

# El Derecho Humano

AL AGUA COMO REIVINDICACIÓN  
CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA INTERNACIONAL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN NUEVO  
DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA\*

## *The human right*

*TO WATER SYSTEM AS A CONSTITUTIONAL CLAIM INTERNATIONAL  
HUMAN RIGHTS: A NEW FUNDAMENTAL RIGHT IN COLOMBIA*

### RESUMEN

El agua es una necesidad humana indispensable para la vida, esencial para vivir con dignidad. Sin agua no hay vida posible. Se trata de un derecho humano personalísimo, *urbi et orbi, erga omnes*, que debe ser acatado por cualquier sociedad y todo Estado. En esta perspectiva, resulta ser una condición esencial, previa, que condiciona la existencia y el ejercicio de cualquier otro derecho humano. Desde este enfoque se prescribirá, que el derecho a acceder al agua encuadra dentro de la categoría de Derechos Humanos, al menos como presupuesto o desarrollo de distintos derechos reconocidos en los acuerdos internacionales, tales como el derecho a la vida, salud, calidad de vida, domicilio, vida privada, alimentación adecuada, entre otros, para efectos de garantizar la vida en condiciones dignas.

**Palabras clave:** Mutación constitucional, Servicios públicos, Derecho constitucional, Derechos humanos y Derecho al agua.

### ABSTRACT

Water is an essential human need for life, essential to live with dignity. No water, no life possible. It is a very personal human right, *urbi et orbi, erga omnes*, which must be obeyed by any company and every State. In this perspective, turns out to be an essential condition upon which conditions the existence and exercise of all other human rights. Since this approach is prescribed, that the right to access water falls within the category of Human Rights, at least as budget or other development rights under international agreements, such as the right to life, health, quality of life, address, privacy, adequate food, among others, for the purpose of ensuring a dignified life.

**Keywords:** Mutation constitutional, Public service, Constitutional law, Human rights and Water.

### LUIS MIGUEL HOYOS ROJAS

Investigador del Grupo de investigación Pensar (en) Género, del Instituto de Estudios Sociales y Culturales PENSAR de la Pontificia Universidad Javeriana.  
hoyos.luis@javeriana.edu.co

### LAURA CERA RODRÍGUEZ

Egresada del Programa de Derecho de la Universidad del Norte. Investigadora en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Cooperación Internacional. Grupo de Investigadores socio-jurídicos de la Universidad de Granada (España). Diplomada en Derechos Humanos y Sistema Interamericano de American University, y en Tierras, Víctimas y Justicia Transicional en Colombia.  
lvcera@uninorte.edu.co

\* El presente documento es resultado del proyecto de investigación "Nuevas Tendencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional Colombiano" en el marco de la línea de desarrollo denominada "Nuevos Derechos Fundamentales Reconocidos en los Ordenamientos Jurídicos de Iberoamérica", efectuada para la IX Jornada Internacional de Derecho Constitucional y Derechos Humanos organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello de Chile.

Recibido:  
6 de febrero de 2013  
Aceptado:  
24 de abril de 2013

## I. INTRODUCCIÓN

El carácter fundamental que posee el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>1</sup> ha determinado intrínsecamente una regulación a través de *principios y valores*<sup>2</sup>, conquistando aquellos límites tipificados en el marco de la simple legalidad. Desde esta perspectiva todas las determinaciones sustanciales y procesales deben estar armonizadas dentro de este contexto constitucional-internacional, justificándose la aparición de formas que transfiguran dinámicamente los ordenamientos jurídicos iberoamericanos, como en este caso, el colombiano. Así entonces se puede concebir la noción de un nuevo orden normativo complementario que rige las orientaciones jurídicas, constitucionales y fundamentales en lo que concierne a los derechos humanos. Un nuevo ordenamiento exaltado por una serie de postulados de justicia que permite la constitucionalización del ordenamiento contemporáneo e internacional, para un nuevo contenido y carácter de la Constitución desde el orden interno.

Esto forjó la aparición de una “*transmutación constitucional*” que gira en torno a la regulación dogmática y fundamental de la convivencia social, los derechos fundamentales entre otros, adaptados a la legislación por medio de la principalística para efectos de coordinar y generar un “*nuevo contexto*

*constitucional material*” de la Carta Política, de conformidad al sistema multinivel del Derecho Internacional u hoy por hoy, Derecho Constitucional Comunitario<sup>3</sup>. Con esto viene entonces la aparición de un modelo constitucional creado y aplicado al ordenamiento jurídico colombiano, que como referente a los ordenamientos iberoamericanos, se caracteriza como instrumento integracionista en la recepción del derecho internacional, atestiguando la coherencia de la legislación interna con los compromisos *ad extra* del Estado y al mismo tiempo, esgrimiendo como complemento, la garantía de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, en el contexto colombiano. Así las cosas, “*El derecho al agua*”, quien en el contexto colombiano presenta una disyuntiva diferenciable de otros Estados, se instituye como una de las garantías fundamentales más importantes que incluyó la Corte Constitucional en interpretación de la Carta Política de 1991.

## II. FUNDAMENTO Y CONTENIDO DEL DERECHO AL AGUA COMO DERECHO HUMANO

El profesor Mario Peña Chacón<sup>4</sup>, nos determina que el agua es una necesidad humana indispensable para la vida, esencial para vivir con dignidad. Sin agua no hay vida posible. Se trata de un derecho humano personalísimo, *urbi et orbi, erga omnes*, que debe ser acatado por cualquier sociedad y todo Estado. Resulta

1. SÁCHICA, Luis Carlos (2000). *Constitucionalismo colombiano*. Bogotá D.C.: Ed. Temis.

2. ESTRADA-VÉLEZ, S. I. (2005). *Los principios jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín: Universidad de Medellín.

3. CAMARGO, Pedro Pablo (1983). *Tratado de Derecho Internacional*. Bogotá D.C.: Edit. Temis.

4. Daño ambiental y prescripción. *Revista Jurídica Lex. Difusión y análisis*, año VII, marzo 2003, número 93.

ser una condición esencial, previa, que condiciona la existencia y el ejercicio de cualquier otro derecho humano<sup>5</sup>. Así mismo este autor, parte de la doctrina que el derecho a acceder al agua encuadra dentro de la categoría de Derechos Humanos, al menos como presupuesto o desarrollo de distintos derechos reconocidos en los acuerdos internacionales, tales como el derecho a la vida, salud, calidad de vida, domicilio, vida privada, alimentación adecuada, entre otros. Desde esta perspectiva y según la visión del autor, discutir si el derecho al agua es un derecho humano autónomo, o accesorio de otro derecho principal, carece de sentido y se torna en una discusión innecesaria, pues en ambos casos será objeto de protección por parte del derecho. Podemos entonces referenciar en la misma postura del citado autor, que dentro de la clasificación histórica de los Derechos Humanos, el derecho al acceso al agua formaría parte de los Derechos Humanos de primera generación por ser anterior a la formación del mismo Estado, y por tratarse de un derecho intrínseco a la naturaleza humana, por lo que la función gubernamental deviene únicamente en reconocerlo y regularlo.

Así las cosas y con el advenimiento del Derecho Ambiental y el enfoque ecosistémico, creemos en la referida posición del maestro Peña Chacón, que el agua no puede ser vista de manera aislada de los demás recursos que le dan sustento, como lo son bosques y suelos, lo que le proporciona una dimensión integra-

dora en el desenvolvimiento de la totalidad de los ecosistemas. Como bien lo afirman los autores Miguel Mathus Escorihuela y Aniza García<sup>6</sup>, quienes a partir de esta nueva visión que el derecho al agua adquirió otro contenido, ya no puede ser, solamente, la forma de satisfacer la sed, ni las necesidades complementarias más elementales del ser humano, sino satisfacer otras necesidades igualmente esenciales. Cumpliendo con los servicios y fines ambientales que son imprescindibles para el mantenimiento de la biodiversidad y de los ecosistemas, como, por ejemplo, el mantenimiento de caudales mínimos de estiajes en cursos de agua; los aportes mínimos para el mantenimiento de humedales conforme a la Convención Ramsar; conservación de la flora y la fauna ictícola en pantanos y embalses manteniendo niveles operativos mínimos<sup>7</sup>.

El derecho humano al agua, como cualquier otro derecho no es ilimitado ni irrestricto<sup>8</sup>, factores como su carácter finito, su vulnerabilidad y los costos económicos que requiere su preservación, distribución y tratamiento, llevan a desechar una visión del derecho al agua como un reconocimiento a su acceso inme-

5. MATHUS ESCORIHUELA, M. (2006). "El derecho al agua en el Derecho argentino". En: *El derecho al agua*. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, p. 225.

6. *El derecho humano al agua* (2008). Madrid: Ed. Trotta S.A.

7. MATHUS ESCORIHUELA, M. (2006). "El derecho al agua en el Derecho argentino". En: *El derecho al agua*. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, p. 226.

8. "Sabido es que ningún derecho es absoluto, sino que todos, incluso los que hoy denominamos humanos, deben ejercitarse en consonancia con las obligaciones que consecuentemente acarrear: tales obligaciones, procuran compatibilizar los derechos con las restantes exigencias que la vida en sociedad impone." PINTO, M. y otros (2006). "Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularmente de su integración y expansión conceptual". En: *El derecho al agua*. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, p. 307.

diato, ilimitado y gratuito a todos sus usuarios y para todos sus distintos usos<sup>9</sup>.

### III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO<sup>10</sup>

#### a. La mutación constitucional como fuente-modelo para el reconocimiento del derecho al agua como garantía fundamental en Colombia. Generalidades

En el contexto constitucional colombiano los artículos 365 y 366 de la Constitución, establecen que el derecho al agua para consumo humano debe ser garantizado por el Estado mediante la prestación del servicio público de acueducto<sup>11</sup>:

*Los servicios públicos al encontrarse en el marco del Estado Social de Derecho, constituyen ‘aplicación concreta del principio fundamental de solidaridad social’<sup>12</sup> se erigen como el principal instrumento mediante el cual ‘el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales’<sup>13</sup>, y son la herramienta idónea para ‘alcan-*

*zar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva’<sup>14</sup>, así como para asegurar unas ‘condiciones mínimas de justicia material’.*

Desde esta representación, en el ordenamiento jurídico colombiano se entendió inicialmente la figura del derecho al agua, introducida dentro de la garantía del servicio público de acueducto, que instituyó de forma originaria el régimen constitucional. El cual de conformidad a las exigencias que la legislación interna establece aún, debía prestarse para los entes territoriales o los prestadores y para todos los usuarios residentes en el territorio nacional. Determinación primaria contenida en la aún vigente Ley 142 de 1994, normas que la modifican<sup>15</sup>, y decretos que la reglamentan<sup>16</sup>. En el contexto entonces del alcance que la Corte Constitucional estipuló de la anterior visión del agua, concibió que el alto tribunal de constitucionalidad, emprendiera a dibujar la figura del agua como derecho fundamental. Tendiendo como punto de partida el valor inusitado que debe tener este un Estado Social de Derecho, dado que todas las sociedades del planeta Tierra, enfrentan grandes retos para respetar, proteger y garantizar este derecho humano básico.

En esta noción la Corte Constitucional colombiana, fijó que el carácter fundamental del derecho al agua es la decisión de querer reco-

9. El Principio Cuatro de la Declaración de Dublín de 1992 dispone “El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

10. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-881/02.

11. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-881/02.

12. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-540/92.

13. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-380/94.

14. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-540 de 1992. Entendida también como condiciones mínimas justicia material en la Sentencia T-058 de 1997.

15. Ley 732 de 2002, Ley 689 de 2001 y Ley 632 de 2000.

16. Decreto 990/02 y Decreto 548/95.

nocer un estado de cosas, no de crearlo<sup>17</sup>. Es decir, crear una protección constitucional que a manera de fuente del Derecho, propugnara el derecho hacia las futuras generaciones, sobre este bien público y colectivo. Al haber entonces adoptado el ordenamiento jurídico colombiano, el modelo político de Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la defensa de la dignidad de toda persona y en el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales, en especial, su derecho a una vida digna, Colombia adoptaba a la vez, *el derecho fundamental al agua* de todas las personas. Pues desde el contexto constitucional ningún sentido tendría pretender asegurar la vida, bien sea humana o de cualquier otra especie, sin garantizar el derecho al agua en sus dimensiones básicas como fundamentales. Premisa primigenia desarrollada por la interpretación constitucional, como basamento para reestructurar la dimensión del derecho al agua, en el contexto constitucional colombiano.

#### **b. La interpretación constitucional mutativa y el modelo de derecho fundamental propiamente dicho**

La perspectiva constitucional colombiana fijaba *prima facie* al agua y su reglamentación sucesiva, como “una garantía-fundamental no expresa” señalada por la Constitución Política, tal como se estipuló precedentemente. La

mutación o transformación constitucional<sup>18</sup> de la configuración del agua como derecho fundamental, inició interpretando el Preámbulo de la Carta Política, quien establece entre otras razones, ‘asegurar’ a sus integrantes ‘la vida’, ‘la convivencia’, ‘la justicia’, ‘la igualdad’, en el contexto de ‘un marco jurídico’, (i) *democrático* y (ii) *participativo*. Ahora bien, este marco jurídico debe ‘garantizar un orden’ [1] *político*, [2] *económico* y [3] *social justo*<sup>19</sup>.

Esta originaria visión, acordó que Colombia está constituida como un ‘Estado Social de Derecho’, fundado en cuatro pilares. El primero de ellos, ‘el respeto de la dignidad humana’. El segundo, ‘el trabajo’. El tercero, ‘la solidaridad de las personas que integran’ Colombia. Y el cuarto, ‘la prevalencia del interés general’<sup>20</sup>. Ahora bien, la anterior interpretación revalidó que los constituyentes instauraron como fines esenciales del Estado, (i) ‘Servir a la comunidad’; (ii) ‘Promover la prosperidad general’; (iii) ‘Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución’; (iv) ‘Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación’; y (v) ‘Asegurar la vigencia de un orden justo’<sup>21</sup>.

17. Al respecto, la Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, señala: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos [...]”.

18. Cuando se habla de cambio constitucional, en la teoría del Derecho Constitucional, se quiere aludir a los procesos de acomodación de las normas constitucionales a la realidad, no se incluye a las formas de rompimiento o de vaciamiento de la Constitución. Así, solo hay dos formas de realizar esta acomodación: la reforma constitucional y la mutación constitucional, que revelan, respectivamente, procesos formales y procesos informales de modificación de la Constitución. Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p. 164; Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

19. Preámbulo de la Constitución Política.

20. Artículo 1º, Constitución Política.

21. Artículo 2º, primer inciso, Constitución Política.

Desde este enfoque entonces se fijó la interpretación constitucional que dirigió en todo momento que la Constitución y el ordenamiento jurídico, *'reconocen, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona'*<sup>22</sup>. Entre los derechos constitucionales, el agua. Pues vale la pena al menos mencionar los siguientes:

(1) El derecho a la vida, que se consagra como *'inviolable'*<sup>23</sup>; y (2) A que *'nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes'*<sup>24</sup>; (3) El derecho a la igualdad, lo cual contempla, entre otras dimensiones, (i) Ser *'iguales ante la ley'* y a recibir *'la misma protección y trato de las autoridades'*; (ii) A gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, *'sin ninguna discriminación'*, en especial, *'por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica'*; (iii) A que el Estado promueva *'las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva'*, teniendo que *'adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados'*; y (iv) A que el Estado proteja *'especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta'*<sup>25</sup>. También, (4) Los derechos políticos, en especial, *'a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político'*<sup>26</sup>; (5) El derecho *'a que la mujer cabeza de familia'* sea apoyada por el Estado *'de manera especial'*<sup>27</sup>; (6) Los derechos de las niñas

y de los niños<sup>28</sup>; (7) A que el Estado, la sociedad y la familia den *'protección'* y *'asistencia'* a las personas de la tercera edad y promuevan *'su integración a la vida activa y comunitaria'*; (8) Al *'saneamiento ambiental'* como un servicio público a cargo del Estado<sup>29</sup>; (9) A una *'vivienda digna'*<sup>30</sup>; (10) El derecho de *'todas las personas'* a *'gozar de un ambiente sano'*, y a que la *'comunidad'* participe en *'las decisiones que puedan afectarlo'*<sup>31</sup>. Por último, también cabe señalar (11) El derecho de toda persona que sea campesina, a que el Estado promueva el acceso progresivo *'a la propiedad de la tierra'* y a *'los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación'*, entre otros, *'con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos'*<sup>32</sup>.

En conclusión, el derecho al agua bajo este esquema, se estipuló como derecho constitucional complejo y fundamental, el cual se ha venido desarrollando a lo largo de los últimos años, en especial, en atención a la importancia que el mismo tiene como presupuesto de

22. Artículo 5°, Constitución Política.

23. Artículo 11, Constitución Política.

24. Artículo 12, Constitución Política.

25. Artículo 13, Constitución Política.

26. Artículo 40, Constitución Política.

27. Artículo 43, inciso segundo, Constitución Política.

28. Artículo 44, Constitución Política; en esta norma se establece entre otras cosas que, *'son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión [...]'*.

29. Artículo 49, inciso primero, Constitución Política.

30. Artículo 51, Constitución Política.

31. Artículo 79, Constitución Política. Añade al respecto la norma, que es un deber del Estado *'proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica'*. En sentido similar, el artículo 80 de la Constitución Política establece que el *'Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. || Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. || Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas'*.

32. Artículo 64, Constitución Política.

los demás derechos fundamentales y del desarrollo. En esto, el derecho al agua está interrelacionado y es indivisible e interdependiente de los demás derechos fundamentales, desde esta visión en Colombia; pues de hecho, la complejidad del derecho al agua incluye, incluso, dimensiones propias de un derecho colectivo, con las especificidades propias de este tipo de derechos.

**c. El reconocimiento legislativo y jurisprudencial para la protección y exigencia del nuevo modelo constitucional del derecho al agua y del servicio de agua como garantía fundamental en Colombia**

Hemos entendido así, que en el contexto constitucional la protección y garantía del agua como derecho fundamental, es real y comprobada en el marco de la Jurisprudencia Constitucional. En efecto habrá que atender que lo sucedido en el ordenamiento jurídico es una adecuada prestación de los derechos fundamentales constitucionales, como modelo de justicia en pro de la libertad. Así las cosas, la adaptación de modelos constitucionales para efectos de reconocer los postulados inherentes al *ser humano*, depende en buena parte de las políticas públicas que, dentro del orden constitucional vigente, sean diseñadas, elaboradas, implementadas, evaluadas y controladas, en un contexto de democracia participativa. Para efectos de generar que el nuevo modelo constitucional de un derecho tan importante como el agua, sea una garantía normativa en el contexto del constitucionalismo liberal.

Podemos entonces concertar, que uno de los

primeros escenarios en los cuales la participación democrática tiene lugar, es en “*la construcción del contexto legislativo*” dentro del cual, se han de concebir y llevar a la práctica, tales políticas públicas para efectos de garantizar el agua como derecho fundamental. Al debate parlamentario, además de las fuerzas políticas representadas y el Ejecutivo, concurren múltiples personas, por diversas razones (por ejemplo, por sus conocimientos y experiencia, por ser ciudadanos interesados, por ser voceros de grupos de personas o instituciones, o por ser convocados para el efecto), determinan relaciones para fijar la protección que el derecho al agua merece.

Así entonces, las facetas positivas de protección de los derechos constitucionales, en tanto son exigibles progresivamente, no inmediatamente, deben ser traducidas en principios y reglas concretas, que se conviertan en herramientas que aseguren el goce efectivo de tales facetas de dichos derechos, apotegma encontrado el derecho fundamental del agua. Dentro de los aspectos a ser definidos por tales principios y reglas, están, precisamente, establecer:

- (I) *De qué manera y a qué velocidad se va a progresar, indicando, especialmente,*
- (II) *.....*
- (III) (II) *Cuáles son las dimensiones de protección de los derechos, cuyo goce efectivo debe ser asegurado prioritariamente y,*
- (IV) (III) *Cuáles serán los grupos de personas a los que, prioritariamente, se les va a respetar, proteger o garantizar sus derechos.*

El grado de abstracción o precisión que deban tener las reglas y principios jurídicos que fije la ley, depende, entre otras razones, de las decisiones democráticas que al respecto se den y a los parámetros establecidos por el orden constitucional vigente.

Así pues, la ley aprobada dentro de un contexto de democracia deliberativa y leída a la luz del orden constitucional vigente, es un parámetro que establece los contenidos que deben ser asegurados de forma efectiva y actual, de las dimensiones positivas o prestacionales de los derechos constitucionales, que en este caso, es el agua y cómo debe ser prestado a manera de garantía fundamental.

Así las cosas, en 1994, el Congreso expidió la Ley 142, que estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Mediante esta, el Congreso reguló, entre otras cosas, el ámbito de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, y el de las empresas prestadoras de los mismos (artículo 1º). La primera medida adoptada por el Congreso de la República (artículo 2º), fue consagrar la facultad y el deber del Estado de intervenir en los servicios públicos, conforme al orden constitucional vigente y a las reglas de competencia, con los siguientes fines, entre otros:

- (I) Garantizar la 'calidad del servicio';
- (II) Garantizar 'su disposición final' para 'asegurar el mejoramiento de la ca-

lidad de vida de los usuarios';

(III) Ampliar 'permanentemente' la 'cobertura', aclarando que se ha de hacer por medio de 'sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios';

(IV) Atender de forma 'prioritaria' las 'necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento ambiental';

(V) Prestar de forma 'continua' e 'ininterrumpida' los servicios, estableciendo categóricamente que ello debe ser así 'sin excepción alguna', salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito;

(VI) Prestar el servicio de forma 'eficiente';

(VII) Promover la libertad de competencia;

(VIII) Garantizar la 'no utilización abusiva de la posición dominante';

(IX) Obtener 'economías de escala comprobables';

(X) Asegurar la existencia de mecanismos que 'garanticen a los usuarios el acceso a los servicios';

(XI) Asegurar la existencia de mecanismos que garanticen a los usuarios 'su participación en la gestión' de la prestación de los servicios;

(XII) Asegurar la existencia de mecanismos que garanticen a los usuarios 'su participación [...] en la fiscalización' de la prestación de los servicios;

(XIII) Establecer un régimen de tarifas 'proporcional' para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con 'los preceptos de equidad y solidaridad'.

Posteriormente, el artículo 3° se refiere a los instrumentos contemplados para dicha intervención, estableciendo las materias a las que ‘especialmente’ se dirigen las respectivas atribuciones y funciones que se contemplan. La mención detallada de los fines establecidos por el Congreso de la República para la intervención del Estado en los servicios públicos, evidencia cuáles son los principales cometidos que la sociedad en su conjunto, ha decidido imponer a la prestación de los servicios públicos.

En su artículo 6°, la ley se ocupa de la prestación directa de los servicios por el municipio, estableciendo explícitamente que “[los] municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen”. Concretamente, dentro de las situaciones consideradas por la Norma se encuentran las siguientes:

- (1) *“Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;”*
- (2) *“Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo*

*preste, no haya habido una respuesta adecuada;” o*

- (3) *“Cuando, aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.”*

La ley (artículo 14, numeral 14.21) establece la siguiente definición de ‘servicio público domiciliario de acueducto’: ‘Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.’

Finalmente, cabe señalar que en el apartado de la ley dedicada a consagrar normas especiales para el servicio de agua potable y saneamiento (capítulo I del Título IX, Ley 142 de 1994), se estableció un principio que puede ser denominado ‘prioridad de la disposición y el acceso al servicio de agua’. En efecto, el legislador señaló en materia del ‘servicio de

agua potable y saneamiento' que cuando la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento y la Superintendencia de Servicios Públicos 'apliquen las normas de su competencia' deben hacerlo dando prioridad al objetivo de mantener y extender la cobertura de esos servicios, particularmente en (I) Las zonas rurales, (II) Municipios pequeños, (III) Áreas urbanas de los estratos 1 y 2. La ley advierte que se deben lograr los objetivos de 'obtener mejoras en la eficiencia y calidad', sin sacrificar el de 'cobertura'.

Recientemente, mediante la Ley 1176 de 2007 (artículo 1º), se resolvió modificar parcialmente lo dispuesto en el año 2001, indicando que el Sistema General de Participaciones ya no tendría tres participaciones, sino cuatro. Se creó una nueva participación con destinación específica, denominada 'participación para agua potable y saneamiento básico', dejando una cuarta categoría independiente, denominada 'participación de propósito general'. Las participaciones de educación, salud y propósito general, son reguladas por la Ley 715 de 2001 en términos específicos. La participación del agua, está regulada en términos específicos en el Título II de la Ley 1176 de 2007.

Es claro, por tanto, que el Congreso de la República, al igual que lo ha hecho en el plano constitucional, en el Legislativo ha empleado sus competencias para reconfigurar el sistema jurídico del derecho al agua como garantía fundamental, de tal suerte que el derecho al agua adquiera un nivel más importante, y sea entendido como un derecho constitucio-

nal tan básico como la educación o la salud. Así también el derecho al agua como garantía fundamental, no solo goza de una sola protección o demarcación por vía legislativa, como fue desarrollado principalmente. La verdadera particularidad, se estipula cuando resulta ser protegido desde el plano de las "Acciones Constitucionales Fundamentales", para efectos de concebirlo exigible en el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, es claro comprobar que la jurisprudencia constitucional sobre la protección al derecho fundamental al agua ha sido constante y unánime después de su interpretación mutativa, como garantía *prima facie*. A lo largo de los años, distintas salas de revisión de la Corte Constitucional, conformadas por distintos magistrados, han construido una línea jurisprudencial donde los cambios de posición o los criterios jurídicos diversos han brillado por su ausencia<sup>33</sup>.

33. La Corte Constitucional se ha ocupado del derecho al agua, entre otras, en las Sentencias T-406 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón, A.V. José Gregorio Hernández Galindo), T-432 de 1992 (M.P. Simón Rodríguez), T-570 de 1992 (M.P. Jaime Sanín Greiffenstein), T-578 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-232 de 1993 (Alejandro Martínez Caballero), T-539 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-064 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-140 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-244 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-306 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-463 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-023 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-092 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-196 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-207 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-379 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-413 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-442 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara; S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-481 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-237 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-598 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-643 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-636 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-697 de 2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-410 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-576 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1104 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-712 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil),

Las personas, por lo tanto, pueden tener la certeza de que las reglas constitucionales aplicables en la defensa del derecho fundamental al agua, en cualquiera de sus dimensiones en las que es objeto la Acción Constitucional de Tutela, Acciones Populares y de Grupo, que son claras y vinculantes para todo operador jurídico dentro del orden constitucional vigente<sup>34</sup>.

---

T-270 de 2007 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-022 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla), T-182 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-888 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1115 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-045 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla), T-381 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-546 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-701 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-734 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio), T-796 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla), T-915 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla), T-974 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-091 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla). A lo largo de las consideraciones de la presente sentencia se irá haciendo referencia a cada uno de los casos.

34. Sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, esta ha sostenido lo siguiente: "El respeto a los precedentes [...] no les permite a las autoridades judiciales desligarse inopinadamente de los antecedentes dictados por sus superiores. De hecho, como el texto de la ley no siempre resulta aplicable mecánicamente, y es el juez quien generalmente debe darle coherencia a través de su interpretación normativa, su compromiso de integrar el precedente es ineludible, salvo que mediante justificación debidamente fundada, el operador decida apartarse de la posición fijada por la Corte, o eventualmente, por su superior funcional. Ello puede ocurrir por ejemplo, cuando los hechos en el proceso en estudio se hacen inaplicables al precedente concreto o cuando 'elementos de juicio no considerados en su oportunidad, permiten desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica' (M.P. Martha SÁCHICA MÉNDEZ) [T-1625 de 2000, T-569 de 2001] o ante un tránsito legislativo o un cambio en las disposiciones jurídicas aplicables, circunstancias que pueden exigir una decisión fundada en otras consideraciones jurídicas. Ante estas posibilidades, se exige que los jueces, en caso de apartarse, manifiesten clara y razonadamente, con una carga argumentativa mayor [T-678 de 2003], los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. || Omitir esta carga en materia de precedente, acarreará las consecuencias jurídicas propias de tal desconocimiento, es decir, verse avocado a una eventual acción de tutela contra providencias judiciales o cualquiera de los mecanismos constitucionales para hacer exigible la fuerza preeminente de la Carta, por desconocimiento del precedente constitucional. [C-731 de 2001]" Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

#### IV. ADAPTACIÓN DEL MODELO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS IBEROAMERICANOS

##### a. Obligatoriedad como exigencia constitucional interna

El derecho al agua contemplado en las Constituciones iberoamericanas, a la luz de la Carta Internacional de Derechos Humanos y de los órganos encargados de interpretarlos con autorización, contempla el derecho que tiene toda persona a que se le *respete, proteja y garantice* la posibilidad de *disponer y acceder a agua de calidad*.

Como todo derecho fundamental, el agua presenta facetas positivas como negativas. Supone el derecho a que se adopten las medidas necesarias para construir una infraestructura adecuada de acueductos y alcantarillados que no pongan en riesgo la dignidad y la vida de las personas, pero a la vez, que no se tomen medidas que impliquen, por ejemplo, la contaminación de aguas destinadas al consumo y la vida de las personas.

El derecho al agua es un derecho humano, un derecho fundamental de toda persona, para poder contar con una existencia digna. Sin embargo, como se indicó previamente, es un derecho que tiene también facetas de carácter colectivo. Hay dimensiones del derecho que generan obligaciones de respeto, de protección y de garantía, de las cuales no son titulares las personas individualmente,

sino colectivamente. Las protecciones de las fuentes hídricas de las cuales puede depender eventualmente el consumo de agua de las futuras generaciones, hace parte, sin duda, de los ámbitos de protección del derecho al agua, pero no se trata de un derecho individual.

El goce efectivo del derecho al agua supone, por lo menos, tres factores; (I) Disponer de agua, (II) Que sea de calidad y (III) El derecho a acceder a ella<sup>35</sup>.

En cuanto a (I) La disponibilidad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, ha indicado que:

*El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos [...]. También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.*

En cuanto a (II) La calidad, advierte que:

*El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas.*

Señala que debería tener un color, un olor y un sabor que fueran aceptables para cada uso

35. Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Parágrafo número 12.

personal o doméstico. Finalmente, sobre (III) La accesibilidad, sostiene que “*el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado*”.

Establece que existen cuatro tipos de accesibilidad al agua y las instalaciones del agua, a saber, *física* (deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población)<sup>36</sup>, *económica* (los costos deben estar al alcance de todos y no ser un obstáculo)<sup>37</sup>, *libre de discriminación* (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), y a *la información* (la accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua).

De acuerdo con la Constitución y con la Carta Internacional de Derechos, el derecho al agua es un derecho de todas y cada una de las personas, pero que en el caso de algunos sujetos de especial protección, da lugar a obli-

36. Añade al respecto: “[...] 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”. Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Parágrafo número 12.

37. Añade al respecto: “[...] 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”. Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Parágrafo número 12.

gaciones especiales y específicas de respeto, protección o garantía. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observó que el Estado debe:

[...] *prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular 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*<sup>38</sup>. Advierte que las medidas que adopte el Estado deben velar, entre otros fines, porque *“las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación”*. Categóricamente, establece que *“no debe denegarse a ningún hogar el derecho al agua por razón de la clasificación de su vivienda o de la tierra en que esta se encuentra”*<sup>39</sup>.

Las obligaciones derivadas de un derecho fundamental suponen por lo menos, las obligaciones de respetar, proteger y garantizar. En el caso del agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observó que las obligaciones de respetar implican abste-

nerse de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua<sup>40</sup>; las obligaciones de proteger implican impedir a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua<sup>41</sup>; y las obligaciones de garantizar (‘de cumplir’), que a su vez divide en diversas medidas, de carácter positivo y complejo muchas de ellas, orientadas especialmente a asegurar el derecho de quienes no

40. Para el Comité DESC, la obligación de respetar “[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. || 22. El Comité observa que durante los conflictos armados, las situaciones de emergencia y los desastres naturales, el derecho al agua abarca las obligaciones que impone a los Estados Partes el Derecho Internacional Humanitario. Ello incluye la protección de objetos indispensables para la supervivencia de la población civil, incluidas las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, así como la protección del medio natural contra daños generalizados, graves y a largo plazo y la garantía de que los civiles, los reclusos y los prisioneros tengan acceso al agua potable”. Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

41. El Comité DESC añade lo siguiente respecto de las obligaciones de proteger: “[...] Por terceros se entienden 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. || 24. Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficiente, salubre y aceptable. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento”. Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

38. Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Parágrafo número 16.

39. Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Parágrafo número 16.

se pueden proveer el derecho por sí mismos<sup>42</sup>.

También indica en qué casos se entienden violadas las obligaciones derivadas del derecho al agua<sup>43</sup>.

En el caso colombiano cuando la Corte Constitucional creó el modelo del agua como garantía fundamental, estipuló armónicamente que las obligaciones en estos términos amplios con relación a su titularidad, a pesar de que el Comité DESC de Naciones Unidas las

adjudica únicamente a los Estados Parte, pues dentro del orden constitucional vigente, el goce efectivo de los derechos fundamentales debe ser respetado, protegido y garantizado no solo por el Estado, a través de sus órganos y entidades, sino también por los particulares, en los casos establecidos por la Constitución<sup>44</sup>, y la jurisprudencia constitucional colombiana, y particularmente de los Estados, debe reconocer de forma indefectible la protección fundamental del agua, en respeto a los compromisos *ad extra* de los Estados<sup>45</sup>.

Como se indicó, las obligaciones derivadas del derecho fundamental al agua pueden implicar facetas positivas, que demanden medidas complejas por parte del Estado, como la realización de obras, o facetas negativas, que supongan la abstención por parte de la Administración. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana.

En el caso de las obligaciones de carácter negativo, suele ser relativamente fácil establecer cuándo el Estado o alguna persona, han

42. El Comité DESC de Naciones Unidas observó al respecto lo siguiente: "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 los medios a su disposición. || 26. 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 porque 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. || 27. Para garantizar que el agua sea asequible, los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias, entre las que podrían figurar: a) La utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas; b) Políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo; y c) Suplementos de ingresos. Todos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que no recaiga en los hogares más pobres una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos".

43. Observación General No. 15 (2002), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Al respecto ver el Parágrafo 44.

44. Artículo 86, Constitución Política de Colombia (1991).

45. Por ejemplo, en la Sentencia T-1042 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), se resolvió tutelar los derechos de una mujer que trabajaba en el Edificio El Conquistador en Cartagena, a la que se le impedía el uso de uno de los ascensores, al igual que al resto de trabajadoras domésticas. La Corte decidió que "la diferenciación basada exclusivamente en la condición de empleados o trabajadores del servicio doméstico para efectos de prohibir el uso de ciertos ascensores de una copropiedad, constituye un acto discriminatorio en razón del estatus social de una persona, lo cual vulnera los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad de dichos empleados o trabajadores, y así procederá a declararlo en este caso". En materia de protección de agua, la jurisprudencia constitucional también ha encontrado a ciertos particulares responsables de violar el derecho al agua, los cuales serán citados en la siguiente sección de las consideraciones de la presente sentencia.

actuado de forma tal que, por ejemplo, han irrespetado el derecho al agua de una persona. No obstante, no ocurre lo mismo cuando se trata de una obligación de carácter positivo que demanda la acción del Estado. En el caso de una obligación de carácter programático, una obligación cuyo cumplimiento dependa de la existencia e implementación de una política pública o de un programa, ¿bajo qué condiciones ha de entender que la administración, o la persona encargada, incumplieron sus obligaciones constitucionales? ¿cuándo puede entenderse violada la dimensión prestacional de un derecho fundamental?

Al respecto, la jurisprudencia constitucional colombiana desarrolló una serie de casos en los que se puede constatar, claramente, que sí existe una violación a una faceta prestacional de un derecho fundamental, es decir, al cumplimiento de una obligación derivada de un derecho fundamental que demanda acciones complejas por parte del Estado y otras entidades o personas. Recientemente, a propósito de la protección de facetas prestacionales en materia de salud, la Corte Constitucional colombiana sintetizó su jurisprudencia en los siguientes términos:

*[...] Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es,*

*precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos.*

Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte en la misma sentencia señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’<sup>46</sup>.

En consecuencia, se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, “cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas”. En otro aparte de la sentencia se dijo:

*No poder garantizar de manera instantánea el contenido prestacional del derecho es entendible por las razones expuestas; pero carecer de un programa que de forma razonable y adecuada conduzca a garantizar los derechos en cuestión es inadmisiblemente constitucionalmente. El carácter progresivo de la prestación no puede ser invocado para justificar la inacción continuada, ni mucho menos absoluta, del Estado. Precisamente por*

46. Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); dijo la Corte al respecto: “(...) No contar siquiera con un plan mediante el cual se busque gradualmente garantizar su acceso al servicio de transporte público de Bogotá, vulnera no solo su libertad de locomoción sino su derecho a la igualdad, así como también amenaza las diversas garantías cuyo ejercicio está supeditado a la posibilidad de movilizarse, como el derecho al trabajo, la educación, la salud o el libre desarrollo de la personalidad”.

*el hecho de tratarse de garantías que suponen el diseño e implementación de una política pública, el no haber comenzado siquiera a elaborar un plan es una violación de la Carta Política que exige al Estado no solo discutir o diseñar una política de integración social [para discapacitados], sino adelantarla<sup>47</sup> [...].*

Resumidamente, la jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas, a la luz de la Constitución Política, que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional.

***(I) La primera condición es que la política efectivamente exista dentro del Estado***

No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar, en este caso el Estado. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, *cuando ni siquiera se cuenta con un plan* para progresivamente cumplirla.

***(II) La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho en el Estado***

En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan solo simbólica,

47. Sentencia T-595 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “Solo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “Que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un periodo de tiempo irrazonable”<sup>48</sup>.

***(III) La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática en el Estado***

En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional consideró inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) ‘*Que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan*’, o (ii) ‘*Que sí brinde espacios, pero estos sean inocuos y solo prevean una participación intrascendente*’<sup>49</sup>.

En conclusión, la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional al agua, permite a su titular exigir judicialmente a instancias del Estado, por lo menos, (1) La existencia de una política pública, (2) Orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) Que contemple mecanismos de participación de los interesados<sup>50</sup>.

48. Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

49. Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

50. Estos elementos, fijados por la jurisprudencia en la Sentencia T-595 de 2002, han sido reiterados en varias ocasiones por la Corte Constitucional, entre ellas, en las Sentencias T-792 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-133 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-884 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Desde esta representación, los órganos de promoción y defensa de los derechos fundamentales dentro del Estado también se han ocupado de establecer los contenidos mínimos del derecho al agua, a la luz del orden constitucional vigente, teniendo en cuenta la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional y *los instrumentos internacionales de derechos humanos*, con sus respectivas observaciones. Así, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo en Colombia ha promovido la defensa del derecho humano al agua, en el marco del orden constitucional vigente, mediante publicaciones al respecto<sup>51</sup>, y la Procuraduría General de la Nación, a través de su Director, se ha pronunciado al respecto ante las personas encargadas de gobernar los departamentos<sup>52</sup>.

#### **b. Obligatoriedad como exigencia *ad extra* del sistema internacional de los Derechos Humanos y el constitucionalismo multinivel de producción externa latinoamericano**

Según esta interpretación, la fundamentación

jurídica del derecho al agua se construye a partir de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 19 de diciembre de 1966, que al efecto disponen:

##### *Artículo 11:*

1. *Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.*
2. *Los Estados Parte en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesiten para:*
  - a) *Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de los principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y utilización más eficaces de las riquezas naturales.*
  - b) *Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuen-*

51. Ver al respecto, por ejemplo, la siguiente publicación: Defensoría del Pueblo, Programa de Seguimiento de Políticas Públicas en Derechos Humanos (2005). El derecho humano al agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá: Imprenta Nacional.

52. El 4 de junio de 2009, en el VIII Encuentro de Gobernadores y Gobernadoras, por la Infancia, la Adolescencia y la Juventud, el Procurador General de la Nación afirmó lo siguiente: "En 2002, este mismo Comité, a través de la Observación General 15, incluyó como parte del derecho a la alimentación adecuada y a la protección a no padecer hambre, el derecho al agua, en razón de que si bien es cierto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no incluye este específico derecho ha de considerarse como parte integrante del derecho a la alimentación adecuada, en razón de que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes. El agua es un recurso natural limitado y un bien público para la vida y la salud. Para el Comité, el derecho al agua es el «derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico»".

*ta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.*

*Artículo 12:*

1. *Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*
2. *Entre las medidas que adoptarán los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*
  - a) *La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños;*
  - b) *El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medioambiente;*
  - c) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;*
  - d) *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

Así mismo como obligación de los Estados respecto al derecho humano al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General número 15 estableció las siguientes:

- a) *Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir enfermedades;*

- b) *Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;*
- c) *Garantizar acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tenga un número suficiente de salidas de aguas para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;*
- d) *Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;*
- e) *Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;*
- f) *Adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados: el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;*
- g) *Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;*
- h) *Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;*
- i) *Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al*

*agua, en particular velando por el acceso a un servicio de saneamiento adecuado.*

El derecho humano al agua deriva entonces del derecho a un nivel o calidad de vida adecuada y del derecho a la salud, siendo indispensable para asegurar condiciones humanas mínimas de existencia. Así lo entendió el Comité en su Observancia General número 15, cuando al referirse a los artículos 11 y 12 del Pacto expresó:

*“En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados” y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. (...) El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11). Este derecho debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana.”*

De esta forma, el Comité en su Observación General número 15, definió el derecho humano al agua como:

*“El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.”*

Definición similar adopta la Organización Mundial de la Salud:

*“Derecho a un acceso al agua de suficiente limpieza y en suficiente cantidad para satisfacer las necesidades humanas, incluyendo entre ellas, como mínimo, las relativas a bebida, baño, limpieza, cocina y saneamiento.”*

Desde esta perspectiva, es reconocido en varios instrumentos jurídicos tales como la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres<sup>53</sup> y la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>54</sup>, de igual forma este derecho es citado en Convenios de Derecho Internacional Humanitario, tales como el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I de 1977) y el Protocolo Adicional a los Conve-

53. “Los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas particularmente en las esferas de (...) el abastecimiento de agua.”

54. Se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”.

nios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II de 1977), y por supuesto también es posible encontrar mención al derecho al agua, en Declaraciones Ministeriales como la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977<sup>55</sup>; Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible de 1992<sup>56</sup>; Declaración Ministerial del Foro Mundial del Agua de Kyoto de 2003; a nivel de Europa, encontramos la Carta Europea del Agua de 1968; Carta Europea de los Recursos del Agua de 2001 y la Recomendación 1731 de 2006 del Consejo de Europa “Contribución de Europa por el mejoramiento de la gestión del Agua”; y la Convención de 1992 sobre la protección y la utilización de los recursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, adoptado en Londres en 1999 en el marco de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas; en África: la Carta Africana de los derechos y bienestar del niño de 1990; Convención Africana para la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales de 2003; Protocolo a la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África de 2003; Carta de las Aguas del río Senegal de 2002; y en nuestro Sistema Interamericano dilucidamos el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre

Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

Ahora bien, dentro del derecho internacional así como en el derecho comparado pueden encontrarse diversas acepciones sobre los Derechos Humanos, respecto de las cuales no existe una sola forma de interpretación.

Con todo lo anterior, y siguiendo en esta materia a la doctrina clásica podemos decir que, los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada.

En lo relacionado al derecho al agua, algunos afirman que por ser un Derecho Económico, Social y Cultural, se trataría de un derecho subordinado a otros, y necesario para cumplir con Derechos Humanos primarios reconocidos directamente en acuerdos internacionales de Derechos Humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Otros afirman que sin importar si es un DESC o uno de primera generación es jurídicamente irrelevante y carente de sentido, pues en ambos casos será objeto de protección por parte del derecho.

Prueba de lo anterior es lo que sucede en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en el cual al ver el agua como un servicio público, el mismo se protege desde la esfera de los derechos económicos, sociales y

55. “Todas las personas, sin importar su estado de desarrollo y su condición económica y social, tienen el derecho a acceder a agua potable en cantidad y calidad equivalente para cubrir necesidades básicas.

56. “Es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura al saneamiento por un precio asequible.”

culturales, convirtiéndose de esta manera el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en la piedra angular en cuanto a la regulación de este tema toda vez que dicho artículo expresa que:

*“Desarrollo Progresivo. Los Estados Parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”*

Lo que en otras palabras significa que un Estado a la hora de brindar el servicio público del agua, deberá procurar adoptar todas las medidas necesarias para ofrecer de manera correcta el servicio, pero a la vez estableciendo una limitación sobre la exigibilidad en cuanto a la prestación, que sería aquello relacionado con los recursos económicos disponibles, conocido lo anterior como principio de progresividad, el cual a su vez trae como consecuencia la prohibición de regresividad, en el entendido de un Estado luego de haber dado una prerrogativa a sus asociados no podrá disminuirla o desmejorarla. Aunque es preciso anotar que aun cuando el derecho al agua, sea protegido desde el punto de vista de un derecho económico, social y cultural,

sigue siendo un derecho humano, tal como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al decir que,

*[...] es pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello<sup>57</sup>.*

Posición también asumida por la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) que, en el caso Airey señaló que:

*El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda*

57. Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C, No. 198, Párr. 101.

*extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio*<sup>58</sup>.

De igual forma a nivel internacional el tema del derecho al agua, ha sido tratado en importantes documentos, siendo uno de ellos el informe preliminar presentado por el relator especial El Hadji Guissé sobre la “*Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento*”, rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 2002; otro documento es la Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Y por último y quizás el más importante, la Resolución de la ONU de fecha 26 de julio de 2010, mediante la cual se declara el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial.

En el primer documento, el relator especial El Hadji Guissé, manifiesta que el derecho al agua implica “garantizar a cada persona una cantidad mínima de agua de buena calidad que sea suficiente para la vida y la salud, es decir, que le permita satisfacer sus necesidades esenciales que consisten en beber, preparar los alimentos, conservar la salud y

producir algunos alimentos para el consumo familiar”<sup>59</sup>.

Se explica además que respecto a ese derecho al agua, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para promover y proteger su acceso, así como también al saneamiento y abstenerse de adoptar ninguna medida que reduzca su acceso.

Se especifica que a nivel interno, los poderes públicos suelen estar sometidos a distintas obligaciones, siendo aquellas de índole positivas: suministrar agua potable, evacuar y tratar las aguas residuales; obligaciones de igualdad de trato a los distintos usuarios: acceso de todos a la cantidad mínima de un agua de calidad satisfactoria; y obligaciones negativas: no interrumpir el servicio de agua<sup>60</sup>.

Por último en este documento se explica la importancia que tiene para efectividad de otros derechos la correcta prestación del derecho al agua, entre esos derechos comunitarios que necesitan de una correcta existencia de un derecho al agua son: El derecho a la paz, el derecho a la libre determinación, el derecho a un medioambiente sano, entre otros; mientras que a nivel individual encontramos estrecha relación entre el derecho al agua y el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda.

58. Corte EDH, Case of Airey v. Ireland, Judgment of 9 October 1979, Serie A, no. 32, para. 26.

59. ONU. Consejo Económico y Social. Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento. 25 de junio de 2002. Párr. 19.

60. *Ídem*. 35.

Por su parte en la Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, se ratifica la condición del agua como recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud, el cual en virtud de esas condiciones se vuelve indispensable para la consecución y disfrute de otros derechos.

De igual forma se establecen ciertos factores, que los Estados deben cumplir en cualquier circunstancia al momento de acceder al agua, dichos factores son:

- a) *La disponibilidad.* El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos.
- 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 de las personas.
- 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:
  1. Accesibilidad física, implica el que se pueda acceder al suministro de agua desde cada hogar o lugar de trabajo;
  2. Accesibilidad económica, significa que los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben estar al alcance de todos;

3. No discriminación, comprende la posibilidad que toda la población, sobre todo aquellos sectores más vulnerables o marginados puedan acceder al agua, y
4. Acceso a la información, establece que cualquier persona pueda solicitar, recibir y difundir información sobre cuestiones relacionadas con el agua.

Por último se plantean obligaciones generales y específicas, a nivel nacional e internacional, para procurar el abastecimiento de agua, no solo a generaciones actuales, sino también a las futuras.

Por último en la Resolución A/64/L.63/Rev.1 de la ONU, de 28 de julio de 2010, se establece que teniendo en cuenta la importancia que para la realización efectiva de otros derechos tiene el disponer de agua potable y saneamiento básico, así como también los objetivos del milenio, según los cuales se debe reducir a la mitad para 2015 la proporción de la población que carezca de acceso al agua potable o no pueda costearlo y que no tenga servicios básicos de saneamiento, se:

1. *Declara el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;*
2. *Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación*

*internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento;*

3. *Acoge con beneplácito la decisión del Consejo de Derechos Humanos de pedir a la experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento que presente un informe anual a la Asamblea General, y alienta a la experta independiente a que siga trabajando en todos los aspectos de su mandato y, en consulta con todos los organismos, fondos y programas pertinentes de las Naciones Unidas, incluya en el informe que presente a la Asamblea en su sexagésimo sexto periodo de sesiones las principales dificultades relacionadas con la realización del derecho humano al agua salubre y potable y el saneamiento, y el efecto de estas en la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.*

### **c. Estado de la cuestión en el Derecho Comparado**

Si bien es cierto que a partir de lo mencionado se puede hablar de la existencia de un derecho humano al agua por declaraciones de estamentos internacionales, pero al analizar la situación al respecto de ciertos Estados iberoamericanos adscriptos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el panorama, resulta ser muy discordante.

#### **• CHILE<sup>61</sup>**

*Se presenta una situación particular, ya que en el Código de Aguas de 1981, se estableció la premisa que el agua debe ser tratada como una mercancía, dejando de lado la satisfacción de las necesidades de la población, por una dinámica donde prima la oferta y la demanda sobre el bien.*

*De igual forma en este Estado, se estableció que una vez concedidos derechos sobre porciones de aguas, estos se den de manera gratuita y a perpetuidad, existiendo gratuidad en el mantenimiento, tenencia y uso del recurso. Este tipo de medidas ocasionó que el 80% de los derechos de agua no consuntivos, es decir que se devuelven a su fuente una vez utilizados, estén en manos de las transnacionales que impulsan proyectos hidroeléctricos. Fue hasta el 2005 cuando se modificó el Código de Aguas, instaurando la posibilidad de cobrar patentes por los derechos que no están en uso. Lo cual si bien generará que se utilicen los derechos que se poseen, también multiplicará proyectos que ocasionen daños irreversibles tales como la reducción de los caudales de las cuencas hidrográficas.*

*A pesar de lo anterior, Chile ha sido un Estado que ha procurado que la mayoría de sus asociados acceda, al servicio público del agua, mediante la creación del sistema de subsidios, reglamentado mediante la Ley No. 18.778 de 1989, en la que se estableció un sistema de subsidio directo al pago del consumo de agua potable y servicio de alcantarillado para ayudar a*

61. Cfr. Informe Programa Chile Sustentable, "El agua en Chile: Entre las reglas del mercado y los Derechos Humanos" con base en cifras del CEPAL 2003-2005.

las familias de escasos recursos. Dicho subsidio es financiado por el erario nacional y administrado por las municipalidades, las cuales se encargan del proceso de inscripción y selección de los postulantes e informan a las empresas de agua potable y saneamiento de la nómina de los usuarios favorecidos, con la finalidad de que la boleta mensual refleje en forma separada el monto que deberá ser pagado por el usuario y el monto que deberá ser pagado en forma directa por la municipalidad a la empresa (artículos 1 y 2).

Entre los retos que enfrenta el estado chileno, en procura de establecer un derecho humano al agua, está la modificación del Decreto con Fuerza de Ley número 382 de 1988, el cual posibilita la suspensión del servicio de agua, por el atraso en el pago de una sola cuenta del servicio, sin tener en cuenta las circunstancias “económicas” y “físicas” del cliente y/o el monto de la deuda.

La situación respecto al derecho al agua, ha sido tema de discusión en las dos últimas versiones del Foro Mundial del Agua; en la celebrada en 2006 en México, se consideró un fracaso al no alcanzarse una decisión conjunta por parte de los ministros y altos dignatarios de los países presentes, y rechazar la petición de algunos gobiernos de considerar el agua como un ‘derecho humano básico’.

Si bien los participantes se reafirmaron ‘en la importancia crítica del agua’ y tomaron nota ‘de las acciones de la ONU’, fueron únicamente los gobiernos de Bolivia, Cuba, Uruguay y Venezuela quienes consensuaron en una decla-

ración complementaria, en la que se manifestó que “el agua en calidad, cantidad y equidad, constituye un derecho humano fundamental”, sentando de esta manera un precedente de disenso.

Por su parte en el marco de la 5ta. versión Foro Mundial del Agua, de 2009 en Estambul, países como Estados Unidos, Brasil, Egipto, Francia y Turquía, se opusieron a que el agua fuese declarado un derecho humano en la declaración ministerial del foro. Esto ante la propuesta presentada por Bolivia, Cuba, Ecuador, Uruguay y Venezuela, a la que se sumaron otras naciones como España, Holanda y Alemania.

#### • URUGUAY<sup>62</sup>

Por otra parte estados como Uruguay, en el año 2004, a través de los mecanismos de democracia directa, organizaciones sociales agrupadas en la Comisión Nacional en Defensa del Agua y de la Vida, respaldadas por casi el 60% de la ciudadanía, lograron incluir en la Constitución de Uruguay la consideración del agua como un derecho humano fundamental, sentando las bases para que la gestión de los recursos hídricos sea pública y atienda criterios de participación social y sustentabilidad. Además de modificar sustancialmente la situación en Uruguay, este hecho marca un importante precedente internacional, por tratarse de una de las primeras experiencias de incluir un derecho ambiental en la Constitución de un país a través de la democracia directa.

Esta modificación estableció que “El agua es un

62. Cfr. Informe Programa Uruguay Sustentable, 2009.

*recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales”. La Reforma Constitucional del artículo 47 de la Constitución (en la sección “Derechos, deberes y garantías”) establece además que los criterios de gestión de los recursos hídricos (que deberá ser pública) deberán estar basados en la participación ciudadana y la sustentabilidad.*

## V. CONCLUSIONES

1. La definición del agua como derecho humano es aproximada a los conceptos especializados, carece de la acción que emana de las obligaciones del Estado Social y Constitucional de Derecho como garantía para condiciones óptimas de vida para todos los ciudadanos. Desde esta perspectiva, las políticas públicas deben tener cuatro elementos centrales para efectos de generar que esta cuestión sea una realidad: implicación del Gobierno, percepción de problemas, definiciones de objetivos y proceso. En ese sentido, se debe generar una política pública que determine que las instituciones estatales iberoamericanas asuman total o parcialmente la tarea de alcanzar este objetivo estimado de convertir el Derecho al Agua en una garantía humana deseable y necesaria, en pro de cambiar un estado de cosas considerado como problemático por el Sistema Constitucional Interno e Internacional.
2. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, estableció la existencia de tres elementos fundamentales del contenido del derecho humano al agua: i) Disponibilidad de agua potable; ii) Acceso al agua potable y iii) Calidad del agua. De tal forma, teniendo en cuenta que los servicios públicos domiciliarios constituyen uno de los medios para alcanzar la efectiva realización de este derecho, el Estado debe utilizar todos los instrumentos de intervención, así como los mecanismos necesarios que garanticen su cumplimiento.
3. La realización de un recorrido por el marco de la política pública estatal relativa al derecho humano al agua, donde fehacientemente se denote el cumplimiento de la exigencia internacional, necesariamente involucrará el marco constitucional, legal y regulatorio, así como los documentos, los planes de desarrollo nacional, departamental y municipal, los planes estratégicos de los respectivos Ministerios de Ambiente encargados, precisamente, de la política pública tanto del sector de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, como del manejo ambiental del recurso hídrico en los Estados. Todo con el fin de diseñar la mejor estrategia político-jurídica adaptable a las condiciones del Estado y así mismo como referencia para garantizar este derecho humano a todos los coasociados de conformidad a las reivindicaciones hechas por el Sistema Internacional de los Derechos Humanos.
4. Las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico estatal mediante la

aplicación de las leyes, debe adoptar una estrategia y un plan de acción interno en el caso de los Estados, para que en materia de recursos hídricos se ejecute la actuación de este derecho, velando que el agua sea asequible para todos; en la facilitación de un acceso mayor y sostenible, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas de conformidad a las necesidades estatales.

5. Finalmente, en Colombia, la jurisprudencia constitucional y la legislación han reconocido la protección económica, social y ambiental del agua y han acogido que los órganos e instituciones internacionales que dan una interpretación autorizada de las normas de Derechos Humanos, son vinculantes y obligatorias por el Estado colombiano. Por lo que en el ordenamiento jurídico colombiano el Derecho al agua, es una garantía fundamental inherente exigida de aplicación inmediata al esquema institucional. Generándose y asegurándose, la participación ciudadana y el control social de acceso a este recurso de acuerdo con la metodología trazada y adaptada por el gobierno nacional en el desarrollo y acceso a esta nueva garantía fundamental. Por lo que es el ordenamiento jurídico colombiano, modelo constitucional de protección de Derechos Humanos en el contexto iberoamericano, en el desarrollo de una política pública que constitucionalizó al agua, como garantía humana-fundamental de conformidad a las exigencias del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. Bogotá D.C.: Edit. Temis, 1983.

Daño Ambiental y Prescripción. *Revista Jurídica Lex. Difusión y análisis*, año VII, marzo 2003, número 93.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Programa de Seguimiento de Políticas Públicas en Derechos Humanos. *El derecho humano al agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Imprenta Nacional, 2005.

ESTRADA-VÉLEZ, S. I. *Los principios jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín: Universidad de Medellín, 2005.

GARCÍA, Aniza. *El derecho humano al agua*. Madrid: Ed. Trotta S.A., 2008.

INFORME PROGRAMA CHILE SUSTENTABLE. “El agua en Chile: Entre las reglas del mercado y los derechos humanos” con base en cifras del CEPAL 2003-2005.

INFORME PROGRAMA URUGUAY SUSTENTABLE, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MATHUS ESCORIHUELA, M. “El derecho al agua en el Derecho argentino”. En: *El derecho al agua*. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, 2006. p. 225.

- Observación General No. 15, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Al respecto ver el párrafo 44, 2002.
- ONU. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento*. 25 de junio de 2002. Párr. 19.
- PINTO, M. y otros. “Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularmente de su integración y expansión conceptual”. En: *Derecho al agua*. Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, 2006. p. 307.
- SÁCHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano*. Bogotá D.C.: Ed. Temis, 2000.
- UPRIMNY, Rodrigo. “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia, un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrina”, 2000, [en línea], disponible en: [http://www.djs.org.co/equipo/publicaciones.php?aut\\_id=8](http://www.djs.org.co/equipo/publicaciones.php?aut_id=8), recuperado: 1 de marzo de 2007.
- JURISPRUDENCIA Y LEYES NACIONALES (COLOMBIA)**
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-432 de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-540 de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-570 de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-578 de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-232 de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-539 de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-064 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-140 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-244 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-306 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-380 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-463 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-023 de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-092 de 1995.

|   |   |
|---|---|
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-196 de 1995.  | Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-697 de 2002.  |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-207 de 1995.  | Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-410 de 2003.  |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-379 de 1995.  | Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-576 de 2005.  |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-413 de 1995.  | Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1104 de 2005.   |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-442 de 1997. | Ley 732 de 2002, Ley 689 de 2001 y Ley 632 de 2000.   |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-481 de 1997.  | Decreto 990/02 y Decreto 548/95.  |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-237 de 1998.  | <b>JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL<br/>(SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS)</b>   |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-643 de 1998.  | Corte Europea de Derechos Humanos, <i>Case of Airey v. Ireland</i> , Judgment of 9 October 1979, Serie A, no. 32, para. 26.   |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-598 de 2002.  | Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C, No. 198, Párr. 101. |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-881 de 2002.  |   |
| Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-636 de 2002.  |   |