (1948). Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Organización de los Estados Americanos. (14 de junio de 2016). Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). Recuperado de <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (17 de noviembre de 1988). Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador". San Salvador, El Salvador. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>
- Organización Internacional del Trabajo. (28 noviembre 1919). Convenio sobre las horas de trabajo (industria). [Convenio n.º 01]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312146:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312146:NO)
- Organización Internacional del Trabajo. (28 noviembre 1919). Convenio sobre el desempleo. [Convenio n.º 02]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312147:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312147:NO)

- Organización Internacional del Trabajo. (28 noviembre 1919). Convenio sobre la protección de la maternidad. [Convenio n.º 03]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312148:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312148:NO)
- Organización Internacional del Trabajo. (28 noviembre 1919). Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres). [Convenio n.º 04]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312149:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312149:NO)
- Organización Internacional del Trabajo. (28 noviembre 1919). Convenio sobre la edad mínima (industria). [Convenio n.º 05]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312150:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312150:NO)
- Organización Internacional del Trabajo. (28 noviembre 1919). Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria). [Convenio n.º 06]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312151:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312151:NO)
- Organización Internacional del Trabajo. (28 de junio 1930). Convenio sobre el trabajo forzoso. [Convenio n.º 29]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C029](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029)
- Organización Internacional del Trabajo. (11 de julio 1947). Convenio sobre la inspección del trabajo. [Convenio n.º 81]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C081](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C081)
- Organización Internacional del Trabajo. (9 de julio 1948). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. [Convenio n.º 87]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C087](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087)
- Organización Internacional del Trabajo. (1 de julio 1949). Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. [Convenio n.º 98]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C098](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098)
- Organización Internacional del Trabajo. (29 de junio 1951). Convenio sobre igualdad de remuneración. [Convenio n.º 100]. Recuperado de [www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C100](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100)
- Organización Internacional del Trabajo. (25 de junio 1957). Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso. [Convenio n.º 105]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C105](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C105)
- Organización Internacional del Trabajo. (25 de junio 1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). [Convenio n.º 111]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111)
- Organización Internacional del Trabajo. (25 de junio 1969). Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura). [Convenio n.º 129]. Recuperado de

- [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_IL O\\_CODE:C129](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:C129)
- Organización Internacional del Trabajo. (26 de junio 1973). Convenio sobre la edad mínima. [Convenio n.º 138]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_IL O\\_CODE:C138](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:C138)
- Organización Internacional del Trabajo. (21 de junio 1976). Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo). [Convenio n.º 144]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_IL O\\_CODE:C144](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:C144)
- Organización Internacional del Trabajo. (26 de junio 1978). Convenio sobre la administración del trabajo. [Convenio n.º 150]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_IL O\\_CODE:C150](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:C150)
- Organización Internacional del Trabajo. (7 de junio 1985). Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo. [Convenio n.º 161]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_IL O\\_CODE:C161](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:C161)
- Organización Internacional del Trabajo. (27 de junio 1989). Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. [Convenio n.º 169]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_IL O\\_CODE:C169](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:C169)
- Organización Internacional del Trabajo. (17 de Jun 1999). Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil. [Convenio n.º 182]. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_IL O\\_CODE:C182](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_IL O_CODE:C182)
- Organización Internacional del Trabajo. (5 de junio de 2017). Conferencia Internacional del Trabajo. Recomendación 205. Ginebra: OIT. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_559920.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_559920.pdf)
- Organización Meteorológica Mundial. (26 al 31 de enero de 1992). Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible. Conferencia internacional sobre el agua y el medio ambiente: El desarrollo en la perspectiva del siglo XXI, 26 a 31 de enero de 1992, Dublín, Irlanda. Recuperado de <http://www.wmo.int/pages/prog/hwrrp/documents/espanol/icwedecs.html>
- Parliament of Victoria. Australia. (26 de septiembre de 2017). Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murrn) Act 2017. [Act 49 of 2017]. Recuperado de [http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web\\_Notes/LDMS/PubStatbook.nsf/51dea49770555ea6ca256da4001b90cd/DD1ED871D7DF8661CA2581A700103BF0/\\$FILE/17-049aa%20authorised.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubStatbook.nsf/51dea49770555ea6ca256da4001b90cd/DD1ED871D7DF8661CA2581A700103BF0/$FILE/17-049aa%20authorised.pdf)
- Parliament of the Republic of South Africa. (19 de diciembre de 1997). Artículo 4, (iii), c [Chapter I]. Water Services Act. [Act 108 de 1997]. DO: 18522. Recuperado de [https://www.gov.za/sites/default/files/gcis\\_document/201409/a108-97.pdf](https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a108-97.pdf)
- PNUMA. Naciones Unidas. (1989). Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación. Recuperado de

<http://www.basel.int/portals/4/basel%20convention/docs/text/baselconvention-ext-s.pdf>

- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. (8 de junio de 1977). <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>
- Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R). (18 de octubre de 1907). La Haya. Recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>
- United Nations (1977). Resolutions of the United Nations Water Conference. En: Report of the United Nations Water Conference, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977. E/GONF.70/29, 66-81. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CONF.70/29](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CONF.70/29);

### **Sentencias (o casos) de Brasil**

- Superior Tribunal de Justiça, Sala Segunda. (2 de diciembre de 2010). Recurso Especial n.º 1.184.624 - RJ (2010/0044498-5). [M.P. Herman Benjamin].
- Superior Tribunal de Justiça, Sala Segunda. (7 de noviembre de 2016). Recurso Especial n.º 1.376.199 - SP (2011/0308737-6). [M.P. Herman Benjamin].
- Superior Tribunal de Justiça, Sala Segunda. (10 de marzo de 2015). Recurso Especial n.º 1.513.218 - RJ (2014/0336151-3). [M.P. Humberto Martins] Recuperado de <https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/REsp-1.513.218-RJ.pdf>
- Superior Tribunal de Justiça, Sala Segunda. (19 de noviembre de 2015). Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 1.497.346 - RJ. Dje 27.11.2015. [M.P. Mauro Campbell Marques]
- Superior Tribunal de Justiça, Sala Segunda. (16 de febrero de 2017). Recurso Especial n.º 1.345.403 - RS (2012/0197280-0). [M.P. Francisco Falcão] Recuperado de <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443401921/recurso-especial-resp-1345403-rs-2012-0197280-0/inteiro-teor-443401938>
- Superior Tribunal de Justiça, Sala Primera. (24 de octubre de 2017). Recurso Especial n.º 1.341.090 - SP (2012/0152849-0). [M.P. Sérgio Kukina] Recuperado de <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533901129/recurso-especial-resp-1341090-sp-2012-0152849-0/inteiro-teor-533901132?ref=juris-tabs>
- Superior Tribunal de Justiça, Sala Sexta. (21 de junio de 2016). Recurso em Habeas Corpus RHC 62437 - SC (2015/0189854-2). [M.P. Nefi Cordeiro]. Recuperado de [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522282&num\\_registro=201501898542&data=20160701&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522282&num_registro=201501898542&data=20160701&formato=PDF)
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (2016 y 2018). ADC 43, 44 y 54 (casos conexos reunidos). [M.P. Marco Aurélio de Melo] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>

- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (3 de abril de 1991). ADI 466/DF. [M.P. Celso de Mello] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (15 de diciembre de 1993). ADI 939-7/DF. [M.P. Sidney Sanches] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (27 de noviembre de 2017). ADI 3406 y 3470 / RJ. [M.P. Rosa Weber] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>
- Supremo Tribunal Federal, Decisión Individual. (19 de diciembre de 2017). ADI 3406/RJ. [M.P. Rosa Weber] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313535829&ext=.pdf>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (8 de febrero de 2018). ADI 3239/DF. [M.P. Rosa Weber] Recuperado de <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339396721&ext=.pdf>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (7 de mayo de 2015). ADI 3943/DF. [M.P. Carmen Lúcia] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (18 de octubre de 2017). ADI 4269/DF. [M.P. Edson Fachin] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749032559>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (28 de febrero de 2018). ADC 42/DF. Procesos reunidos: ADI 4902, ADI 4903, ADI 4937. [M.P. Luiz Fux] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (28 de febrero de 2018). ADI 4901/DF. Voto individual. [M.P. Celso de Mello] Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoMinistroCMADI4.901DF.pdf>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (8 de agosto de 2019). ADI 5610/BA. [M.P. Luiz Fux] Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5072213>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (19 de diciembre de 2018). ADI 5961/PR. [M.P. Marco Aurélio] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750182444>
- Supremo Tribunal Federal, Decisión Individual. (25 de abril de 2011). Agravo de Instrumento. AI 610401/PR. [M.P. Dias Toffoli]. Recuperado de <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2E%2E+SCLA%2E+E+610401%2E+NUME%2E%29+NAO+S%2E+PRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2g3d7fd>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (13 de junio de 2019). Medida cautelar en ADI 6121. [M.P. Marco Aurélio de Mello]. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4847893&ext=RTF>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (27 de octubre de 2018). Medida cautelar en ADPF 548/DF. [M.P. Carmen Lúcia]. Decisión individual refrendada por la Sala Plena, por unanimidad, el 31 de octubre de 2018. Recuperado de <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339844439&ext=.pdf>

- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (3 de diciembre de 2008). Recurso Extraordinario RE 349.703/RS. [M.P. Gilmar Mendes] Recuperado de [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/510\\_RE\\_349703%20-%20ementa%20e%20relatorio.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/510_RE_349703%20-%20ementa%20e%20relatorio.pdf)
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (24 de junio de 2009) Sentencia ADPF 101-DF [Voto M.P. Cármen Lúcia]. Recuperado de <https://bit.ly/2Wyej4S>
- Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. (30 de agosto de 2018.) Sentencia ADPF 324 [M.P. Luis Roberto Barroso]. Recuperado de <https://bit.ly/2WpIFt>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (5 de mayo de 2011). ADPF 132/RJ. [M.P. Ayres Brito]. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (5 de mayo de 2011). ADPF 4277/DF. [M.P. Ayres Brito] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (29 de octubre de 2003). Medida Cautelar (MC) en ADPF 33-5/PA. [M.P. Gilmar Mendes] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348434>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (24 de octubre de 2002). Sentencia AP 330 [M.P. Sidney Sanches]. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324297>
- Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. (17 de febrero de 2016.) Sentencia HC 126.292 [Voto M.P. Luis Roberto Barroso]. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>
- Supremo Tribunal Federal, Decisión Individual. (05 de diciembre de 2005.) Sentencia MI 630-MA [Voto M.P. Joaquim Barbosa]. Recuperado de <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14785473/mandado-de-injuncao-mi-630-ma-stf>
- Supremo Tribunal Federal, Decisión Individual. (8 de octubre de 2014.) Reclamación. Rcl 18526 [M.P. Carmen Lúcia]. Recuperado de <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25292709/reclamacao-rcl-18526-rj-stf>
- Supremo Tribunal Federal, Decisión Individual. (10 de agosto de 2016.) Recurso ordinario en habeas corpus. RHC 126.292 [M.P. Teori Zavascki]. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310108706&ext=.pdf>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Plena. (19 de marzo de 2009). PET 3388/RR. [M.P. Ayres Brito] Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Primera. (24 de agosto de 2010.) Recurso Extraordinario. RE 254.764-SP. [M.P. Marco Aurélio]. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619311>
- Supremo Tribunal Federal, Sala Primera. (23 de agosto de 2011) Agravo Regimental em Recurso Extraordinario. RE 609.748-RJ AgR. [M.P. Luiz Fux]. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627263>
- Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, Sala Quinta. (13 de septiembre de 2017). Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000/PA. Processo na origem: 23838520124013905. [M.P. Souza Prudente]. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339836031&ext=.pdf>

Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, Sala Quinta. (7 de marzo de 2018). Agravo de Instrumento 0066108-84.2016.4.01.0000/MG (d). Processo Orig.: 0003422-54.2016.4.01.3816. [M.P. Souza Prudente]. Recuperado de <https://www.jusbrasil.com.br/processos/134175469/processo-n-0066108-8420164010000-do-trf-1>

## Sentencias de Colombia

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (30 de marzo de 2006). [C.P. Camilo Arciniegas Andrade]. Apud. (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, nota al pie n.º 62). <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2015/04/MUNICIPIOS-OBLIGADOS-A-SUMINISTRAR-AGUA.pdf>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (28 de marzo de 2014). Ref: Expediente n.º AP-25000-23-27-000-2001-90479-01. Expedientes acumulados: 54001-23-31-004-2000-0428; 54001-23-31-004-2001-0122 y 54001-23-31-004-2001-0343. [C.P. Marco Antonio Velilla Moreno]. Recuperado de <http://www.cundinamarca.gov.co/wcm/connect/3321e218-5b90-439e-949a-86673e6b3573/SENTENCIA+RIO+BOGOTA+CONSEJO+DE+ESTADO+%281%29.doc?MOD=AJPERES&CVID=lu-Ylqv&CVID=lu-Ylqv>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (5 de marzo de 2015). Sentencia 2011-00425. Ref: Expediente n.º AP 2013-00361-01. [C.P. Maria Claudia Rojas Lasso]. Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2015/04/MUNICIPIOS-OBLIGADOS-A-SUMINISTRAR-AGUA.pdf>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (13 de octubre de 2016). Radicación n.º 44001-23-33-000-2016-00079-01. [C.P. Martha Teresa Briceño De Valencia]. Recuperado de [http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/13-01-2017\\_44001233300020160007901.pdf](http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/13-01-2017_44001233300020160007901.pdf)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (20 de febrero de 2017). Sentencia 2016-01943. Ref: Expediente n.º 11001-03-15-000-2016-01943-01. [C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto]. Recuperado de [http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol\\_02d61e6d3f3343488a61e2abf27fee86](http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol_02d61e6d3f3343488a61e2abf27fee86)
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (24 de junio de 1992). Sentencia n.º T-428/92. [M.P. Ciro Angarita Baron]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-428-92.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (12 de mayo de 1993). Sentencia n.º T-188/93. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-188-93.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de febrero de 1993). Sentencia n.º C-027/93. [M.P. Simón Rodríguez Rodríguez]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-027-93.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (30 de junio de 1993). Sentencia n.º T-257/93. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-257-93.htm>



- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (14 de octubre de 1993). Sentencia n.º T-380/93. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de abril de 1994). Sentencia n.º C-180/94. [M.P. Hernando Herrera Vergara]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-180-94.htm>
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (27 de julio de 1994). Sentencia n.º T-342/94. [M.P. Antonio Barrera Carbonell]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-342-94.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (21 de noviembre de 1994). Sentencia n.º C-519/94. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-519-94.htm>
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (28 de agosto de 1995). Sentencia n.º T-379/95. [M.P. Antonio Barrera Carbonell]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-379-95.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de abril de 1996). Sentencia n.º C-139/96. [M.P. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de septiembre de 1997). Sentencia n.º SU 442/97. [M.P. Hernando Herrera Vergara]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU442-97.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (3 de febrero de 1997). Sentencia n.º SU 039/97. [M.P. Antonio Barrera Carbonell]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de septiembre de 1998). Sentencia n.º SU 510/98. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm>
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (10 de noviembre de 1998). Sentencia n.º T-652/98. [M.P. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de agosto de 1999). Sentencia n.º C-595/99. [M.P. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-595-99.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de mayo de 2017). Sentencia n.º SU 354/17 [M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (12 de mayo de 1992) Sentencia n.º T-006/92. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-006-92.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (5 de junio de 1992) Sentencia n.º T-406/92. [M.P. Ciro Angarita Baron]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (26 de octubre de 1992) Sentencia n.º T-570/92. [M.P. Jaime Sanin Greiffenstein]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-570-92.htm>

- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (3 de noviembre de 1992) Sentencia n.º T-578/92. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-578-92.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de noviembre de 1992) Sentencia n.º C-580/92. [M.P. Fabio Morón Díaz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-580-92.htm>
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (22 de noviembre de 1993) Sentencia n.º T-539/93. [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-539-93.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (23 de marzo de 1994) Sentencia n.º T-140/94. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-140-94.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (20 de mayo de 1994) Sentencia n.º T-244/94. [M.P. Hernando Herrera Vergara]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-244-94.htm>
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (26 de octubre de 1994) Sentencia n.º T-463/94. [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-463-94.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (22 de noviembre de 1994) Sentencia n.º T-523/94. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-523-94.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (2 de marzo de 1995) Sentencia n.º T-092/95. [M.P. Hernando Herrera Vergara]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-092-95.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (13 de septiembre de 1995) Sentencia n.º T-413/95. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-413-95.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (26 de septiembre de 1997) Sentencia n.º T-481/97. [M.P. Fabio Morón Díaz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-481-97.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (12 de mayo de 1998) Sentencia n.º T-153/98 [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de enero de 2001). Sentencia n.º C-093/01. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-093-01.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de junio de 2001). Sentencia n.º C-671/01. [M.P. Jaime Araújo Rentería]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-671-01.htm>
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (11 de mayo de 2001). Sentencia n.º T-485/01. [M.P. Jaime Córdoba Triviño]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-485-01.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (1 de noviembre de 2001). Sentencia n.º T-1150/01. [M.P. Álvaro Tafur Galvis]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1150-01.htm>

- Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de abril de 2002). Sentencia n.º C-293/02. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-293-02.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (7 de mayo de 2002). Sentencia n.º C-339/02. [M.P. Jaime Araujo Rentería]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-339-02.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (01 de agosto de 2002). Sentencia n.º T-595/02. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-595-02.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (1 de agosto de 2002). Sentencia n.º T-598/02. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-598-02.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (29 de agosto de 2002). Sentencia n.º T-697/02. [M.P. Jaime Araújo Rentería]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-697-02.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (5 de septiembre de 2002). Sentencia n.º T-730/02. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-730-02.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de febrero de 2003). Sentencia n.º C-150/03. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-150-03.htm>
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (26 de marzo de 2003). Sentencia n.º T-262/03. [M.P. Jaime Córdoba Triviño]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-262-03.htm>
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (22 de mayo de 2003). Sentencia n.º T-410/03. [M.P. Jaime Córdoba Triviño]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-410-03.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (17 de octubre de 2003). Sentencia n.º T-955/03. [M.P. Álvaro Tafur Galvis]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-955-03.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (28 de abril de 2004) Sentencia n.º T-025/04. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (28 de octubre de 2005) Sentencia n.º T-1104/05. [M.P. Jaime Araújo Rentería]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (17 de abril de 2007). Sentencia n.º T-270/07. [M.P. Jaime Araújo Rentería]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-270-07.htm>
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (6 de septiembre de 2007). Sentencia n.º T-693/07. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-693-07.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (25 de septiembre de 2007). Sentencia n.º T-760/07. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-760-07.htm>

- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (22 de enero de 2008). Sentencia n.º T-022/08. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-022-08.htm>
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (31 de julio de 2008) Sentencia n.º T-760/08. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (12 de septiembre de 2008) Sentencia n.º T-888/08. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-888-08.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (24 de febrero de 2009). Sentencia n.º T-120/09. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-120-09.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (28 de mayo de 2009). Sentencia n.º T-381/09. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-381-09.htm>
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (6 de agosto de 2009). Sentencia n.º T-546/09. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-546-09.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (15 de octubre de 2009) Sentencia n.º T-734/09. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-734-09.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (9 de diciembre de 2009) Sentencia n.º T-915/09. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-915-09.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (26 de febrero de 2010) Sentencia n.º T-143/10. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-143-10.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (24 de marzo de 2010) Sentencia n.º C-228/10. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (2 de diciembre de 2009) Sentencia n.º T-508/10. [M.P. Mauricio González Cuervo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-508-10.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de julio de 2010) Sentencia n.º C-595/10. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (5 de agosto de 2010) Sentencia n.º T-614/10. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-614-10.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (5 de agosto de 2010) Sentencia n.º T-616/10. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-616-10.htm>. Resumen en inglés disponible en: <http://english.corteconstitucional.gov.co/Decision.php?IdPublicacion=78>

- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (2 de septiembre de 2010) Sentencia n.º T-690/10. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-690-10.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (8 de septiembre de 2010) Sentencia n.º T-717/10. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-717-10.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de marzo de 2011). Sentencia n.º C-220/11. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-220-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (12 de abril de 2011). Sentencia n.º T-279/11. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-279-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (31 de marzo de 2011). Sentencia n.º T-235/11. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-235-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de julio de 2011). Sentencia n.º C-577/11. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (26 de septiembre de 2011). Sentencia n.º T-724/11. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-724-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (26 de septiembre de 2011). Sentencia n.º T-725/11. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-725-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (3 de octubre de 2011). Sentencia n.º T-740/11. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-740-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (7 de diciembre de 2011). Sentencia n.º T-928/11. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-928-11.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (9 de marzo de 2012). Sentencia n.º T-188/12. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-188-12.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (30 de marzo de 2012). Sentencia n.º T-273/12. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-273-12.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (11 de abril de 2012). Sentencia n.º T-276/12. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-276-12.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de diciembre de 2012). Sentencia n.º C-1051/12. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-1051-12.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (26 de septiembre de 2012). Sentencia n.º T-749/12. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-749-12.htm>

- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (9 de noviembre de 2012). Sentencia n.º T-925/12. [M.P. Alexei Julio Estrada]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-925-12.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (11 de noviembre de 2012). Sentencia n.º T-980/12. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-980-12.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (14 de febrero de 2013). Sentencia n.º T-077/13. [M.P. Alexei Julio Estrada]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-077-13.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (19 de febrero de 2013). Sentencia n.º T-082/13. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-082-13.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (28 de junio de 2013). Sentencia n.º T-388/13. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (12 de noviembre de 2013). Sentencia n.º T-815/13. [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-815-13.htm>
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (1 de abril de 2014). Sentencia n.º T-192/14. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-192-14.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (14 de mayo de 2014). Sentencia n.º T-282/14. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-282-14.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de marzo de 2014). Sentencia n.º C-123/14. [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-123-14.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (4 de agosto de 2014). Sentencia n.º T-576/14. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-576-14.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de febrero de 2015). Sentencia n.º C-071/15. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (20 de febrero de 2015). Sentencia n.º T-080/15. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de julio de 2015). Sentencia n.º C-449/15. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-449-15.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (4 de noviembre de 2015). Sentencia n.º T-683/15. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-683-15.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (11 de diciembre de 2015). Sentencia n.º T-760/15. [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-760-15.htm>

- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (11 de diciembre de 2015). Sentencia n.º T-761/15. [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-761-15.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (8 de febrero de 2016). Sentencia n.º C-035/16. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (14 de marzo de 2016). Sentencia n.º T-131/16. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-131-16.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (14 de marzo de 2016). Sentencia n.º T-269/16. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-269-16.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (19 de agosto de 2016). Sentencia n.º T-445/16. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-445-16.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (30 de agosto de 2016). Sentencia n.º T-446/16. [M.P. Alejandro Linares Cantillo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-466-16.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (30 de agosto de 2016). Sentencia n.º T-466/16. [M.P. Alejandro Linares Cantillo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-466-16.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (10 de noviembre de 2016). Sentencia n.º T-622/16. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (17 de febrero de 2017). Sentencia n.º T-100/17. [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-100-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (17 de marzo de 2016). Sentencia n.º T-143/17. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-143-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (08 de mayo de 2017). Sentencia n.º T-302/17. [M.P. Aquiles Arrieta Gómez]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (19 de mayo de 2017). Sentencia n.º T-338/17. [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-338-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (30 de mayo de 2017). Sentencia n.º T-361/17. [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-361-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (25 de agosto de 2017). Sentencia n.º T-543/17. [M.P. Diana Fajardo Rivera]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-543-17.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de octubre de 2018). Sentencia n.º SU-095/18. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU095-18.htm>

- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (10 de mayo de 2018). Sentencia n.º T-188/18. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-188-18.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (7 de junio de 2018). Sentencia n.º T-223/18. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-223-18.htm>
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (3 de agosto de 2018). Sentencia n.º T-318/18. [M.P. Alejandro Linares Cantillo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-318-18.htm>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (5 de abril de 2018). Sentencia STC4360-2018. Radicación 11001-22-03-000-2018-00319-01 [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona]. Recuperado de <https://amazoniasoy.com/wp-content/uploads/2018/07/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (24 de mayo de 1990). Sentencia SP59. Referencia 2149 (334-E). [M.P. Jorge Carreño Luengas]. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=30017305>
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (9 de octubre de 1990). Sentencia SP138. Referencia 2214 (351-E) [M.P. Hernando Gómez Otálora, Fabio Morón Díaz]. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=30014406>
- Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena. (26 de noviembre de 2018). Fallo de Tutela 213/2018. [J. Fredy Antonio Machado López].
- Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Sesión n.º 3. (9 de agosto de 2018). Expediente n.º 15238 3333 002 2018 00016 01. [M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz]. Recuperado de <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2018/08/fallo-pisba.pdf>
- Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta Civil de Decisión. (17 de junio de 2019). Expediente n.º 05001 31 03 004 2019 00071 01. Sentencia n.º 38. [M.P. Juan Carlos Sosa Londoño]. Recuperado de [https://pt.scribd.com/document/413969985/Fallo-Rio-Cauca-1#from\\_embed](https://pt.scribd.com/document/413969985/Fallo-Rio-Cauca-1#from_embed)

### **Sentencias de tribunales internacionales o de otros países y decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n.º 63/99. Caso 11.427. Víctor Rosario Congo, Ecuador. (13 de abril de 1999). Recuperado de <http://www.cidh.org/annualrep/98span/Fondo/Ecuador%2011.427.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n.º 124/99. Caso 11.765. Paul Lallion, Grenada. (27 de septiembre de 1999). Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Grenada11765.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n.º 40/04. Caso 12.053. Fondo Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice. (12 de octubre 2004). Washington, D.C. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053a.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. MC 260-07 - Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el



- Departamento de San Marcos, Guatemala. (20 de mayo de 2010). Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. MC 121/11 - 14 Comunidades Indígenas Q'echi del Municipio de Panzos, Guatemala. (20 de junio de 2011). Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
- Constitutional Court of South Africa, Tribunal Pleno. (4 de octubre de 2000). Case CCT 11/00. Government of the Republic of South Africa and Others vs Grootboom and Others [M.P. Yacoob J]. Recuperado de <https://bit.ly/2WWdK4i>
- Corte Constitucional del Ecuador, Presidencia. (28 de marzo 2018). Sentencia n.º 012-18-SIS-CC. Caso n.º 0032-12-IS. [M.P. Alfredo Ruíz Guzmán] Recuperado de [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/012-18-SIS-CC/REL\\_SENTENCIA\\_012-18-SIS-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/012-18-SIS-CC/REL_SENTENCIA_012-18-SIS-CC.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (19 de noviembre 1999). Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (31 de agosto de 2001). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (2 de septiembre de 2004). Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (17 de junio de 2005). Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal pleno. (15 de septiembre de 2005). Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_133\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (1 de febrero de 2006). Caso López Álvarez vs. Honduras. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (28 de noviembre de 2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (6 mayo de 2008). Caso Yvon Neptune vs. Haití. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_180\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (24 de agosto de 2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (17 de septiembre de 2003). Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (15 junio de 2005). Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_124\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Pleno. (15 de noviembre de 2017). Opinión Consultiva OC-23/17, solicitada por la República de Colombia. Medio Ambiente Y Derechos Humanos. Recuperado de [https://www.escribnet.org/sites/default/files/caselaw/iacthr\\_rt\\_to\\_a\\_healthy\\_env\\_judgment.pdf](https://www.escribnet.org/sites/default/files/caselaw/iacthr_rt_to_a_healthy_env_judgment.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. (5 de Diciembre de 2008). Sentencia n.º 17620. [M.P. Fernando Cruz Castro]. Recuperado de <https://vlex.co.cr/vid/-499328718>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argentina. (8 de julio de 2008). MM.PP. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay. Sentencia M. 1569. XL. Originario Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo). Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnálisis=647639&cache=1508625209538>
- Corte Provincial de Justicia de Loja, Sala Penal. (30 de marzo 2011). Juicio 11121-2011-0010, Acción de Protección 0010-2011. [M.P. Luis Sempertégui Valdivieso y otros] Recuperado de <https://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>
- High Court of Uttarakhand at Nainital (20 de marzo de 2017). Caso Mohd. Salim vs. State of Uttarakhand & others. Writ Petition (PIL) n.º 126 of 2014. [MM.PP. Alok Singh y Rajiv Sharma] Recuperado de <http://lobis.nic.in/ddir/uhc/RS/orders/22-03-2017/RS20032017WPPIL1262014.pdf>
- High Court of Uttarakhand at Nainital. (s.f). Caso Lalit Miglani vs State Of Uttarakhand And Others. Writ Petition (PIL) No.140 of 2015. [MM.PP. Alok Singh y Rajiv Sharma] Recuperado de <https://indiankanoon.org/doc/189912804/>
- Tribunal Constitucional, Sala Segunda. (15 de noviembre de 2007), EXP. n.º 06534-2006-PA/TC. [MM.PP. Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda]. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>

### **Libros y artículos de revistas y periódicos**

- Abdenur, A.E. (14 de marzo de 2019). Mudanças climáticas e segurança nacional. Le Monde Diplomatique Brasil. Recuperado de <https://diplomatique.org.br/mudancas-climaticas-e-seguranca-nacional/>
- Abers, R. N., & Brandão, I. R. (2018). Quais são as responsabilidades do Estado? Brasília. Recuperado de [https://docs.wixstatic.com/ugd/a46f9a\\_b1b0494c25b64d4fad271779d6957649.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/a46f9a_b1b0494c25b64d4fad271779d6957649.pdf)
- Abramovich, V., & Courtis, C. (2006). El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Buenos Aires: Del Puerto.
- Abramovich, V., & Courtis, C. (2014). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta.
- Abreu, F. D.; Cavalcante, I. N. & Matta, M. A. (2013). O sistema aquífero Grande Amazônia – Saga: Um imenso potencial de água subterrânea no Brasil. III Congresso Internacional de Meio Ambiente Subterrâneo. São Paulo. Recuperado de <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/27831/18054>

- Allard, J. & Garapon, A. (2005). *Le juge dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*. París: Editions de Seuil et La République des Idées.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11), 3-14. Recuperado de <https://bit.ly/2FMwdqJ>
- Alvarado, P. A. (2014). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amador, J. A. & Cardozo, M. A. (2014). Criterios de la Corte Constitucional para determinar el carácter fundamental de los derechos a través de la jurisprudencia. (V. 1. 23; Ed.) *Advocatus*, 149 - 166. Barranquilla: Universidad Libre Seccional. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5982835>
- Amorim, M. (2019). Medida Provisória do saneamento básico deve impactar no rendimento da Casal. Ex-presidente Temer publicou MP no apagar das luzes do governo; entidades se posicionam contra e consideram medida inconstitucional. *Gazetaweb.com*. Recuperado de [https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2019/01/mp-do-saneamento-basico-deve-impactar-no-rendimento-da-casal\\_67446.php](https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2019/01/mp-do-saneamento-basico-deve-impactar-no-rendimento-da-casal_67446.php)
- Arguelhes, D. W. (2014). Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas Jus*, 25, 25-45. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/271088324\\_Poder\\_ nao\\_e\\_querer\\_preferencias\\_restritivas\\_e\\_redesenho\\_institucional\\_no\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_pos-democratizacao](https://www.researchgate.net/publication/271088324_Poder_ nao_e_querer_preferencias_restritivas_e_redesenho_institucional_no_Supremo_Tribunal_Federal_pos-democratizacao)
- Arguelhes, D. W. & Ribeiro, L. M. (2018). Ministrocracia. O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, 37, 13-32. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/nec/v37n1/1980-5403-nec-37-01-13.pdf>
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta
- Atienza, M. (2016). *Juristas y zorizos. La Mirada de Peitho*. Recuperado de <https://lamiradadepeitho.blogspot.com/2016/06/juristas-y-zorizos.html>
- Azevedo, D. B. & Rabat, M. N. (2012). *Parlamento mutilado: deputados federais cassados pela ditadura de 1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. Recuperado de [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/11574/parlamento\\_mutilado\\_bithiah%26rabat.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/11574/parlamento_mutilado_bithiah%26rabat.pdf?sequence=1)
- Badiou, A. & Truong, N. (2012). *Elogio del amor*. Buenos Aires, Barcelona, México: Paidós.
- Barbosa, R. (1893). *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Exxecutivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora 7. Recuperado de <http://fasam.edu.br/wp-content/uploads/2016/06/Atos-inconstitucionais-Ruy-Barbosa.pdf>
- Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y constitución. *Discusiones: derechos y justicia constitucional*, (1), 65-94. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>
- Barco, C. A. (2014). El enfoque basado en derechos. ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas? En: L. Burgorgue-Larsen, A. Maués & B. E. Sánchez Mojica. *Derechos humanos y políticas públicas. Manual*. (pp. 51-78). Recuperado de [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP\\_Manual\\_v3.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP_Manual_v3.pdf)
- Becker, R.F. (2015). Amicus curiae no novo CPC. Código permite ao “amigo da corte” recorrer de decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Jota*.

- 06.03.2015. Recuperado de [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/amicus-curiae-novo-cpc-06032015](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/amicus-curiae-novo-cpc-06032015)
- Bellamy, R. (2007). *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. New York: Cambridge University Press. Kindle book.
- Benjamin, A. H. (2008). O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. *Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, 19 (1), jan./jun., 37-80. Recuperado de <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informativo/article/viewFile/449/407>
- Benjamin, A. H. (2018). Water justice: the case of Brazil. *Environmental Law Institute, News & Analysis*, 48 (3), 10211-10219. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1080/02587203.1998.11834974>
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2014). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2006). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa* (26), 225-238. Recuperado de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf)
- Bernal, C. (2015a). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En: M. Carbonell, H. Fix-Fierro, L. R. Pérez & D. Valadés. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. (vol. I, pp. 235-276). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3825/13.pdf>
- Bernal, C. (2015b). Problemas teóricos y de derechos fundamentales del uso del análisis de contexto para la investigación penal en el derecho interno colombiano. En: G. B. Castillo & Bernal, C. (eds.). *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno (introducción y primera parte)*. pp. 41-134. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Ejército Nacional de Colombia.
- Brandenburg, A. (2010). Do rural tradicional ao rural socioambiental. *Ambiente & Sociedade*, 13(2), 417-428. Recuperado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2010000200013&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2010000200013&script=sci_abstract&tlng=pt)
- Bregaglio, R. (2013). Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. En: Galindo, G.R.B.; Urueña, R. & Pérez, A.T. (Coord.). *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*. 91-129. Recuperado de [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH\\_Manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf)
- Brinks, D. M. (2009). Faithful servants of the regime. The Brazilian Constitutional Court's role under the 1988 Constitution. 105th Annual Meeting of the American Political Science. Toronto. Recuperado de [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1450837](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1450837)
- Bushnell, D. (2018). Colombia, una nación a pesar de sí misma. Nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy. Bogotá: Ariel.
- Bustamante, T. (2018). Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. *Revista Direito GV*, 14 (2), 707-745. Recuperado de: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0707.pdf>

- Bustamante, T. & Bustamante, E. (2016). Jurisdição constitucional na era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do STF. *Direito & Práxis*, 07, 346-388. Recuperado de DOI: 10.12957/dep.2016.17530
- Cadena, C. A. (2015). *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Candeas, A. P. (2004). Valores e judiciários. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. *Revista Cidadania e Justiça da AMB*, 7. 1.º semestre de 2004.
- Cárdenas, J. (2019). El país. Economía del exterminio. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2019/01/22/colombia/1548120869\\_653877.htm](https://elpais.com/internacional/2019/01/22/colombia/1548120869_653877.htm)
- Carneiro, W. P. (2008). Palimpsesto de humanidade: direitos humanos e normas internacionais do trabalho; um estudo comparado. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3.ª Região*, 47(77), 173-192. Recuperado de <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27330>
- Castillo, L. C. (2007). *Etnicidad y nación: el desafío de la diversidad en Colombia*. Cali: Universidad del Valle.
- Castro-Buitrago, E. & Valencia, F. C. (2018). Un derecho ambiental democrático para Latinoamérica y el Caribe: los retos de la negociación del Acuerdo Regional sobre el Principio 10 de Río 92. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11, 159-186. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6344861>
- Castro, H.E.F. (2018). El derecho fundamental al agua potable: jurisprudencia constitucional en Costa Rica y Colombia. *Revista IUS Doctrina*, 11 (1), 1-27. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/download/33950/33449/>
- Castro, M. F. (2005). Direitos sociais, econômicos e culturais: uma abordagem pós-neo-clássica. *Revista Jurídica da Presidência da República*, 7(74), 01-18. Recuperado de <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/424/1085>
- Castro, M. F. (2006). Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. *Revista de Direito Empresarial* (6), 41-62.
- Cattoni, M. (2002). *Direito Constitucional*. Belo Horizonte, Brasil: Mandamentos.
- Chang, H.J. (2015). *Economía para el 99% de la población*. (T. B. Arijon, Trad.) Barcelona: Penguin Random House.
- Choudhry, S. (2006). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge University Press.
- Cittadino, G. (2004). Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, 05 (09), jul-dez, pp. 105-113. Recuperado de [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_Cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_Cittadino.pdf)
- Codato, A. N. (2005). Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. *Revista Sociologia Política*, 83-106. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31113.pdf>
- Coelho, G. (2019). Enxugamento da Carta. Constituição Federal precisa de menos texto, defende ministro Dias Toffoli. Recuperado de <https://www.conjur.com.br/2019-mar-29/constituicao-texto-defende-ministro-dias-toffoli>
- Comella, V. F. (2018). Beyond the principle of proportionality. En: G. Jacobsohn & M. Schor, *Comparative constitutional theory* (pp. 229-247). Cheltenham, Northampton: Edward Elgar.

- Comparato, F. K. (2017). *A oligarquia brasileira: visão histórica*. São Paulo: Editora Contracorrente. Kindle book.
- Courtis, C. (2007). Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social. En: A. Sojo & A. Uthoff (Comp.), *Desempeño económico y política social en América Latina y el Caribe. Los retos de la equidad, el desarrollo y la ciudadanía* (pp. 23-58). México, D.F.: Naciones Unidas-CEPAL, FLACSO-México, GTZ, Indesol, Fontamara. Recuperado de <https://bit.ly/2UIUs7b>
- Cunha, E. (1984). *Os Sertões*. São Paulo: Três.
- Cunha, V. (2015). *Água*. São Paulo: Origem.
- Cunto, R. D. (2018). *Bolsonaristas querem derrubar PEC da Bengala*. Recuperado de <https://www.valor.com.br/politica/5985521/bolsonaristas-querem-derrubar-pec-da-bengala>
- D'Araujo, M. C. (2012). O estável poder de veto Forças Armadas sobre o tema da anistia política no Brasil. *Varia História*, 28. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/vh/v28n48/06.pdf>
- Da Silva, V. A. (2015). De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade* (47), pp. 205-225. Recuperado de <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/605>
- Da Silva, V. A. (2002). O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, 23-50. Recuperado de <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>
- Da Silva, V. A. (2009). O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, 250, 197-227. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>
- Dakolias, M. (1996). *The judicial sector in Latin America and the Caribbean. Elements of reform. Documento técnico*. Recuperado de <http://documents.worldbank.org/curated/en/427921468226755170/pdf/multi-page.pdf>
- Delgado, M. G. (2006). *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr.
- Derani, C. *et al.* *Derechos de la naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas*. En: Achury, L.E. *et al.* (editores académicos). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, (pp. 495-545). Bogotá: Universidad Libre, 2019.
- Dias, M. y Corrêa, M. (2012). *Ricos fazem mais gato d'água que pobres, diz presidente da Ceda*. Extra. Recuperado de <https://extra.globo.com/noticias/rio/ricos-fazem-mais-gato-dagua-que-pobres-diz-presidente-da-cedae-4130300.html>
- Diegues, L.; Linhares, C.; Caram, B. & Boldrini, A. (2018). *Brasil possui ao menos 58 mil autoridades, de 40 cargos, com foro especial*. Folha de São Paulo. Recuperado de <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/brasil-possui-ao-menos-58-mil-autoridades-de-40-cargos-com-foro-especial.shtml>
- Domènech, C. H. P. (2016). *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*. Cizur Menor, Navarra: Thompson Reuters, Aranzandi.
- Dowbor, L. (2017). *A era do capital improdutivo*. São Paulo: Autonomia Literária.
- Dunker, C. (2018). *Entrevista: "Sem a Palavra, o amor não acontece. Não Adianta!"*. Recuperado de <http://faustomag.com>: <http://faustomag.com/christian-dunker-sem-a-palavra-o-amor-nao-acontece-nao-adianta/>

- Dunlap, C. J. (2008). Lawfare Today: A perspective. *Yale Journal of International Affairs*, pp. 146-154. Recuperado de [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5892&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5892&context=faculty_scholarship)
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (2015). *Los derechos en serio* (4.ª ed.). Barcelona: Ariel.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. [Traducido al español de *Democracy and distrust. A theory of judicial review*]. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho
- Espinosa, M. J. (2007). *Polémicas constitucionales*. Bogotá, México D.F., Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago, Miami: Legis.
- Espinosa, M. J. & Landau, D. (2017). *Colombian constitutional law*. New York: Oxford University Press.
- Falcão, J., Arguelhes, D. W. & Recondo, F. (2017). *Onze supremos: o supremo em 2016*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV Rio. Recuperado de <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17959/Onze%20Supremos%20-%20o%20Supremo%20em%202016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Falcão, J., Cerdeira, P. & Arguelhes, D. W. (2011). *I Relatório Supremo em números: o múltiplo supremo*. Fundação Getúlio Vargas. Recuperado de <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>
- Falcão, J.; Hartmann, I. A.; Almeida, G. & Chaves, L. (2017). *V Relatório Supremo em números - O foro privilegiado e o Supremo*. Río de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Recuperado de <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>
- Febres-Cordero, J. B. (1997). *La Democracia en Colombia. Un proyecto en construcción* (2.ª ed.). Colombia: Tercer Mundo Editores.
- Fernandes, Y. (2018). *Gestão comunitária da água muda realidade de milhares de famílias nas zonas rurais da Bahia*. Coca-Cola Journey. Recuperado de <https://www.cocacolabrazil.com.br/historias/central-gestao-comunitaria-da-agua-muda-realidade-de-milhares-de-familias-na-bahia>
- Ferrajoli, L. (2010). *Cultura jurídica y paradigma constitucional - La experiencia italiana del siglo XX*. Lima: Palestra.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. [Traducido al español de *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*]. Madrid: Trotta
- Ferrajoli, L. (2014). Prólogo. En: V. Abramovich & C. Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles* (pp. 9-14). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2015). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. [Traducido al español de *Poteri selvaggi. La democrazia attraverso i diritti*]. Madrid: Trotta.
- Ferrante, A. (2016). Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, 43(2), 601-618. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n2/art10.pdf> .
- Ferejohn, J. & Pasquino, P. (2002). *Constitutional courts as deliberative institutions: towards and institutional theory of constitutional justice*. En: W. Sadurski, *Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist*

- Europe in a comparative perspective (pp. 21-36). The Hague: Kluwer Law International.
- Filgueiras, M. L. (2014). Sabesp é generosa com acionistas, mas não com investimentos. *Revista Exame*. Recuperado de <https://exame.abril.com.br/revista-exame/nao-da-nem-para-rationar/>
- Fonte, F. d. (s.f.). O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores? Recuperado de <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf>
- Frasson, C. M. (2018a). A justiça ambiental e a crise hídrica. Quando as políticas públicas reforçam a desigualdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Frasson, C. M. (2018b). Material complementar justiça ambiental e a crise hídrica. Figuras 6, 8 y 9. Recuperado de <https://lumenjuris.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Material-Complementar-Justi%C3%A7a-Ambiental-e-a-Crise-H%C3%ADrica-2018.pdf>
- Freitas, D. G. & Magnabosco, A. L. (2018). Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento no Brasil. Instituto Trata Brasil. Recuperado de [http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/beneficios/sumario\\_executivo.pdf](http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/beneficios/sumario_executivo.pdf)
- Freitas, G. M. (2005). A reforma do judiciário, o discurso econômico e os desafios da formação do magistrado hoje. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região*, v.42, jul./dez. de 2005, pp. 31-44. Recuperado de [https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_72/Graca\\_Freitas.pdf](https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_72/Graca_Freitas.pdf)
- Freitas, G. M., & Bustamante, T. R. (2017). Separação e equilíbrio de poderes: reflexões sobre democracia e desenho institucional do STF pós-1988. Apontamentos a partir de um estudo de caso: ADPF 402-DF. *Cadernos Adenauer*, XVIII (1), 193-216. Recuperado de <http://www.kas.de/wf/doc/23078-1442-5-30.pdf>
- Freyre, G. (2003). *Casa-Grande & Senzala. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. Recife: Global Editora.
- Fuller, L. L. (1979). The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, 92, 353-409.
- García, M. M. H. (2017). La gestión del nexo agua-energía-alimentos: la clave para el desarrollo sostenible En: *Cuadernos de Estrategia* 186. El agua: ¿fuente de conflicto o cooperación? (pp. 119-160). Ministerio Defensa. Recuperado de [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE-186\\_Agua.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE-186_Agua.pdf)
- Gargarella, R. (2013a). A inserção de direitos sociais em constituições hostis a eles (1917-1980). Não C. Toledo, *Direitos Sociais em debate* (pp. 49-65). Rio de Janeiro: Elsevier.
- Gargarella, R. (2018). Derechos incondicionales que están por encima de los planes económicos. *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/2108469-derechos-incondicionales-que-estan-por-encima-de-los-planes-economicos>
- Gargarella, R. (2013b). Justicia dialógica y derechos sociales. En: J. E. Monteros & J. Ordoñez. *Los derechos sociales en el Estado constitucional* (pp. 109-141). Valencia: Tirant lo Blanch
- Gargarella, R. (2014b). *La sala de máquinas de la Constitución*. Buenos Aires: Katz.
- Gargarella, R. (2001). Representación plena, deliberación e imparcialidad. En: J. Elster. *La democracia deliberativa* (pp. 323-345). Barcelona: Gedisa.
- Gaspari, E. (2017). *Coleção ditadura*. Rio de Janeiro: Intrínseca. Kindle book.



- Giugni, G. (1976). L'enseignement spécialise et la recherche não droit comparé au niveau universitaire et dans les instituts autonomes. Não C. d. Europa (Ed.). Quatrième Conférence européenne des facultés de droit (pp. 33-41). Strasbourg: Consejo de Europa.
- Godoy, M.G. (2015). As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? En: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, vol. 60, (3), 137-159, Curitiba. Recuperado de <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42513/26943>
- González-Ocantos, E. A. (2016). Shifting legal visions. Judicial change and human rights trials in Latin América. New York: Cambridge University Press.
- Greco, L. (2002). Garantias fundamentais do processo: O processo justo. Novos Estudos Jurídicos, Ano VII (14), 9-68. Recuperado de <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1/2>
- Gudynas, E. (2019). ¿Se militariza la gestión ambiental y territorial? Recuperado de <https://blogs.elespectador.com/actualidad/embrollo-del-desarrollo/se-militariza-la-gestion-ambiental-territorial>
- Gutiérrez, E. R. & Yepes, C. A. Z. (2016). El mínimo vital de agua potable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Medellín: Opinión Jurídica, 15 (29), 123-140. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v15n29/v15n29a07.pdf>
- Habermas, J. (2005). Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta
- Halmer, S. & Hauenschild, B. (2014). Remunicipalisation of public services in the EU. Vienna: OGPP - Österreichische Gesellschaft für Politikberatung und Politikentwicklung. Recuperado de [http://www.politikberatung.or.at/fileadmin/studien/oeffentliche\\_dienstleistungen/Remunicipalication\\_2014\\_01.pdf](http://www.politikberatung.or.at/fileadmin/studien/oeffentliche_dienstleistungen/Remunicipalication_2014_01.pdf)
- Hartmann, I. A.; Almeida, G. d.; Valim, B. N.; Lima, C. E.; Mariano, G. B.; Nunes, J. L. & Campos, L. d. (2017). A Influência da TV justiça no processo decisório do STF. Revista de Estudos Empíricos em Direito, 4, 38-56.
- Henao, J. C. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. Revista de Economía Institucional, 15(29), 67-102. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v15n29/v15n29a05.pdf>
- Hespanha, A. M. (2014). Prefacio. Martins, A. A jurisprudência constitucional sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014. Coimbra: Almedina. Kindle book.
- Hoekstra, A. (2003). Virtual water: an introduction. En: Hoekstra, A. Virtual water trade. Proceedings of the International Expert Meeting on Virtual Water Trade. Value of Water Research Report Series n.º 12, (pp. 13-23). Recuperado de <https://waterfootprint.org/media/downloads/Report12.pdf>
- Holanda, S. B. (1995). Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras.
- Holliday, O. J. (2006). Para sistematizar experiências. [Traducido al portugués de Para sistematizar experiencias: una propuesta teórica y práctica]. Brasilia: MMA (Ministério do Meio Ambiente).
- Holmes, S. & Sunstein, C. R. (1999). The cost of rights. Why liberty depends on taxes. New York, London: W.W. Norton & Company

- Howard, G. & Bartram, J. (2003). Domestic water quantity, service level and health. World Health Organization. Recuperado de [https://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/WSH03.02.pdf](https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf)
- Isch, E. (2011). La contaminación del agua como proceso de acumulación. En: R. L. Boelens, Justicia Hídrica. Acumulación, conflicto y acción social (pp. 97-109). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Kishimoto, S.; Lobina, E. & Petitjean, O. (2015). Our public water future. The global experience with remunicipalisation. Amsterdam, London, Paris, Cape Town, Brussels: Transnational Institute (TNI); Public Services International Research Unit (PSIRU), Multinationals Observatory, Municipal Services Project (MSP) and the European Federation of Public Service Unions (EPSU). Recuperado de [https://www.municipalservicesproject.org/sites/municipalservicesproject.org/files/publications/Kishimoto-Lobina-Petitjean\\_Our-Public-Water-Future-Global-Experience-Remunicipalisation\\_April2015\\_FINAL.pdf](https://www.municipalservicesproject.org/sites/municipalservicesproject.org/files/publications/Kishimoto-Lobina-Petitjean_Our-Public-Water-Future-Global-Experience-Remunicipalisation_April2015_FINAL.pdf)
- Kishimoto, S. & Petitjean, O. (2017). Remunicipalización. Cómo ciudades y ciudadanía están escribiendo el futuro de los servicios públicos. Amsterdam, París: Transnational Institute (TNI) et al. Recuperado de [https://www.tni.org/files/publication-downloads/remunicipalizacion\\_como\\_ciudades\\_y\\_ciudadania\\_estan\\_escribiendo\\_el\\_futuro\\_de\\_los\\_servicios\\_publicos.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/remunicipalizacion_como_ciudades_y_ciudadania_estan_escribiendo_el_futuro_de_los_servicios_publicos.pdf)
- Klare, K. E. (1998). Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, 14 (1), 146-188. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1080/02587203.1998.11834974>
- Koerner, A. & Freitas, L. B. (2013). O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, 88, 141-184. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a06n88.pdf>
- La Rosa, M. J. & Mejía, G. (2017). *Historia concisa de Colombia*. Bogotá: Penguin Random House.
- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Langford, M. (2009). Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico. *SUR*, 6(11), 99-133. Recuperado de [http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/en\\_06.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/en_06.pdf)
- Langford, M. (2013). La exigibilidad judicial de los derechos sociales: de la práctica a la teoría, pp. 45-103. En: Langford, M. (ed.). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Langford, M.; Rodríguez, C. R. & Rossi, J. (2017). *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <https://bit.ly/2FEuEtz>
- Langford, M. (2003). *Litigating economic, social and cultural rights: achievements, challenges and strategies*. Ginebra: Centre on Housing Rights & Evictions – COHRE.
- Leal, V. N. (1997). *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. Río de Janeiro: Nova Fronteira.
- Leite, I. (2016). Em dois anos, denúncias por furto de água têm alta de 405% em São Paulo. *G1. São Paulo*. Recuperado de <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/02/em-dois-anos-denuncias-por-furto-de-agua-tem-alta-de-405-em-sao-paulo.html>
- Levitsky, S. & Ziblatt, D. (2018). *How democracies die*. New York: Crown Publishing. Kindle book.

- Lima, J. A.; Passos, E. & Nicola, J. R. (2013). A gênese do texto da Constituição de 1988. Brasília: Senado Federal – Coordenação de Edições Técnicas. Recuperado de <http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>
- López Medina, D. E. (2005). Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia.
- Luchete, F. (2018). Dez temas são responsáveis por 72% das ações paralisadas em tribunais. Conjur – Consultor Jurídico. 9 de febrero de 2018. Recuperado de <https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/dez-temas-sao-responsaveis-72-acoes-paralisadas-pais>
- Machado, A. (2019). Sentencia judicial reconoce derechos al Río Magdalena. La Nación. 25 de octubre de 2019. Recuperado de <http://m.lanacion.com.co/2019/10/25/sentencia-judicial-reconoce-derechos-al-rio-magdalena>
- Maldonado, D. B. (ed.) (2015a). Constitucionalismo del sur global. [Traducido al español de Constitutionalism of the global south] Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Maldonado, D. B. (comp.) (2015b). Geopolítica del conocimiento jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes.
- Maldonado, D. B. (2006). La Constitución multicultural. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar.
- Maldonado, D. B. (2015c). La geopolítica del conocimiento jurídico: teoría y práctica. En: D. B. (comp.), Geopolítica del conocimiento jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, pp. 13-42.
- Maldonado, D. B. (2009). Teoría del derecho y trasplantes jurídicos. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar.
- Matoma, M. A. (2009). La política internacional migratoria colombiana a principios del siglo XX. Memoria Social, (13), 7-17. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/memoysociedad/article/viewFile/8221/6579>
- Martins, A. (2014). A jurisprudência constitucional sobre as leis do orçamento de Estado e (in)constitucionalidade do OE2014. Coimbra: Almedina.
- Martínez, P. & Reyna, F. C. (2012). Gobernanza. Reflexiones desde la gestión pública. En: Daniel Murillo Licea (coord.). La gobernanza del agua: un desafío actual. Hacia una mirada crítica del concepto y de su aplicación. Morelos, México: Instituto Mexicano de Tecnología del Agua (IMTA).
- Max-Neef, Manfred. (2011). The world on a collision course and the need for a new economics. En: Smith, Philip B. & Max-Neef, Manfred. Economics unmasked. From power and greed to compassion and the common good (pp. 179-191). Devon, UK: Green Books. Recuperado de <https://pt.scribd.com/read/353192215/Economics-Unmasked-From-power-and-greed-to-compassion-and-the-common-good#>
- Melo, J. O. (2018). Historia mínima de Colombia. Madrid, México D.F.: Turner, El Colegio de México.

- Mendes, C. H. (2018a). Jurisprudência impressionista. *Revista época*. Recuperado de <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>
- Mendes, C. H. (2010). Onze ilhas. *Folha de São Paulo*. Recuperado de <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>
- Mendes, C. H. (2018b). Reformar-se ou ser reformado: o dilema do STF. *Revista Época*. Recuperado de <https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/reformar-se-ou-ser-reformado-dilema-do-stf-22921304>
- Mendes, C. H. (2014). Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. En: R. Gargarella. *Por una Justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 159-185). Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Meyer, E. P. N. & Bustamante, T.R. (2019). The Chief Justice of the Brazilian Supreme Court: institutional and constitutional self-destruction, *Int'l J. Const. L. Blog*, aug. 24, 2019. Recuperado de: <http://www.iconnectblog.com/2019/08/the-chief-justice-of-the-brazilian-supreme-court-institutional-and-constitutional-self-destruction/>
- Milliet, A. C. (2017). Um caso de estudio: Las Américas. En: *Cuadernos de Estrategia 186. El agua: ¿fuente de conflicto o cooperación?* (pp. 161-205). Ministerio Defensa. Recuperado de [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE-186\\_Agua.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE-186_Agua.pdf)
- Montejo, M. F. (2014). *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales*. Lima: Palestra.
- Montoya García, A. M. (2015). Si no vas al Senado no te eligen magistrado: instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Morales, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Murphy, L. & Nagel, T. (2005). *O mito da propriedade. Os impostos e a justiça*. São Paulo: Martins Fontes.
- Neves, M. (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Nobre, A. D. (s.f.). O futuro climático da amazônia - Relatório de avaliação científica. ARA Articulación Regional Amazónica. Recuperado de <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/futuro-climatico-da-amazonia.pdf>
- Noyes, A. J. (s.f.). La abolición de la esclavitud en la nueva granada (1820 - 1852). Recuperado de <http://www.urosario.edu.co/Archivo-Historico/Convocatorias/Documentos/revistas/La-abolicion-de-la-esclavitud-en-la-Nueva-Granada/>
- Nussbaum, M. C. (2015). *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A.
- Ocampo, J. A. (2008). Las concepciones de la política social: universalismo versus focalización. *Nueva Sociedad*, 215, 36-61. Recuperado de [https://nuso.org/media/articles/downloads/3521\\_1.pdf](https://nuso.org/media/articles/downloads/3521_1.pdf)
- Oliveira, R. (2018). O Brasil está experimentando uma das maiores desindustrializações da história da economia. *El País*. Recuperado de [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/05/economia/1515177346\\_780498.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/05/economia/1515177346_780498.html)
- Orbezo, B. V. (2015). Colombia no es una isla. Una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Ortega y Gasset, J. (1946). España invertebrada. Recuperado de <http://www.juango.es/files/Ortega-Y-Gasset---Espana-Invertebrada.pdf>
- Ortiz, I.; Durán-Valverde, F.; Urban, S.; Wodsak, V. & Yu, Z. (2019). La reversión de la privatización de las pensiones: reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018). ESS - Documento de trabajo núm. 63. Ginebra: OIT. Recuperado de: <https://bit.ly/2TYGkN1>.
- Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En: Bazán, V. (ed.) Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales (5), (91-116). Recuperado de <http://www.kas.de/rspla/es/publications/41796/>
- Palacio, J. I., & Herrera, J. C. (2018). Primero ríos, después montañas y ahora la Amazonía. ¿Tienen derechos las “cosas”? *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/primero-rios-despues-montanas-y-ahora-la>
- Paula, J. A. (2000). Raízes da modernidade em Minas Gerais. Belo Horizonte: Autêntica.
- Perdomo, R. P. & Friedman, L. M. (2003). Legal culture in the age of globalization. *Latin America and Latin Europe*. En: Perdomo, R.P. & Friedman, L. M. *Legal culture in the age of globalization. Latin America and Latin Europe* (pp. 1-19). Stanford, California: Stanford University Press. kindle book.
- Pérez-Linán, A. (2007). Presidential impeachment and the new political instability in Latin América. New York: University of Pittsburgh, Cambridge University Press.
- Pigeon, M.; McDonald, D. A.; Hoedeman, O. & Kishimoto, S. (2013). Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas. *Ámsterdam: Transnational Institute (TNI)*. Recuperado de [https://www.tni.org/files/download/pigeon-mcdonald-hoedeman-kishimoto\\_remunicipalizacion\\_retorno\\_del\\_agua\\_a\\_manos\\_publicas\\_2013\\_0.pdf](https://www.tni.org/files/download/pigeon-mcdonald-hoedeman-kishimoto_remunicipalizacion_retorno_del_agua_a_manos_publicas_2013_0.pdf)
- Pinto, E. G. (2016). Um microsistema de tutela do custeio dos direitos sociais nos protege. *Consultor Jurídico – Conjur*. Recuperado de <https://www.conjur.com.br/2016-nov-08/contas-vista-microsistema-tutela-custeio-direitos-sociais-protege>
- Pisarello, G. (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción. Madrid: Trotta
- Porto, H. S. (2008). La administración de justicia en el Estado social de derecho privatizado. *Jurídicas*, 5(1), pp. 189-207. Recuperado de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas5\(1\)\\_10.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas5(1)_10.pdf)
- Posey, D. A.; Dutfield, G.; Plenderleith, K.; da Costa e Silva, E. & Argumedo, A. (1996). Traditional resource rights: international instruments for protection and compensation for indigenous peoples and local communities. Gland: International Union for the Conservation of Nature. Apud (citado por Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-622/16, 2016). Recuperado de <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/1996-027.pdf>
- Prinz, Jesse (2016). Culture and Cognitive Science. In: Zalta, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall Edition). Recuperado de <https://plato.stanford.edu/entries/culture-cogsci/#WhaCul>
- Quintero, B. (2005). Las mujeres colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 - Participación e impactos. En: U. M. Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (ed.). *Reformas constitucionales y equidad de género*. Santa Cruz de

- la Sierra. Recuperado de [https://www.cepal.org/mujer/reuniones/Bolivia/Beatriz\\_Quintero.pdf](https://www.cepal.org/mujer/reuniones/Bolivia/Beatriz_Quintero.pdf)
- Ramírez, R. (2016). El acceso al agua potable: un deber estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Reale, M. (2001). Teoria tridimensional do direito. (5.ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Regla, J. A. (2013). Cuatro modos de debatir. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, 211-227. Recuperado de DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.10>
- Reiss, M. (2008) Reparação do dano e direito penal: uns mais iguais que os outros. *Dom Total*. Recuperado de <https://domtotal.com/noticia/1300291/2018/10/reparacao-do-dano-e-direito-penal-uns-mais-iguais-que-os-outros/>
- Reverbel, P. (2017). Como é se aposentar no Chile, o 1.º país a privatizar sua Previdência. *BBC News Brasil*. Recuperado de <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39931826>
- Ribeiro, W. C. (2008). A geografia política da água. São Paulo: Annablume.
- Ripoll, J. L. (2009). El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Roa, J. E. (2016). La independencia de la Corte Constitucional de Colombia y la acción pública de constitucionalidad. En: M. G. (dir.) & J. S. (coord.). *Independencia judicial y Estado constitucional. El estatuto de los jueces*. (pp. 81-110). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roa, J. E. (s.f.). El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad de la justicia constitucional en Colombia. Instituto Carlos Restrepo Piedrahita, Departamento de Derecho Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/10/DOC-DE-TRABAJO-40.pdf>
- Rodríguez, G. A. & Lopera, G. P. (eds.) (2017). Retos del constitucionalismo pluralista. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, EAFIT, Universidad del Rosario, Relaju.
- Rodríguez, C. & Franco, D. R. (2015). Juicio a la exclusión - El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Recuperado de [http://www.dejusticia.org/files/r2\\_actividades\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.758.pdf](http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.758.pdf)
- Rodríguez, C. (2011). Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. En C. R. (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (p. 69-84). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores
- Rosero, M. E. (2008). La ecología frente a la Constitución Política de Colombia y a la jurisprudencia constitucional. *Iuris Tantum - Revista Boliviana de Derecho*, n.º 5, 139-156. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539905002.pdf>
- Russel-Wood, A. J. (1998). Centros e periferias no mundo luso-brasileiro, 1500-1808. *Revista Brasileira de História*, 18. Recuperado de [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01881998000200010&lng=não&nrm=não&tling=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000200010&lng=não&nrm=não&tling=pt)
- Sadurski, W. (2019). On the relative irrelevance of constitutional design: lessons from Poland. The University of Sydney Law School. *Legal Studies Research Paper Series*. n.º 19/34. Recuperado de: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3403327](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3403327)

- Sakamoto, L. (2018). Problema do semiárido não é falta de água, mas de gestão, diz pesquisador. Blog do Sakamoto. Recuperado de <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2018/12/28/problema-do-semiarido-nao-e-falta-de-agua-mas-de-gestao-diz-pesquisador/>
- Salmón G. E. (2012). El derecho humano al agua y los aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (16), ISSN 1698-7950, 245-268. Recuperado de <http://universitas.idhbc.es/n16/16-11.pdf>
- Santos, B. S. & Meneses, M. P. (2014). *Epistemologías del sur - Perspectivas*. Madrid: Akal.
- Santos, B. S. (2017). *Epistemologías del sur contra el epistemicidio*. Madrid: Morata.
- Santos, B. S.; Marques, M. M.; Pedroso, J. & Ferreira, P. L. (1996). *Os tribunais nas sociedades cotemporâneas – O caso português*. Porto: Afrontamento.
- Sarlet, I. W. (org.) (2010). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- Sastoque, M. J. (2013). Una tipología de los nuevos habitantes del campo: aportes para el estudio del fenómeno neorrural a partir del caso de Manizales, Colombia. *RESR – Revista de Economía y Sociología Rural*, 51, S031-S048. Recuperado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20032013000600002&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20032013000600002&script=sci_arttext&tlng=es)
- Scarciglia, R. (2011). *Introducción al derecho constitucional comparado*. Madrid: Dykinson.
- Schwarcz, L.M. (2019). *Sobre o autoritarismo brasileiro*. (1.ª ed.) São Paulo: Companhia das Letras.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. México: Taurus.
- Seña, J. F. M. ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 379-403. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-pueden-las-malas-personas-ser-buenos-jueces>
- Shiva, Vandana. *Las guerras del agua. Privatización, contaminación y lucro*. Buenos Aires y México D.F.: Siglo XXI, 2003.
- Silva Filho, J. C. M. (2011). O terrorismo de Estado e a ditadura civil-militar no Brasil: direito de resistência não é terrorismo. *The Third Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era*. Beijing. Recuperado de [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11337/2/O\\_Terrorismo\\_de\\_Estado\\_e\\_a\\_Ditadura\\_Civil\\_Militar\\_no\\_Brasil\\_Direito\\_de\\_Resistencia\\_ao\\_Terrorismo.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11337/2/O_Terrorismo_de_Estado_e_a_Ditadura_Civil_Militar_no_Brasil_Direito_de_Resistencia_ao_Terrorismo.pdf)
- Silva, V. A. (2009). O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, 250, 197-227. Recuperado de [Doi:doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144](http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144)
- Slavaje, R. & ADIRP (1988). Antes da aprovação do texto global, Ulysses garante à Nação que ingovernável é a fome. (A. N. Constituinte, ed.) *Jornal de Constituinte*, 1 a 7 de agosto de 1988, p. 1. Recuperado de <http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao30anos/pdf/JConstituinteN56.pdf>
- Souza, J. (2017). *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya.
- Stiglitz, J. E. (2016). *El precio de la desigualdad*. Bogotá: Taurus.

- Streeck, W. (2017). El ascenso del Estado consolidador europeo. En: W. Streeck, ¿Cómo terminará el capitalismo? Ensayos sobre un sistema en decadencia (pp. 142-173). Madrid: Traficantes de sueños.
- Sunstein, C. R. (2001). *Designing democracy: what constitutions do*. New York: Oxford University Press.
- Toledo, C. (2018). Sistema de freios e contrapesos - A difícil medida entre ativismo e omissão judicial. *Empório do Direito*. Recuperado de <http://emporiododireito.com.br/leitura/sistema-de-freios-e-contrapesos-a-dificil-medida-entre-ativismo-e-omissao-judicial>
- Thornhill, C. (2016). *A sociology of transnational constitutions. Social foundation of the post-national legal structure*. Cambridge: Cambridge University Press. Doi:10.1017/CBO9781139833905
- Valim, R. (2017). *O Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente.
- Vargas, R. M. (2010). El derecho humano al agua potable: entre un reconocimiento popular y jurisprudencial. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 3, pp. 257-272. Recuperado de <http://www.revistamisionjuridica.com/el-derecho-humano-al-agua-potable-entre-un-reconocimiento-popular-y-jurisprudencial/>
- Versiani, M. H. (2010). Uma república na constituinte (1985-1988). *Revista Brasileira de História*, 30, 233-252. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/rbh/v30n60/a13v3060.pdf>
- Villegas, M. G. (2009). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia.
- Villegas, M. G. (2011). Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina. En: Rodríguez, C. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, pp. 161-184. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Villela, S. (2017). Programa que levou 1 milhão de cisternas ao semiárido brasileiro é premiado. Agência Brasil. Recuperado de <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-08/programa-que-levou-1-milhao-de-cisternas-ao-semiarido-brasileiro-e-premiado>
- Waldron, J. (2005). *Derechos y desacuerdos*. [Traducido al español de *Law and disagreement*]. Madrid: Marcial Pons.
- Watt, H. M. (2000). La fonction subversive du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 52(3), 503-527. Recuperado de [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2000\\_num\\_52\\_3\\_18065](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2000_num_52_3_18065)
- Williamson, J. (s.f.). *The Washington Consensus as policy prescription for development*. Recuperado de <https://piie.com/publications/papers/williamson0204.pdf>
- Young, K. G. (2012). *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Zagrebelsky, G. (2006). Jueces constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXIX, 1135-1151. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/117/inf/inf11.htm>

## Tesis

- Bastos, E. A. (2010). *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Pontificia Universidade Católica do Rio de



- Janeiro, Río de Janeiro. Recuperado de [http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812074\\_10\\_pretextual.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812074_10_pretextual.pdf) y [http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812074\\_10\\_cap\\_04.pdf](http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0812074_10_cap_04.pdf)
- Morais, F. S. (2013). Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. UNISINOS, São Leopoldo, RS, Brasil. Recuperado de <http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TES.PDF>
- Fernandes, P. (2005). A produção legal da ilegalidade: os direitos humanos e a cultura jurídica brasileira. São Paulo. Recuperado de <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ea000233.pdf>
- Vale, A. R. (2015). Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais. Alicante: Universidad de Alicante/Universidade de Brasília. Recuperado de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/50465/1/tesis\\_rufino\\_do\\_vale.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/50465/1/tesis_rufino_do_vale.pdf)

### **Otras fuentes (informes, PEC, noticias, videos y sitios electrónicos)**

- ABES - Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental. (6 de julio de 2018). Posicionamento ABES: MP do Saneamento vai desestruturar o setor, tornar mais distante a universalização e prejudicar a saúde dos mais pobres. Recuperado de <http://abes-dn.org.br/?p=19290>
- Alcaldía de Pasto. (2018). ¿Qué es el presupuesto participativo? Recuperado de <http://www.pasto.gov.co/index.php/encuentro-nacional-de-presupuesto-participativo-y-pp/129-eventos-2013/contenido-estatico-enplypp/1366-que-es-el-presupuesto-participativo>
- Asamblea Nacional Constituyente. Brasil. (enero de 1988). Emendas populares. Emendas populares, 258. Brasília-DF: Centro Gráfico do Senado Federal. Recuperado de <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>
- Associação Brasileira de Agências de Regulação. (2018). Tarifa social nas companhias estaduais de saneamento básico e o papel da regulação. Recuperado de <http://abar.org.br/wp-content/uploads/2018/12/3.-Estudo-Tarifa-Social-ABAR-19-12.pdf>
- Auditoria Cidadã da Dívida. (2018). ABC da Dívida. Gráfica Brasil. Recuperado de <https://auditoriacidadada.org.br/conteudo/cartilha-abc-da-divida-3a-edicao/>
- Banco de la República. (2017). Miembros de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Enciclopedia Banrepcultural. Bogotá, Colombia. Recuperado de [http://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/Miembros\\_de\\_la\\_Asamblea\\_Nacional\\_Constituyente\\_de\\_1991](http://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/Miembros_de_la_Asamblea_Nacional_Constituyente_de_1991)
- Banco Mundial. (2015). Brasil, Colombia y Perú, entre los que más agua tienen en el mundo. Recuperado de <http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2015/03/10/brasil-colombia-peru-paises-mas-agua-tienen-en-el-mundo>
- BBC News. (7 de julio de 2017). India's Ganges and Yamuna rivers are 'not living entities'. Recuperado de <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-40537701>

- BBC News Brasil. (11 de febrero de 2018). SP e outras 10 cidades do mundo que podem ficar sem água como a Cidade do Cabo. Recuperado de <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-42996544>
- Benites, A. (20 de abril de 2016). Dos 513 deputados na Câmara do Brasil, só 36 foram eleitos com votos próprios. Por quê? El país. Recuperado de [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/politica/1461023531\\_819960.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/politica/1461023531_819960.html)
- Bayón, J. C. (2011). Constitucionalismo débil: su plasmación constitucional. Conferencia presentada en la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. 22 de noviembre de 2011. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=Uay8sbH5-Jk&feature=youtu.be>
- BPBES - Plataforma Brasileira de Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos, REBIPP - Rede Brasileira de Interações Planta-Polinizador (2019). Relatório temático sobre polinização, polinizadores e produção de alimentos no Brasil. Recuperado de [https://www.bpb.es.net.br/wp-content/uploads/2019/03/BPBES\\_CompletoPolinizacao-2.pdf](https://www.bpb.es.net.br/wp-content/uploads/2019/03/BPBES_CompletoPolinizacao-2.pdf)
- Brasil. Governo Federal. (2016). Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Traduzido do inglês pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio) e revisado pela Coordenadoria-Geral de Desenvolvimento Sustentável (CGDES) do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Última edição em 11 de fevereiro de 2016. Recuperado de [http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2016x.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2016x.pdf).
- Brasília Declaration of Judges on Water Justice*. (2018). Brasilia: 8th World Water Forum. Recuperado de [https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasilia\\_declaration\\_of\\_judges\\_on\\_water\\_justice\\_21\\_march\\_2018\\_final\\_as\\_approved\\_0.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasilia_declaration_of_judges_on_water_justice_21_march_2018_final_as_approved_0.pdf)
- Câmara de los Diputados, Brasil. (7 de febrero de 2018). Projeto de Lei (PL) No. 9543/2018 [PL 9543 de 2018]. Autor: Senado Federal Eduardo Braga – PMDB-AM Recuperado de <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167882>
- Câmara de los Diputados, Brasil. (21 de septiembre de 2018). Projeto de Lei e Outras Proposições. Recuperado de [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_lista.asp?OrgaoOrigem=todos&Comissao=5438&Situacao=-1](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?OrgaoOrigem=todos&Comissao=5438&Situacao=-1)
- Câmara de los Diputados, Brasil. (12 de abril de 2007). Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 39/2007 [PEC 39 de 2007]. Autor: Dip. Raimundo Gomes de Matos - PSDB/CE. Recuperado de <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>
- Câmara de los Diputados, Brasil. (31 de octubre de 2012). Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 213/2012 [PEC 213 de 2012]. Autor: Dip. Janete Rocha Pietá - PT/SP. Recuperado de <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558401>
- Câmara de los Diputados, Brasil. (4 de agosto de 2016). Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 258/2016 [PEC 258 de 2016]. Autor: Dip. Paulo Pimenta - PT/RS. Recuperado de

- <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2093044>
- Câmara de los Diputados, Brasil. (4 de julio de 2018). Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 430/2018 [PEC 430 de 2018]. Autor: Dip. Francisco Floriano - DEM/RJ. Recuperado de <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2181029>
- Cancillería de Colombia (s.f.). Colombia en la implementación de la Agenda 2030. Recuperado de <https://www.cancilleria.gov.co/rio/linea>
- Carta Capital. (25 de enero de 2015). Crise da água não é problema técnico, mas de gestão. Recuperado de <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/crise-da-agua-nao-e-problema-tecnico-mas-de-gestao-4938.html>
- Central de Associações (s.f.). Central de Associações Comunitárias para Manutenção dos Sistemas de Saneamento. Recuperado de <https://www.centraldeassociacoes.com.br/a-central>
- Centro de Información Judicial (s.f.) Especial Riachuelo. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/riachuelo.html>
- Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. (s.f.). Dicionário CPDOC. Entrada: Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88. Rio de Janeiro: FGV. Recuperado de <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituente-de-1987-88>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (29 septiembre 1997). Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1. Recuperado de <http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/indice.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (26 febrero 1999). Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1. Recuperado de <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>
- Conjur - Revista Consultor Jurídico. (23 de febrero de 2018). Em artigo, Barroso defende papel "iluminista" do Supremo. CONJUR - Revista Consultor Jurídico. Recuperado de <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>
- Congreso de la República. Colombia. (2019). Propuesta de Acto Legislativo 080 de 2019, por el cual se modifica el artículo 79 de la Constitución Política de Colombia. [PAL 80 de 2019]. Recuperado de [http://www.andi.com.co/Uploads/PAL-2019-N080C\\_TO\\_\(DERECHOS\\_NATURALEZA\)\\_20190731.pdf](http://www.andi.com.co/Uploads/PAL-2019-N080C_TO_(DERECHOS_NATURALEZA)_20190731.pdf)
- Conselho de Direitos Humanos (2015). Relatório do Relator Especial sobre o direito humano à água potável e ao esgotamento sanitário. A/HRC/30/39. Assembléia Geral. Nações Unidas. Recuperado de <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2019/08/QUARTO-Relat%C3%B3rio-Direitos-humanos-%C3%A0-%C3%A1gua-pot%C3%A1vel-e-ao-esgotamento-sanit%C3%A1rio.pdf>
- Conselho Nacional de Justiça. (2018a). Causas recorrentes que incham e atrasam a Justiça. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Recuperado de <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cnj-repetitivos.pdf>
- Conselho Nacional de Justiça. (2011). 100 maiores litigantes. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Recuperado de

- [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)
- Conselho Nacional de Justiça. (2017). Justiça em números 2017 - Ano base 2016. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.
- Conselho Nacional de Justiça. (2 de febrero de 2016). Portaria 02. Cria o Comitê Organizador do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. [Portaria 02 de 2016]. Recuperado de <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/7416acb59c746525fd9f278a5d7719b9.pdf>
- Conselho Nacional de Justiça. (15 de diciembre de 2009). Resolução 102. Dispõe sobre a regulamentação da publicação de informações alusivas à gestão orçamentária e financeira, aos quadros de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias dos tribunais e conselhos. [Resolução 102 de 2009]. Recuperado de <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2788>
- Conselho Nacional de Justiça. (6 de abril de 2010). Resolução 107. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. [Resolução 107 de 2010]. Recuperado de <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>
- Conselho Nacional de Justiça. (2018b). Supremo em Ação. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Recuperado de <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>
- Corte Constitucional. (2 de Julio de 2015). Sala Plena. Acuerdo 02 de 2015, por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento.pdf>
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2019). Página web. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/>
- Corte Constitucional, República de Colombia. (27 de abril de 2018). Comunicado de prensa. Corte Constitucional le apuesta a una modernización para fortalecer la transparencia y eficacia en la Corporación. Recuperado de [http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Comunicado%20de%20prensa%20Retiro%20Paipa%20\(Abril%2027%202018\).pdf](http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Comunicado%20de%20prensa%20Retiro%20Paipa%20(Abril%2027%202018).pdf)
- Declaración universal de los derechos de la madre tierra. (22 de abril de 2010). Conchabamba, Bolivia. Recuperado de [https://docs.wixstatic.com/ugd/23bc2d\\_c404d035bca742b6840c5dbba6d90bbf.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/23bc2d_c404d035bca742b6840c5dbba6d90bbf.pdf)
- Declaración universal de los derechos de los ríos (s.f.). Recuperado de [https://static1.squarespace.com/static/55914fd1e4b01fb0b851a814/t/5c93ea9aa4222f0bb1fbb9f1/1553197723244/Declaracion+Universal+de+los+Derechos+de+los+Rios+CC%81os\\_2019.pdf](https://static1.squarespace.com/static/55914fd1e4b01fb0b851a814/t/5c93ea9aa4222f0bb1fbb9f1/1553197723244/Declaracion+Universal+de+los+Derechos+de+los+Rios+CC%81os_2019.pdf)
- Defensoría del Pueblo. (2012). Avance del derecho humano al agua en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales 2005-2011. Bogotá, D. C. Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/attachment/87/avance%20del%20derecho%20humano%20al%20agua.pdf>

- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (s.f.). División de Desarrollo Sostenible. Programa 21. Naciones Unidas. Recuperado de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/index.htm>
- DIEESE - Departamento Intersindical de Estadísticas e Estudos Socioeconômicos. (2016). Visão geral dos serviços de água e esgotamento sanitário no Brasil. Estudos & Pesquisas. Recuperado de <https://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2016/estPesq82Saneamento.pdf>
- DPI Cuántico. (4 de febrero de 2019). Inteligencia artificial en la Corte Constitucional colombiana: otra experiencia Prometea. Recuperado de <http://dpicuantico.com/2019/02/04/inteligencia-artificial-en-la-corte-constitucional-colombiana-otra-experiencia-prometea/>
- Ecodebate. (23 de marzo de 2011). Água: vital para a reprodução da vida no planeta, entrevista com Wagner Costa Ribeiro. Recuperado de <https://www.ecodebate.com.br/2011/03/23/agua-vital-para-a-reproducao-da-vida-no-planeta-entrevista-com-wagner-costa-ribeiro/>
- Ecos. (s.f.). Tutela ordena descontaminar el Otún desde la cuenca alta hasta su desembocadura. Recuperado de <https://ecos1360.com/tutela-ordena-descontaminar-el-otun-desde-la-cuenca-alta-hasta-su-desembocadura/>
- El Espectador, Medio Ambiente. (6 de junio de 2019a). Tribunal del Tolima otorga derechos a tres ríos y detiene la minería de oro. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/tribunal-del-tolima-otorga-derechos-tres-rios-y-detiene-la-mineria-de-oro-articulo-864683>
- El Espectador, Judicial. (17 de julio de 2019b). Río Pance, en el Valle del Cauca, fue declarado sujeto de derechos. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/rio-pance-en-el-valle-del-cauca-fue-declarado-sujeto-de-derechos-articulo-871438>
- Forest People Program. (2014). Informe del taller internacional sobre la deforestación y los derechos de los pueblos de los bosques celebrado en Palangka Raya, Indonesia, marzo de 2014. FPP, Pusaka y Pokker SHK. Recuperado de <http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2014/09/prreportintern et.pdf>
- Fundação Getúlio Vargas. FGV Direito Rio. (s.f.). Supremo em Numeros - Relatorios. Fonte: Supremo em Numeros. Recuperado de <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>
- Ginsburg, T. (2017). ¿Cómo perder la democracia constitucional y cómo evitar que eso pase? Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=WZvpQlYWT2c>
- Global Water Partnership South América. (2011 y 2012). Reporte Biental de Actividades - Sembrando Cambios. Montevideo, Uruguay: Asociación Sudamericana para el Agua. Recuperado de [https://www.gwp.org/globalassets/global/gwp-sam\\_files/publicaciones/sobre-gwp-sam/reportes-2011-2012--final.pdf](https://www.gwp.org/globalassets/global/gwp-sam_files/publicaciones/sobre-gwp-sam/reportes-2011-2012--final.pdf)
- Gobierno de Colombia (s.f.). Agenda 2030. Transformando Colombia. Recuperado de [https://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/MedioAmbiente/Publicaciones%20proyectos/Agenda%202030\\_correcciones\\_NR\\_15mayo%20WEB.pdf](https://www.undp.org/content/dam/colombia/docs/MedioAmbiente/Publicaciones%20proyectos/Agenda%202030_correcciones_NR_15mayo%20WEB.pdf)
- Hoyos, L. E. (octubre de 2016). Ordenadores institucionales. Educación en el proceso social democrático. Coloquio Educación, participación y democracia. Bogotá: Universidad

- de los Andes. Recuperado de <http://socolfil.org/noticias-scf/153-coloquio-educacion-participacion-y-democracia-universidad-de-los-andes-bogota-colombia>
- IBGE. Sinopse do Censo Demográfico. Brasil. (2010). Tabela 1.10 - Densidade demográfica nos Censos Demográficos, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação - 1872/2010. Recuperado de <https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=10&uf=00>
- ICFES. Mejor Saber. (25 de agosto de 2018). ¿Qué evalúa la prueba de competencias ciudadanas? Fonte: ICFES. Mejor Saber: <http://www2.icfes.gov.co/item/2287-que-evalua-la-prueba-de-competencias-ciudadanas>
- Iniciativa Carta de la Tierra. (29 de junio de 2000). La Carta de la Tierra. Recuperado de <https://cartadelatierra.org/descubra/la-carta-de-la-tierra/>
- Inter-Parliamentary Union. (2018). Women in national parliaments. Recuperado de <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>
- Justificando. (2018a). Cármen Lúcia, presidente do STF, é convidada principal de jantar com grandes corporações. Justificando. Mentas inquietas pensam Direito. Recuperado de <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/30/carmen-lucia-presidente-do-stf-e-convidada-principal-de-jantar-com-grandes-corporacoes/>
- Justificando. (2018b). Em voto repleto de falácias, Barroso afirma a constitucionalidade da Reforma Trabalhista. Justificando. Mentas inquietas pensam Direito. Recuperado de <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/05/10/em-voto-repleto-de-falacias-barroso-afirma-a-constitucionalidade-da-reforma-trabalhista/>
- Las2orillas. (11 de febrero de 2014). Siete grandes ríos recuperaron la transparencia de sus aguas ¿se logrará con el río Bogotá?. Recuperado de <https://www.las2orillas.co/los-siete-rios-se-salvaron-del-hombre-los-bogotanos-lograremos-limpiar-nuestro-rio/>
- Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental - SNSA. (febrero de 2018). Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento - SNIS: Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos - 2016. Brasília: SNSA/MCIDADES. Recuperado de <http://snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2016>
- Ministério de Meio Ambiente. (s.f.). Programa Água Doce. <http://www.mma.gov.br/agua/agua-doce> acceso en 25.12.2018
- Ministério do Meio Ambiente. Ministério da Educação. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. (2005). Consumo sustentável: manual de educação. Brasília: Consumers International/ MMA/ MEC/ IDEC. Gráfico Distribuição dos recursos hídricos, da superfície e da população em % do total do Brasil, p. 29. Recuperado de <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/publicacao8.pdf>
- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. (agosto de 2018). Plan Director Agua y Saneamiento Básico. Visión Estratégica 2018 - 2030. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.minvivienda.gov.co/Documents/ViceministerioAgua/Plan%20Director.pdf>
- Ministerio de Defensa. (junio de 2016). Plan Estratégico del Sector Defensa y Seguridad: Guía de Planeamiento Estratégico 2016 - 2018. Bogotá, Colombia. Recuperado de [https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Sobre\\_el\\_Ministerio/Planeacion/Politiclas/Guia\\_Planeamiento\\_Estrategico\\_2016-2018.pdf](https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Sobre_el_Ministerio/Planeacion/Politiclas/Guia_Planeamiento_Estrategico_2016-2018.pdf)
- Monsalves, M. M. & Petro, Y. (13 de julio de 2017). 2016, el año con más líderes ambientales asesinados en Colombia. El Espectador. Recuperado el 21 de septiembre de 2018,

- de <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/2016-el-ano-con-mas-lideres-ambientales-asesinados-en-colombia-articulo-702985>
- Mota, C. V. (10 de octubre de 2017). Em menos de dois anos, STF é alvo de 20 pedidos de impeachment. BBC News. Recuperado de <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41505548>
- Naciones Unidas (1973). Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972. A/CONF.48/14/Rev.1. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>  
<https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>
- Naciones Unidas, Asamblea General (1987). Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo "Nuestro futuro común", 4 agosto de 1987. A/42/427. Naciones Unidas. Recuperado de <https://pt.scribd.com/doc/105305734/ONU-Informe-Brundtland-Ago-1987-Informe-de-la-Comision-Mundial-sobre-Medio-Ambiente-y-Desarrollo>
- Naciones Unidas (1995). Informe de la Conferencia Internacional sobre la población y el desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf)
- Naciones Unidas (2002). Informe de la Cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002. A/CONF.199/20. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de [https://unctad.org/es/Docs/aconf199d20\\_sp.pdf](https://unctad.org/es/Docs/aconf199d20_sp.pdf)
- Naciones Unidas (s.f.). El derecho humano al agua y al saneamiento - Hitos. Zaragoza, España: Programa de ONU-Agua para la Promoción y la Comunicación en el marco del Decenio (UNW-DPAC). Recuperado de [https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_milestones\\_spa.pdf](https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_spa.pdf)
- Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. (21 de marzo de 2011). Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. A/HRC/17/31. Naciones Unidas. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/HRC/17/31>
- Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. (26 de febrero a 23 de marzo de 2018). 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/HRC/37/59. Relator John H. Knox. Naciones Unidas. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/HRC/37/59>
- Naciones Unidas. Climate Summit 2014. (23 de septiembre de 2014). Catalyzing Action. New York Declaration on Forests. Recuperado de [https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Environment%20and%20Energy/Forests/New%20York%20Declaration%20on%20Forests\\_DAA.pdf](https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Environment%20and%20Energy/Forests/New%20York%20Declaration%20on%20Forests_DAA.pdf)
- Naciones Unidas (2009). Harmony with Nature. Página web. Recuperado de [www.harmonywithnatureun.org](http://www.harmonywithnatureun.org)
- Nações Unidas. Brasil (3 de agosto de 2016). Brasil concentra 20% da água do mundo, mas menos da metade da população tem acesso a saneamento. Recuperado de <https://nacoesunidas.org/brasil-concentra-20-da-agua-do-mundo-mas-menos-da-metade-da-populacao-tem-acesso-a-saneamento/>

- Noticias Caracol. (6 de febrero de 2019). Política de seguridad de Duque incluirá protección del agua, la biodiversidad y el medioambiente. Recuperado de <https://noticias.caracol.com/colombia/politica-de-seguridad-de-duque-incluire-proteccion-del-agua-la-biodiversidad-y-el-medioambiente?fbclid=IwAR0FkjuPCccfMji3Df1LQQ67HfNUZpmsDp6cgp4v6YXZCSH2XehJSqWGEM>
- Observatorio Colombiano de Gobernanza del Agua (s.f.). Sentencia del Río Bogotá. Recuperado de <http://www.ideam.gov.co/web/ocga/sentencia>
- Organización Internacional del Trabajo (2004). Estrategia global en materia de seguridad y salud en el trabajo. Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91.ª reunión - 2003. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/policy/wcms\\_154865.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/policy/wcms_154865.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo (s.f.). Trabajo decente y la Agenda 2030 de desarrollo sostenible. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_470340.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf)
- Oxfam Internacional. (2017). Una economía para el 99%. Es hora de construir una economía más humana y justa al servicio de las personas. Oxford: Oxfam GB. Recuperado de <https://bit.ly/2qEuxYv>
- Plataforma Agenda 2030 (s.f.). Acelerando as transformações para a Agenda 2030 no Brasil. Recuperado de <http://www.agenda2030.com.br/>
- Prefeitura de Belo Horizonte. (26 de febrero de 2018). Orçamento Participativo. Recuperado el 21 de septiembre de 2018, de <https://prefeitura.pbh.gov.br/index.php/urbel/orcamento-participativo>
- Presidencia de la República. Brasil. (26 de septiembre de 1986). Anteprojeto Constitucional. [Anteprojeto Constitucional de 1986]. DOU, Suplemento Especial ao No. 185, n.º 185. Brasília-DF. Recuperado de <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/AfonsoArinos.pdf>
- Presidencia de la República. Brasil. Secretaria General (2015a). Índice de vulnerabilidade juvenil à violência e desigualdade racial 2014. Brasília: Presidência da República. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002329/232972POR.pdf>.
- Presidencia de la República. Brasil. Secretaria General (2015b). Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil. Brasília: Presidência da República. Recuperado de [http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa\\_do\\_Encarceramento\\_-\\_Os\\_jovens\\_do\\_brasil.pdf](http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0010/1092/Mapa_do_Encarceramento_-_Os_jovens_do_brasil.pdf).
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (29 de septiembre de 2008). Comunicado de Prensa n.º 112 de 2008. Registraduría certifica que las firmas válidas entregadas por promotores del referendo del agua superaron el 5% del censo electoral. Recuperado de <https://www.registraduria.gov.co/REGISTRADURIA-CERTIFICAQUE-LAS,1656.html>
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (27 de agosto de 2018). Resultados de preconteo para la consulta popular anticorrupción del 26 de agosto de 2018. Recuperado de [https://elecciones1.registraduria.gov.co/pre\\_cpa\\_20180826/consultas/html/inicio.html](https://elecciones1.registraduria.gov.co/pre_cpa_20180826/consultas/html/inicio.html)
- Ribeiro, J. (15 de junio de 2018). Toffoli diz que STF tem que agir como poder moderador, sem buscar protagonismo. O Globo. Recuperado de



- <https://oglobo.globo.com/brasil/toffoli-diz-que-stf-tem-que-agir-como-poder-moderador-sem-buscar-protagonismo-22783577>
- Supremo Tribunal Federal. (2018). Pedidos de vista. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=processoPedidoVistaDevolido>. Acceso en 23.09.2018.
- Semana Sostenible. (19 de septiembre de 2019). El río Otún ahora es sujeto de derechos. Recuperado de <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/rio-otun-fue-declarado-sujeto-de-derechos/46791>
- Senado de la República (2018). Propuesta de Acto Legislativo 17 de 2018, por medio del cual se reforma la justicia. [PAL 17 de 2018]. Recuperado de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2018%20-%202019/PAL%2017-18%20Reforma%20Justicia.pdf>
- Secretaría General del Senado. (26 de agosto de 2018). Actos Legislativos. Recuperado el 19 de septiembre de 2018, de Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. Recuperado de <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>
- Senado Federal. Brasil. (6 de abril de 2010). Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 07/2010 [PEC 07 de 2010]. Autor: Senador Renato Casagrande -PSB/ES et all. Recuperado de <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96303>
- Senado Federal. Brasil. (19 de octubre de 2011). Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 37/2017 [PEC 35 de 2017]. Autor: Senador Antonio Carlos Valadares -PSB/CE et all. Recuperado de <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131293>
- Senado Federal. Brasil. (7 de febrero de 2018). Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 04/2018 [PEC 04 de 2018]. Autor: Senador Jorge Viana - PT/AC et all. Recuperado de <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132208>
- Subdirección de Agua y Saneamiento. (s.f). Evolución de las coberturas de los servicios de acueducto y alcantarillado. (1985-2013). Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Vivienda%20Agua%20y%20Desarrollo%20Urbano/Agua/Documentos\\_sectoriales/1\\_z\\_2014\\_Art%C3%83%C2%ADculo\\_DNP\\_Evolucion\\_coberturas\\_servicios\\_AA\\_1985\\_2013.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Vivienda%20Agua%20y%20Desarrollo%20Urbano/Agua/Documentos_sectoriales/1_z_2014_Art%C3%83%C2%ADculo_DNP_Evolucion_coberturas_servicios_AA_1985_2013.pdf)
- Supreme Court of India. (4 de mayo de 2018). Pendency of matters in Supreme Court of India. Recuperado el 23 de septiembre de 2018, de <https://www.sci.gov.in/statistics>
- Supremo Tribunal Federal. (2018). Emendas constitucionais. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPec&pagina=tabela>
- Supremo Tribunal Federal. (2019). Página web. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/>
- Supremo Tribunal Federal. (23 de septiembre de 2018). Estatísticas do STF. Recuperado el 23 de septiembre de 2018, de Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>

- Supremo Tribunal Federal. (30 de mayo de 2018). Notícias STF - Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>
- Supremo Tribunal Federal. (18 de septiembre de 2003). Notícias STF - Presidente do STF reafirma condição de poder moderador em cerimônia dos 175 anos. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61312>
- Terra. (27 de marzo de 2018). Estamos em avançado estado de barbárie, diz Ailton Krenak sobre descaso com a água. Recuperado de <https://www.terra.com.br/noticias/dino/estamos-em-avancado-estado-de-barbarie-diz-ailton-krenak-sobre-descaso-com-a-agua,b9e2746e141b7b527ef6b6610ecdea4ag8c9bdgo.html>
- The Federal Constitutional Court. Germany. (noviembre de 2017). Code of Conduct for the Justices of the Federal Constitutional Court. Recuperado de [https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien\\_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinien_node.html)
- The Guardian. (16 de marzo de 2017). New Zealand river granted same legal rights as human being. Recuperado de <https://www.theguardian.com/world/2017/mar/16/new-zealand-river-granted-same-legal-rights-as-human-being>
- UNESCO - Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2009). Resultado de la Reunión de expertos internacionales sobre el derecho humano al agua. París: Unesco. Recuperado de [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000185432\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000185432_spa)
- UN-Water. (2015). Annual Report 2015. Recuperado de <http://www.unwater.org/publications/un-water-annual-report-2015/>
- United Nations (1977). Report of the United Nations Water Conference, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977. E/GONF.70/29. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CONF.70/29](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CONF.70/29);
- United Nations (2010). Objetivos de Desarrollo del Milenio: Una Breve Síntesis. We can end poverty 2015. Millennium Development Goals. United Nations. Recuperado de <https://www.unric.org/html/portuguese/pdf/2010/MDGs-at-a-GlanceFINAL-pt.pdf>
- Uprimny, R. (2016). Evento DESC. Dejusticia. 25 de octubre de 2016. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=0vGOKzoYSNY>
- Uprimny, R. (2018). Foro “Los impactos de la corrupción sobre los derechos humanos”. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=wmyJLxcjmd8>
- Wenders, W. & Salgado, J.R. (2014). La sal de la tierra [documental]. Francia: Decia Films. Recuperado de <http://www.area-documental.com/player.php?titulo=La%20Sal%20de%20la%20Tierra>
- WHO - World Health Organization. (2003). Right to water. Recuperado de [https://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/en/righttowater.pdf](https://www.who.int/water_sanitation_health/en/righttowater.pdf)
- WHO - World Health Organization, UN-Water. (2014). UN-water global analysis and assessment of sanitation and drinking-water (GLAAS) 2014 – report. Recuperado de [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/publications/glaas\\_report\\_2014/en/](http://www.who.int/water_sanitation_health/publications/glaas_report_2014/en/)
- WWAP - Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas. (2016). Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos

en el Mundo 2016: Agua y Empleo. París: UNESCO. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002441/244103s.pdf>

WWAP - World Water Assessment Programme. (2003). Agua para todos, agua para la vida. Recuperado de [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000129556\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000129556_spa)

WWAP - World Water Assessment Programme. (2009). The United Nations World Water Development - Report 3. Water in a Changing World. Paris: UNESCO, and London: Earthscan. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000181993>

**ANEXOS**

## ANEXO I

### **UN EPÍLOGO - DEDICATORIA DE UNA EXPERIENCIA ACADÉMICA, CONSCIENTE DE SU HISTORICIDAD, A LOS QUE LLEGAN, A LOS QUE RESISTEN Y A LOS QUE, TAL VEZ, NO PUEDAN ESPERAR<sup>257</sup>**

Inicialmente, es necesario señalar que esta tesis, a pesar de ser un trabajo académico, no es un trabajo hecho por una académica en sentido estricto. Es un trabajo hecho por una jurista práctica, jueza laboral en Brasil, preocupada por el crecimiento de un estado policial y excluyente en su país, generador de procesos destituyentes y violadores de los derechos fundamentales básicos y restrictivo de las políticas públicas de inclusión social.

Es una tesis que trae en su ADN la esperanza de colaborar con la formación de los jueces del país, y con la de los que trabajan con derechos económicos y sociales, en particular. También tiene la esperanza de reflexionar sobre la importancia de la democracia en la efectividad y preservación de los derechos, y sobre el papel del poder Judicial como agente responsable de la aplicación de los derechos fundamentales y de la preservación de la misma democracia, que también es fundamental para la protección de la independencia y de la imparcialidad de los sistemas de justicia.

Para hacer una tesis de derecho comparado, es importante (pero no imprescindible) conocer el idioma en el cual está escrito el derecho objeto de comparación (Ferrante, 2016, pp. 606-610). Aunque la tarea del comparatista sea siempre de traductor-intérprete, como destaca el mismo autor, también es importante el contacto con el país objeto de comparación, y una mirada de

---

<sup>257</sup> El objeto de la tesis destaca el derecho al agua entre los DESCAs, por la ruptura de una represa de minería en la ciudad de la jurisdicción donde trabaja su autora (Mariana, Minas Gerais, Brasil), hecho que causó la pérdida de vidas de trabajadores, de habitantes locales y un enorme impacto ambiental. Es una forma de devolver a la comunidad un estudio propositivo sobre el tema. Le duele a la autora decir que, cuando estaba casi concluida la tesis, inclusive cuando su dedicatoria ya estaba escrita, ocurrió la ruptura de otra represa de minería en Minas Gerais (Brumadinho, Minas Gerais, Brasil), con otro gran impacto ambiental y muchas pérdidas de vidas humanas, animales y del ecosistema. Este hecho puede haber sido el más grande accidente laboral de todos los tiempos de Brasil.

historiador (Ferrante, 2016, p. 611), no solo con relación al propio derecho, sino con relación al derecho extranjero.

El contacto con Colombia fue importante en la elaboración de la tesis, en todos los sentidos. La convivencia con profesores y amigos, con la familia que me acogió, con la gente en la calle y en los pequeños viajes al interior del país me permitió observar la relación del hombre campesino con la tierra y sus animales, las diferencias de carácter de la gente de distintas regiones, las vocaciones económicas y turísticas del país y las desigualdades sociales y regionales.

Intentar absorber lo máximo, en el limitado tiempo de contacto que pude mantener, me hizo notar la importancia de expresiones como “pa'lante” y “serviciales, pero no serviles”<sup>258</sup>, en el día a día de un pueblo que tiene un presente y un pasado duros, pero que necesita y desea mirar hacia adelante, sin ignorar los problemas del pasado y del presente. Por otro lado, pude percibir el valor cultural del trabajo (subordinado, pero no servil, y alejado conscientemente del concepto de trabajo esclavo), que recuerda que la esclavitud negra dejó huellas mucho más fuertes sobre cómo se comprende el valor social del trabajo en Brasil.

Ver números de sentencias de la Corte Constitucional en el embalaje de la producción indígena de coca<sup>259</sup> y escuchar con asombro preguntas de gente sencilla acerca de si en Brasil todavía hay Estado de derecho me hizo ver cómo la Constitución de 1991 ganó fuerza en la vida cotidiana de las personas en Colombia<sup>260</sup> y sigue intentando mantenerse viva y fuerte.

---

<sup>258</sup> “Pa'lante” significa “para adelante”, expresión utilizada en el sentido de mirar hacia al futuro y no dejarse vencer por las dificultades del presente. También demuestra la idea de perseguir un proyecto de futuro. “Serviciales, pero no serviles” es una expresión que resume la diferencia social que tiene el trabajo en el imaginario social en Colombia. En Brasil, el rasgo de tratar a los pobres como serviles, hasta hoy, nos muestra cómo la esclavitud, que sigue presente en el país, dejó huellas que aún son difíciles de borrar. Esto se recrudeció, una vez más, con la ruptura democrática pos 2016, cuando una reforma laboral parcialmente inconstitucional desafió a los intérpretes a reconstruir la protección social del trabajo.

<sup>259</sup> Ver foto en el anexo II.

<sup>260</sup> Colombia incluyó la formación de competencias ciudadanas en su formación escolar, y la incorporó a las pruebas periódicas de evaluación de la enseñanza básica y media. Ver ICFES. Mejor Saber (2018).

En la perspectiva histórica, el doctorado, cursado entre 2014 y 2018, me hizo percibir con lentes de aumento la importancia de que la democracia sea construida y fortalecida en el día a día por todas las instituciones del país y por la ciudadanía.

Mientras Colombia, pese a las resistencias internas, intentaba firmar un acuerdo de paz (entre el ideal y el posible) como parte del proyecto previsto en la Constitución de 1991, Brasil, que no hizo una verdadera transición hacia la democracia, parecía engarzar una vez más un proyecto soñado de nación, más igualitario e inclusivo, previsto en la Constitución de 1988.

Tener consciencia de que los períodos de autoritarismo y democracia han sido cíclicos en América Latina (y en casi todo el mundo) me hizo notar que fue un privilegio estar en Colombia para mirar, por un lado, a Brasil, sumergiéndose otra vez, aparentemente, en una de las tantas rupturas institucionales por las que ha pasado, y retornando a pasos largos a un pasado no distante, y, por otro lado, a Colombia, luchando para que no se vuelva a repetir un ciclo de recrudescimiento de la violencia y retrocesos sociales y para que el acuerdo de paz, con los desafíos de inclusión que genera, se pueda implementar en un contexto internacional desfavorable para la democracia y los derechos sociales.

Esos mismos cinco años me mostraron cómo Colombia intentó enfrentar procesos de transición difíciles y tensos, sin negar cuán dolorosos son, y, por otro lado, cómo Brasil los interrumpe desde arriba, negando las contradicciones internas de una sociedad fracturada y hecha para pocos, como si la exposición de sus contrastes fuera lo que los creara.

---

Quizás por tal enseñanza, que está prevista en la misma Constitución, conceptos como “estado social”, “estado de derecho”, “democracia” y “participación ciudadana” estén incorporados en el lenguaje ordinario de la gente y en muchas de sus prácticas y aspiraciones.

La diferencia central de la cultura política de los dos países parece estar en negar el conflicto histórico, en el caso de Brasil, y admitirlo y enfrentarlo políticamente, en el caso de Colombia, no sin la resistencia de las élites y, todavía hoy, no sin enfrentar los retos de la violencia armada política, militar y paramilitar. La “**reconciliación**”, que involucra disculpa, justificación y perdón, más presente en la historia política colombiana, hace avanzar la democracia, aunque a pasos lentos, y ayuda a superar impases políticos o institucionales, mientras la postura de “**conciliación**”, en el sentido de alianza, más presente en la cultura política de Brasil, casi siempre sacrifica a los más débiles, no enfrenta los impases político-institucionales y mantiene intacta la estructura de poder, que impide los avances y permite rápidos retrocesos.

Lo que pasa en la sociedad también se nota en las cortes constitucionales de los dos países, en cuanto a su manera de enfrentar o no los verdaderos problemas del país y a tener o no consciencia de su papel en la preservación de la democracia, de la misma Constitución y de los derechos de la ciudadanía.

En el escenario geopolítico, se notó claramente que el pasado colonial regresó con otra ola de intervención internacional sobre las riquezas naturales y minerales de los dos países, con un nuevo actor hegemónico, China, que se disputa el protagonismo con Estados Unidos y (además) con Europa. Esto parece eliminar, al menos momentáneamente, la posibilidad de protagonismo regional para impulsar pactos que protejan los intereses soberanos comunes, por lo menos vía BRICS, Unasur y Mercosur.

¿Será que seremos así por siempre? Es una respuesta que esta tesis no da. Ella apenas dice: podemos ser diferentes.

Termino estas palabras diciendo que mirar lo que hizo Colombia entre 1991 y 2018 puede ser muy útil para que Brasil se vea delante del espejo, en lo bueno y lo malo.



Finalmente, a pesar del caos político y social de Brasil y de la violencia disidente en Colombia, registro que la vida sigue, paralela, promisoro e intensa, en los dos países.

En Brasil, mi nieto, “Cauã”, y mi nieta, “Tainá”<sup>261</sup>, que recién llegaron, con sus nombres indígenas, y en Colombia, los niños, niñas y jóvenes que interpusieron la pionera acción de tutela en contra de los cambios climáticos (STC 4360-2018) y los niños y niñas Wayúu que obtuvieron la tutela de sus derechos a la salud, la alimentación y el acceso al agua potable por parte de la Corte Constitucional (sentencias T-466 de 2016 y T-302 de 2017) me recuerdan que las luchas presentes por democracia, dignidad y agua son necesarias y urgentes para las actuales y futuras generaciones.

Por otro lado, la gente de los rincones y favelas de Brasil y Colombia, las comunidades tradicionales y los pueblos indígenas, tratados como innecesarios por el sistema que todo lo mercantiliza y víctimas de asesinatos sistemáticos (aún sin respuesta) por el nuevo colonialismo económico, siguen luchando por sus derechos y territorios, porque no les cabe otra manera de existir y resistir.

Las abejas (protegidas en Colombia por la tutela 213-2018, dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, juez Fredy Antonio Machado López) denuncian, con su muerte masiva, que algo debe cambiar.

A ellos (a los que llegan, a los que resisten y a los que, tal vez, no puedan esperar) dedico, con mi más profundo amor, este trabajo.

---

<sup>261</sup> Nombres de origen Tupi y Tupi-Guaraní, equivalentes a “Falco” y “Estella”.

## ANEXO II



Figura 1: Empaque con hojas de coca Marca Hayo. Producción indígena reconocida. Referencia a las sentencias C-176 de 1994 y C-882 de 2011.

**ANEXO III****UDAEOF16-2198**

Bogotá, D. C., jueves, 17 de noviembre de 2016

Señora  
**GRACA MARIA BORGES DE FREITAS**  
Alumna Universidad Brasileña (UFMG).  
Correo: [gmariabfreitas@gmail.com](mailto:gmariabfreitas@gmail.com)

Asunto: "Información sobre estadísticas"

Señora Graca María:

En respuesta a su solicitud de información estadística remitida por correo electrónico, me permito informar que no se dispone de información específica sobre la tasa de cumplimiento general de las decisiones del Poder Judicial, toda vez que el reporte realizado por los funcionarios judiciales se refiere a las decisiones proferidas en el despacho, pero no se detalla cuántas de ellas se cumplen con baja definitiva del caso.

Cordialmente,



**LUZ MARINA VELOZA JIMÉNEZ**  
Directora

CMHG/YNB/ solicitud recibida por correo electrónico [gmariabfreitas@gmail.com](mailto:gmariabfreitas@gmail.com)

## ANEXO IV



**REGISTRADURÍA  
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**

C o m u n i c a d o d e P r e n s a No. 07 de 2008

**Acreditaron un total de 231.081 firmas válidas**

## **REGISTRADURÍA NACIONAL RECONOCE AL COMITÉ DE PROMOTORES DE REFERENDO SOBRE AGUA POTABLE**

- **El comité tiene un plazo de 6 meses para entregar a la Registraduría un total aproximado de 1.400.000 firmas, con el fin lograr la convocatoria a referendo.**

**Bogotá, febrero 22 de 2008.** – La Registraduría Nacional del Estado Civil expidió la certificación mediante la cual se reconoce al comité de promotores del referendo que pretende reformar la Constitución para consagrar el acceso al agua potable como un derecho humano fundamental.

El pasado 11 de enero un grupo de ciudadanos presentó ante la Registraduría Nacional del Estado Civil un total de 242.977 firmas con el fin de lograr el reconocimiento del comité de promotores del referendo, integrado por nueve personas. Luego de verificar que los números de las cédulas correspondan al nombre de los firmantes y que se incluyeran todos los datos necesarios de cada uno de ellos, la Registraduría encontró que la iniciativa cuenta con un total de 231.081 firmas de apoyo, cifra superior a la exigida por la ley para la constitución del comité promotor, equivalente al 5 por mil del Censo Electoral, y por tal motivo expidió la correspondiente certificación de reconocimiento.

El comité de promotores está compuesto por los siguientes ciudadanos: Rafael Colmenares Faccini, Lilia Tatiana Roa; Martha Esperanza Cañón Parra, Javier Roberto Márquez Valderrama, Rodrigo Hernán Acosta Barrios, Humberto Polo Cabrera, Héctor Fabio Gañán Bueno, Cristo Humberto Miranda Carvajalino y Oscar Eduardo Gutiérrez Reyes.

Una vez el comité promotor inscriba ante la Registraduría la solicitud de referendo, ésta entidad cuenta con un término de 15 días para entregar los formularios para que en un plazo de seis meses el comité promotor recoja un total de firmas equivalente al 5% del censo electoral (aproximadamente 1.400.000 firmas), con el fin de convocar al referendo constitucional que incluye la inclusión de dos artículos nuevos en la Constitución

Política, así como la introducción de párrafos adicionales para los artículos 63, 80 y 365.

Los textos que la iniciativa pretende poner a consideración de los colombianos son los siguientes:

Título I. De los Principios Fundamentales. Artículo nuevo: *“El Estado debe garantizar la protección del agua en todas sus manifestaciones por ser esencial para la vida de todas las especies y para las generaciones presentes y futuras. El agua es un bien común y público”.*

Título II. Capítulo I De los Derechos Fundamentales. Artículo nuevo: *“El acceso al agua potable es un derecho humano fundamental. El Estado tiene la obligación de suministrar agua potable suficiente a todas las personas, sin discriminación alguna y con equidad de género. Se debe garantizar un mínimo vital gratuito”.*

Título II Capítulo II De Los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Párrafo nuevo para el artículo 63 de la Constitución: *“Todas las aguas, en todas sus formas y estados; los cauces, lechos y playas, son bienes de la nación, de uso público. Se respetará una franja de protección de los cauces de ríos, lagos y humedales. Las aguas que discurren o se encuentren en territorios indígenas o en los territorios colectivos de las comunidades negras son parte integrante de los mismos. Se garantizará además el valor cultural del agua como elemento sagrado en la cosmovisión de los grupos étnicos”.*

Título II Capítulo III De los Derechos Colectivos y del Ambiente. Párrafo nuevo para el artículo 80 de la Constitución: *“Los ecosistemas esenciales para el ciclo del agua deben gozar de especial protección por parte del Estado y se destinarán prioritariamente a garantizar el funcionamiento de dicho ciclo, sin vulnerar los derechos de las comunidades que tradicionalmente los habitan, procurando modelos de uso sustentable, de tal manera que se disponga de agua abundante y limpia para todos los seres vivos”.*

Título XII Régimen Económico y de la Hacienda Pública. Párrafo nuevo para el artículo 365 de la Constitución: *“El servicio de acueducto y alcantarillado será presentado en forma directa e indelegable por el Estado o por comunidades organizadas. Las entidades estatales o comunitarias que se organicen para dicha presentación no tendrán ánimo de lucro y garantizarán la participación ciudadana, el control social y la transparencia en el manejo de los recursos y demás aspectos de la operación.*

*“Las comunidades organizadas para la prestación de estos servicios se fundamentarán en la autogestión para lo cual todos sus integrantes acordarán las modalidades de gestión económica necesarias para su funcionamiento. Dichas comunidades recibirán apoyo del Estado para garantizar la cobertura y posibilidad del agua que suministren”.*

**Gracias por su difusión**  
**Oficina de Comunicaciones y Prensa**  
**Registraduría Nacional del Estado Civil**

Información adicional: [www.registraduria.gov.co](http://www.registraduria.gov.co)

Tel: 2200885 – 2202880 ext 1344

Cel: 315 4850542

Correo electrónico: [prensa@registraduria.gov.co](mailto:prensa@registraduria.gov.co), [avillegasb@registraduria.gov.co](mailto:avillegasb@registraduria.gov.co)

**ANEXO V****Tabla 3****Classes processuais – Puertas de Entrada - STF**

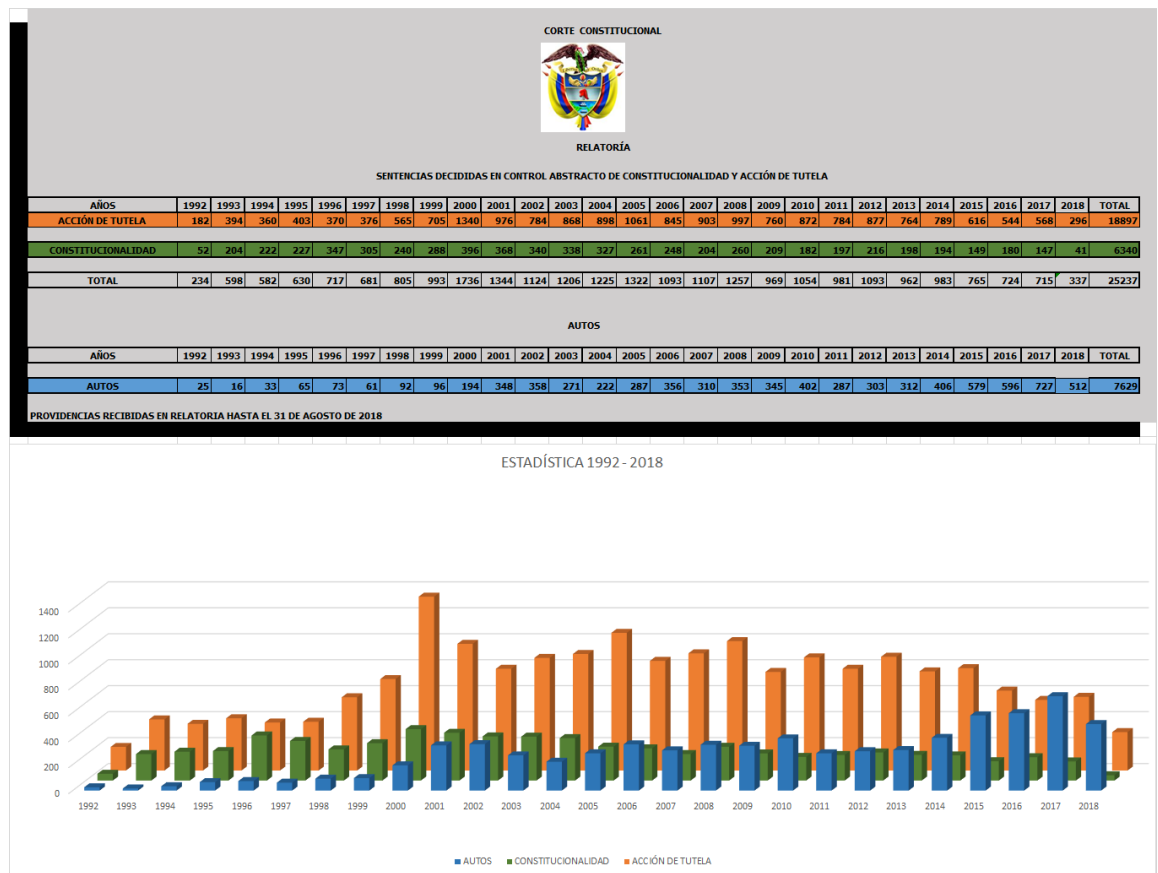
<b>ID - Classes processuais (Clases procesales)</b>
1 - Ação Cautelar
2 - Ação Cível Ordinária
3 - Ação Declaratória de Constitucionalidade
4 - Ação Direta de Inconstitucionalidade
5 - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
6 - Ação Ordinária
7 - Ação Ordinária Especial
8 - Ação Penal
9 - Ação Rescisória
10 - Agravo de Instrumento
11 - Apelação Cível
12 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
13 - Arguição de Impedimento
14 - Arguição de Relevância
15 - Arguição de Suspeição
16 - Carta Rogatória
17 - Comunicação
18 - Conflito de Atribuições
19 - Conflito de Competência
20 - Conflito de Jurisdição
21 - Exceção da Verdade
22 - Exceção de Incompetência
23 - Exceção de Litispendência
24 - Exceção de Suspeição
25 - Extradicação
26 - Habeas Corpus
27 - Habeas Data
28 - Inquérito
29 - Intervenção Federal
30 - Mandado de Injunção

- 31** - Mandado de Segurança
- 32** - Oposição em Ação Civil Ordinária
- 33** - Petição
- 34** - Petição Avulsa
- 35** - Prisão Preventiva para Extradicação
- 36** - Processo Administrativo
- 37** - Proposta de Súmula Vinculante
- 38** - Queixa-Crime
- 39** - Reclamação
- 40** - Recurso Crime
- 41** - Recurso Extraordinário
- 42** - Recurso Ord. em Mandado de Segurança
- 43** - Recurso Ordinário em Habeas Corpus
- 44** - Recurso Ordinário em Habeas Data
- 45** - Recurso Ordinário em Mandado de Injunção
- 46** - Representação
- 47** - Revisão Criminal
- 48** - Sentença Estrangeira
- 49** - Sentença Estrangeira Contestada
- 50** - Suspensão de Liminar
- 51** - Suspensão de Segurança
- 52** - Suspensão de Tutela Antecipada

Fuente: O Múltiplo Supremo – Corte Revisora, Constitucional e Ordinária (Falcão, Cerdeira, & Arguelhes, I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo, 2011, pp. 17-18)

ANEXO VI

Tabla 4. Estadísticas de la Corte Constitucional de Colombia 1992-2018



Fuente: Corte Constitucional de Colombia, estadísticas 1992-2018. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas.php>. Acceso en 23 septiembre 2018 (Corte Constitucional de Colombia, 2018)