

El agua potable como derecho fundamental

Estudiantes

Christian Camilo Rivas Ortiz

Santiago Toro Cadavid.

Asesora

Gabriela Recalde Castañeda

En el marco del proyecto:

Fortalecimiento de una cultura ambiental ciudadana en la cuenca media del río
Cañaveralejo de Cali.

Directoras del Proyecto

Sara Natalia Ordoñez A.

Diana Patricia Quintero M.

Grupo de Acciones Públicas Icesi

Santiago de Cali, Junio de 2012

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Contenido

EL AGUA POTABLE COMO DERECHO FUNDAMENTAL	3
Introducción	3
EL DERECHO AL AGUA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL	5
Integralidad e interdependencia de la noción de derechos humanos	5
El derecho al agua como DESC	9
EL DERECHO AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ..	17
Obligaciones del Estado frente a los DESC.....	17
La Categoría de servicio público domiciliario.....	22
Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho al agua potable	25
CONCLUSIONES	30

EL AGUA POTABLE COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Introducción

De acuerdo a estudios científicos el 71% de la superficie terrestre está cubierta de agua, (Nebel, 1999). De ese total, más de 97% es salada y casi el 2% está contenida en hielo y nieve, lo que deja menos de 1% de agua dulce –correspondiente a cerca de 35 trillones de litros--,¹ para la realización de actividades humanas de riego, enfriamiento de centrales eléctricas y saneamiento (Mcnulty, William E., 2010).

El agua es uno de los componentes esenciales para la vida en el Planeta, es un elemento vital para la sostenibilidad de los recursos naturales, la biodiversidad y la vida humana. Sin embargo, la escasez del recurso y el uso indebido, ocasionado por las malas prácticas de control de saneamiento,² constituyen en la actualidad amenazas directas y advertencias claras de los cambios requeridos para un desarrollo sustentable.

Dicho desarrollo, de acuerdo a Max-Neef, (Tobón Quintero, 2007, pág. 52), implica que las personas son el centro de dicho proceso, en lo el autor citado denomina como “desarrollo a escala humana”. Esto quiere decir que el desarrollo se debe *concentrar y sustentar en la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales, en la generación de niveles crecientes de auto independencia y en la articulación orgánica de los seres humanos con la naturaleza y la tecnología, de los procesos globales con los comportamientos locales, de lo personal con lo social, de la planificación con la autonomía y de la sociedad civil con el Estado.*

Cuando el desarrollo se contempla como ese proceso integrador de aspectos sociales, ambientales, tecnológicos, jurídicos entre otros, es posible entender que el agua y las medidas para el saneamiento, desempeñan roles de vital importancia en la constitución de un modelo de desarrollo sustentable, y como componentes para la consolidación de

¹ De este valor el 69,6 % que equivale a 24,36 trillones de litros se congelan en capas de hielo, glaciares, cobertura de nieve y permafrost; el 30,1% que equivale a 10,55 trillones de litros están en el subsuelo y acuíferos alimentados por filtración desde la superficie, y el 0.3% restante que equivale a 118.639 billones de litros están en lagos, ríos, pantanos y agua contenida en plantas, animales y atmosfera.

² Saneamiento entendido como el conjunto de técnicas y elementos destinados a fomentar las condiciones higiénicas (Diccionario de la Real Academia Española, 2012)

medidas económicas, políticas y jurídicas de carácter integral. Agua y saneamiento son entonces elementos conjuntos, que los ordenamientos jurídicos deben regular para permitir el uso adecuado de los recursos naturales y por ende la realización de los derechos humanos.

Es por este último motivo, que este artículo pretende analizar el abordaje que los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia local de la Corte Constitucional Colombiana, han realizado sobre la relación entre agua y saneamiento. Y a partir de esto, establecer el discurso jurídico en torno a la forma como el agua ha pasado de ser un simple bien de uso común, a estar su acceso clasificado como derecho fundamental, cuando está destinada para el consumo humano. Buscando así exponer los marcos de referencia encontrados y su posible aplicabilidad en casos concretos de grupos socioeconómicamente vulnerables.

En ese orden de ideas, a manera de bosquejo se abordará la discusión teórica existente alrededor del carácter de los derechos económicos, sociales y culturales, utilizando para ello lo referido por autores como Christian Courtis, Riccardo Guastini, Rodrigo Uprimny, entre otros; esto toda vez que a nivel internacional el acceso al agua es clasificado como un derecho de este tipo. Una vez realizada esta claridad, se expondrá la normatividad internacional en materia del derecho al agua con el fin de determinar las pautas para su entendimiento ofrecidas por los diversos instrumentos de derechos humanos, centrándonos especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las algunas de las Observaciones Generales del Comité que se creó para su seguimiento. También, se tendrán en cuenta algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que abren paso a la protección del derecho humano al agua dentro del sistema interamericano.

La segunda parte de este documento se centra en el análisis jurisprudencial de algunas de las principales sentencias de la Corte Constitucional referentes al derecho al agua potable y a la prestación eficiente del servicio público de acueducto como forma de garantizar la provisión de este bien necesario para la vida humana. En ese orden de ideas, se expondrá la

posición que esta Corte ha adoptado sobre el contenido y alcance del derecho al agua potable. Para ello expondremos la forma como esta corporación ha manejado el tema de los DESC. Luego nos centraremos en las implicaciones que genera para el Estado la prestación de un servicio público; finalizando con la discusión en torno a la justiciabilidad vía acción de tutela del derecho al agua, estableciendo si para ello la Corte aplica la teoría de la conexidad con derechos fundamentales, o si bajo ciertos parámetros, los considera como un derecho fundamental autónomo.

Cabe anotar que la inquietud que dio origen a este artículo no fue espontánea, sino uno de los resultados del trabajo de campo realizado por el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad de Icesi dentro del proyecto denominado “*Fortalecimiento de una cultura ambiental ciudadana en la cuenca media del río Cañaveralejo de Cali*”. En el mismo, se planteó una estrategia de intervención jurídica de tres fases.³ La misma ha sido acompañada y verificada por los líderes comunitarios y sociales de la comunidad del Barrio Brisas de Mayo de la Comuna 20 de la ciudad de Cali. Dicha estrategia tuvo su articulación alrededor de la búsqueda de un mecanismo que permitiera el cese de la vulneración sistemática de derechos colectivos y fundamentales, originado en la indebida prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, por parte del municipio y de la empresa de servicios públicos, así como la contaminación de una quebrada aledaña al sector y que es uno de los principales afluentes del río Cañaveralejo, el cual integra el sistema de ríos a través del cual se suministra el recurso hídrico a la población caleña.

EL DERECHO AL AGUA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Integralidad e interdependencia de la noción de derechos humanos

El derecho al agua y el saneamiento básicos son reconocidos internacionalmente como derechos de carácter económico, social y cultural (García, 2008). Al respecto de estos derechos existe una conciencia acerca de que su realización demanda una inversión progresiva y acciones afirmativas por parte de los Estados para su implementación, lo que en principio, los diferencia de los derechos civiles y políticos. Por ende su justiciabilidad

³ Formación en derechos y participación ciudadana, fortalecimiento de competencias para el cuidado del medio ambiente, y la interposición de una acción popular.

es procedente siempre que se trate de una vulneración que implique la afectación a derechos de primera generación (Riveros P., 2010).

Debe resaltarse sin embargo, que esta clasificación ha sido criticada por autores como Christian Courtis (2010) quien sostiene que los derechos sociales tienen una “variedad de formas”, y en esta medida *una concepción generacional de los derechos humanos provoca confusión*, así como *la distinción categorial radical entre derechos civiles y políticos en orden al tipo de deberes que establecen* (pág. 138).

Al respecto, Courtis hace una reflexión interesante respecto al trabajo *Derechos: una contribución analítica* del autor italiano Riccardo Guastini, en el cual distingue entre *verdaderos derechos* y *derechos sobre el papel*, conceptualizando los verdaderos derechos como:

(...) aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular (pág. 132)

Y los derechos sobre el papel como *derechos ficticios*, por ser aquellos que no satisfacen alguna de las condiciones de los *verdaderos derechos*.

En ese sentido, Guastini indica que los derechos sociales en la mayoría de los casos son derechos sobre el papel puesto que:

(...) Las disposiciones constitucionales que confieren derechos sociales expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, es decir, normas que ordenan -o mejor "recomiendan"- al legislador que realice un cierto programa de reforma económico-social o de perseguir determinados objetivos.(...) Por otra parte, aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes (pág. 133).

Al respecto, Courtis indica que las distinciones de Guastini constituyen conclusiones exageradas sobre los derechos sociales, ello debido a que la teoría de Guastini resulta bastante exigente a la hora de concebir un derecho como un *derecho verdadero*. Esto en tanto las normas que configuran este tipo de derechos deben ofrecer una garantía jurisdiccional y para ello se requiere de una norma que atribuya un derecho y otra norma secundaria que manifieste la garantía. Sin embargo, se presenta un problema respecto de la garantía jurisdiccional que requiere un verdadero derecho, puesto que para Guastini *el legislador no puede ser obligado a dictar normas - lo que incluye a las "normas secundarias" que establecen garantías-*.

Courtis concluye que siguiendo el orden argumentativo de Guastini *ningún derecho fundamental es un "verdadero derecho", todos los derechos fundamentales son "derechos sobre el papel"*. Tal conclusión es apoyada, entre otros argumentos, por la concepción de conjunto normativo que propone Courtis a partir de la cual puede concebirse la forma en la que los derechos se definen, se estructuran, se hacen exigibles y evolucionan. En palabras del autor:

Del reconocimiento constitucional de un derecho -civil, político, económico, social, cultural- pueden extraerse algunas consecuencias normativas relativas a su contenido, sujeto obligado y garantías; estos elementos se concretan con su especificación legislativa, que no se limita necesariamente a una ley, sino que requiere a veces un conjunto de leyes y un complejo escalonado de reglamentaciones (pág. 135).

De tal manera, que clasificar un derecho como un “verdadero derecho” o un “derecho sobre el papel” o analógicamente como derechos de primera y segunda generación, es decir “derechos civiles y políticos” y “derechos económicos, sociales y culturales” respectivamente, resulta ser una clasificación restrictiva e incompleta y que no permite contemplar la cantidad de matices y complejidades que los derechos demuestran en su aplicación real y cotidiana.

Así, puede observarse como la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las

Naciones Unidas (en adelante ONU) en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, incluyó todos los derechos humanos en una misma carta con carácter amplio e incluyente y sin generar algún tipo de distinción gradual sobre los mismos.

En ese sentido, la Asamblea General estableció en la Resolución 421 E (V), del 4 de Diciembre de 1950, que:

*El goce de las libertades cívicas y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales **están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente** y que el hombre, privado de los derechos económicos, sociales y culturales, no representa esa persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal de hombre libre.⁴ (Negrilla fuera del texto)*

Promoviéndose entonces una vinculación necesaria entre los DCP y los DESC para garantizar el desarrollo integral del individuo y la sociedad. Sin duda, esto conlleva a aceptar que los derechos humanos son de una misma naturaleza, y que su realización material no sólo conlleva un deber de abstención por parte del Estado respecto a las libertades fundamentales, sino que todos los derechos requieren de condiciones reales de garantía. Respecto a esta visión de integralidad e interdependencia de los derechos humanos, Rodrigo Uprimny (2006) sostiene que la noción de derechos humanos ha evolucionado desde el concepto liberal e individualista clásico de derechos civiles y políticos, pasando por la concepción moderna y de inspiración socialista de los DESC, e introduciéndose actualmente en debate sobre los derechos colectivos (que incluyen los derechos de solidaridad y los multiculturales). Para este autor, en principio, pueden distinguirse dos grandes grupos de derechos, los de autonomía y los derechos sociales, los cuales tienen unas especificidades innegables respecto a su fundamentación conceptual y evolución, pero no por ello unos tienen mayor relevancia que los otros. Los derechos de autonomía, si bien suponen la no intervención del poder político, también existe para este poder un deber jurídico genérico de garantizar a todas las personas el libre y pleno goce de los mismos, lo que significa que el Estado se compromete a generar medidas para prevenir

⁴ Esta postura fue sostenida nuevamente en la Resolución 543 (VI), del 5 de Febrero de 1952 del mismo organismo.

y proteger a sus asociados frente a la realización de las violaciones (Arango, 2005). Por su parte, los derechos sociales suponen una obligación positiva, de allí que su realización se enmarque bajo el criterio de progresividad y que se les asigne el carácter de derechos prestacionales, lo que implica un desarrollo político, legislativo, económico y técnico más a fondo que el requerido por un derecho de autonomía. Sin embargo su garantía también es una responsabilidad del Estado y un elemento necesario para el ejercicio de otros derechos, de allí que también sea posible predicar su carácter de derechos subjetivos (Riveros P., 2010).

Así las cosas, los derechos deben observarse desde una óptica de integralidad, lo que permite lograr el cumplimiento real de los mismos al concebirllos como un todo, como una especie de tejido que al entrelazarse permite sostener los fundamentos de la dignidad humana. Ubicarse en esta óptica, se traduce en la comprensión de los diversos instrumentos contenedores de derechos humanos como un catálogo abierto cuya interpretación debe hacerse bajo la aplicación del principio pro-persona.

El derecho al agua como DESC

Teniendo claro que los derechos humanos deben estudiarse desde su integralidad e interdependencia, el objetivo de este aparte es analizar la forma como dicha noción ha sido integrada a nivel internacional en los diversos Pactos, Convenciones, Directrices, entre otros documentos jurídicamente vinculantes, en los que se ha dado una reglamentación sobre el derecho al agua y al saneamiento que debe ser observada por los Estados partes de dichos instrumentos.

Entre estos se destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de Diciembre de 1966. El PIDESC no consagra de manera expresa los derechos humanos al agua y al saneamiento, sino que lo hace tácitamente al hablar de los derechos de salud o vivienda; aun así, es el principal cuerpo normativo que regla las obligaciones que emanan de estos derechos para los Estados.

Este Pacto resulta de gran importancia porque como bien lo señala Aniza García (2008, pág. 164) *es el PIDESC, el instrumento que abre la puerta al reconocimiento de la satisfacción de las necesidades básicas como auténticos derechos fundamentales* siendo en efecto determinante la vinculación del derecho al agua y el derecho a la prestación del servicio de alcantarillado, con derechos protegidos de manera explícita por el Pacto.

Al respecto, el PIDESC consagra implícitamente el derecho al agua y al servicio de alcantarillado en el artículo 11 numeral 1 donde se indica que: *los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho (...).* (Negrillas fuera del texto)

Asimismo, el derecho al agua está inmerso en el numeral 2 del mismo artículo 11 y también en el artículo 12, donde respectivamente se protegen el **derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre**, y el **derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental** en escenarios de asistencia hospitalaria, espacios laborales y entornos comunes donde el agua juega un rol indispensable.

Estos derechos, que contienen de manera implícita el derecho humano al agua y el derecho al servicio de alcantarillado, han sido desarrollados por un mecanismo interpretativo denominado Observaciones Generales. Estas observaciones son realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CDESC), que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del PIDESC por los Estados Partes.⁵ Este Comité, mediante las observaciones, busca determinar el sentido, contenido y alcance de derechos del PIDESC, permitiendo así, que se facilite la aplicación del mismo en los Estados partes. En este sentido, cabe resaltar que las Observaciones Generales expresan recomendaciones del Comité a los Estados parte del Pacto, constituyéndose así como una guía el adecuado cumplimiento de la norma.

⁵ El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto.

En cuanto al artículo 11 que establece el derecho a una vivienda digna, el CDESC se ha pronunciado sobre su contenido en la Observación General N°4 (1991) resaltando en ésta los factores determinantes para considerar una vivienda adecuada⁶, tales factores son: *seguridad jurídica de la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar, y adecuación cultural.*

Dentro del criterio de *disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura*, el Comité menciona aquellos servicios indispensables a los que deberían tener acceso los beneficiarios del derecho a una vivienda. Entre ellos señala *el acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia (Negrillas fuera del texto)*. De esta manera es claro que el derecho al agua y al saneamiento, garantizados mediante redes de acueducto y alcantarillado instaladas debidamente y con cargo al Estado, constituyen elementos esenciales para considerar una vivienda como un sitio digno de ser habitado por un ser humano.

El CDESC ha realizado un estudio específico sobre el derecho al agua potable y el saneamiento en las observaciones generales N° 14 y 15, las cuales respectivamente abordan *al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC), y el derecho al agua (arts. 11 y 12)*.

En la Observación General N° 14 (2000) con relación al derecho a la salud, es evidente la noción de integralidad en materia de derechos humanos, así se menciona que *el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, (...) a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad (...)*

⁶ De acuerdo al párrafo 7 de esta observación, y como lo ha reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000, el concepto de "vivienda adecuada" significa *disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.*

En ese sentido, se indica que la comisión encargada de la elaboración del artículo 12 del PIDESC desarrolló una concepción amplia con relación al derecho a la salud, incluyendo entre sus elementos el acceso al agua potable y al saneamiento, así:

*(...) el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, **el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas**, (...) CDESC (2000).*

Por su parte, en la Observación General N° 15 se especifica que el agua es *un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud*. Bajo este entendido, el Comité aclara que el acceso al agua implica la disposición *suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible al agua para el uso personal y doméstico*, y que es un *derecho indispensable para vivir dignamente y como condición previa para la realización de otros derechos humanos*.

De esta estipulación del Comité se extrae que a nivel internacional existe un reconocimiento expreso de la relevancia del derecho al agua para la satisfacción de la dignidad humana y para el ejercicio de otros derechos humanos, y también que la satisfacción universal del derecho como tal, plantea un reto por ser el agua un recurso escaso.

Dentro de la definición del derecho al agua el CDESCR destaca los elementos constitutivos del mismo, es decir, la salubridad, la suficiencia, la aceptabilidad, la accesibilidad y la asequibilidad. Tales elementos son el punto de referencia para la satisfacción efectiva del derecho al agua y al respecto de los mismos el Comité expone su contenido de la siguiente manera:

a) La disponibilidad o asequibilidad. *El abastecimiento de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua*

disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

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

c) La accesibilidad. *El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.*

La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

Accesibilidad física. *El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población.*

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

No discriminación. *El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los criterios sospechosos.*

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

Para la realización integral del derecho al agua, se requiere la conjunción de varios componentes sin los cuales no se podría predicar el cumplimiento del mismo. Así, no basta

con la sola disposición del recurso para las personas, sino también los requerimientos de potabilidad, el fácil acceso al sistema físico que lo provea (acueducto u otro), la posibilidad de consecución económica del mismo, la prestación a toda la población, y la adecuada provisión de información que se ejerza del recurso.

En otras convenciones vinculantes del Sistema Universal de Derechos Humanos, los derechos al agua potable y al saneamiento han sido consagrados expresamente a favor de grupos humanos específicos. Haciendo un recuento de los mismos, encontramos la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,⁷ cuyo artículo 14 Núm. 2 establece el deber de los Estados de propiciar a la mujer rural el acceso a condiciones de vida adecuadas, particularmente en lo que se refiere a los servicios sanitarios y el abastecimiento de agua, entre otros. El Comité de esta Convención (1999) considera que este artículo obliga a los Estados Partes a asumir medidas para garantizar estas condiciones, sobretodo porque su realización está ligada a la prevención de enfermedades y a la promoción del más alto nivel de salud posible.

La Convención de los derechos del niño,⁸ en su artículo 24 establece que dentro de las garantías que los Estados deben propender para que los niños gocen del más alto nivel de salud posible, están el suministro de agua potable salubre y la atención sanitaria. El Comité de los Derechos del Niño (2005), dispone respecto a este artículo que *los Estados Partes tienen la responsabilidad de garantizar el acceso a agua potable salubre, a saneamiento e inmunización adecuados* (CRC/C/GC/7/Rev.1 párr.27, lit. a).

A diferencia de otros instrumentos, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,⁹ en su artículo 28 aborda el derecho al agua potable y al saneamiento no como elementos que integran el derecho a la salud, sino como derechos que hacen parte del ámbito de protección del derecho a un nivel de vida adecuado y la protección social. De

⁷ Esta Convención fue adoptada en 1979 y entró en vigencia al año siguiente. Colombia la ratificó mediante la Ley 51 de 1981, y firmó el 6 de diciembre de 1999 su Protocolo Facultativo el cual fue ratificado por medio de la Ley 984 de 2005 y depositado en enero de 2007.

⁸ Adoptada y abierta a firma por la Asamblea General en el año 1989, fue ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

⁹ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en el año 2006, entró en vigor en el 2008, y fue aprobada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009, sin embargo fue sólo en el 2011 que se surtió la plena ratificación del tratado.

esta forma el mencionado artículo establece que es deber de los Estados partes, *asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad.*

Cabe destacar que dentro del Sistema de Naciones Unidas estos derechos también han sido abordados en otros instrumentos que, si bien no tienen un carácter vinculante, su contenido permite una interpretación más amplia de los derechos humanos. Entre estos instrumentos aprobados por la Asamblea General se encuentran los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, los Principios Rectores de los desplazamientos internos y las Reglas de estándares mínimos para el tratamiento a prisioneros.

Sobre el derecho al agua en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador, en sus artículos 10, 11 y 12, lo reconoce implícitamente cuando aborda el derecho a la salud, el medio ambiente sano, la alimentación y el acceso a los servicios públicos básicos. Dentro de este Sistema no existe un pronunciamiento específico similar a la Observación General No. 15, sin embargo esta ha sido citada en varios informes del Secretario General de la OEA, entre ellos en el informe sobre “Derechos humanos y Medio ambiente en las Américas” que dio lugar a la resolución 1926 de la Asamblea general en el año 2003 (AG/RES. 1926 (XXXIII-O/03)).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varias de sus sentencias ha tomado como referente la Observación General citada No. 15 y se ha pronunciado sobre el derecho al agua potable y el saneamiento, sobretodo en casos referentes a violaciones cometidas contra comunidades indígenas. En el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay (2005)*, la Corte encontró que las afectaciones a la salud y la vida de la comunidad indígena estaban asociadas con la escasez de alimentos y de agua limpia, situación generada por el Estado quien había limitado el acceso de la comunidad a las tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales disponibles en ellas. En este caso, la Corte establece que los niños y los adultos mayores gozan de una especial protección y por ello el Estado debe garantizar

el derecho a una alimentación adecuada, y el acceso a agua limpia y a atención en salud (Sentencia de Fondo, Párr. 167 a 176).

Recientemente, en el caso de la comunidad Xákmok Kásek¹⁰ Vs. Paraguay (2010) se abordó el tema de acceso y calidad del agua, en relación con la violación al derecho a una vida digna. En este caso la Corte dejó claro que aunque el Estado había suministrado agua potable a los miembros de la comunidad, la cantidad no superaba más de 2.17 litros por persona al día, y que de acuerdo a los estándares internacionales *la mayoría de las personas requiere mínimo de 7.5 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene (párr.195)*. Asimismo estableció que es obligación de los Estados garantizar la calidad y el acceso a fuentes seguras de agua en los asentamientos humanos, deber que había sido obviado por Paraguay y que conllevaba a la exposición de la comunidad a riesgos epidemiológicos y enfermedades.

Se puede concluir que a nivel internacional el derecho al agua es visto como un derecho interdependiente de la dignidad humana, y en esta medida su realización es un requisito previo para el ejercicio de otros derechos humanos, pero también las garantías de acceso al agua y su cuidado como recurso en sí, se erigen como una estrategia para la protección de los recursos naturales, toda vez la protección jurídica del agua conlleva a la protección de las fuentes naturales de la misma. En ese sentido, la protección del derecho al agua por los Estados permite la consecuente protección de varios bienes jurídicos como el ambiente sano, la sostenibilidad ambiental, económica y social de los Estados, lo que finalmente se traduce en el cumplimiento del fundamento primero del orden jurídico constitucional actual, el cual es la dignidad humana, cuestión que da vía al concepto de desarrollo sustentable en armonía con los principios básicos de la vida humana.

¹⁰ Los hechos que dan ocasión al pronunciamiento de la Corte, se refieren a la omisión de respuesta del Estado de Paraguay frente a la solicitud que desde 1990 la comunidad había radicado para la reivindicación de una extensión de 10.700 hectáreas que forman parte de su territorio tradicional. La comunidad en el año 2008 fue prácticamente obligada a trasladarse un terreno que les fue cedido por las comunidades Angaité, allí se conformó un nuevo asentamiento denominado “25 de febrero”, que se encontraba por fuera de las tierras reclamadas. Este lugar no contaba con condiciones sanitarias mínimas y existían múltiples limitaciones para el cultivo y tenencia de semovientes, ocasionado con esto *un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma*

EL DERECHO AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Entre los primeros temas que abordó la Corte Constitucional en su función de órgano de revisión de tutelas, se encuentra el de la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la prestación eficiente de los servicios de acueducto y alcantarillado. Se trata de las sentencias T-406 y T-578 de 1992, en las que la Corte se pronuncia al respecto articulando el estudio bajo dos categorías: la de servicio público domiciliario, y la de derechos colectivos, cuya regulación de las acciones judiciales para su protección, era en ese momento un pendiente a cargo del legislador.

Sobre esta última categoría, afirma la Corte que en caso de transgresión de derechos colectivos, el ordenamiento jurídico dispone dos acciones contenidas en el artículo 88 de la C.P., para garantizar su protección: la acción popular y la acción de grupo. Frente a estas, la acción de tutela sólo podría concederse como mecanismo de última *ratio*. Bajo este razonamiento, la Corte examina la posibilidad de tutelar estos derechos colectivos, así como el derecho al agua potable, en casos que involucran poblaciones socioeconómicamente vulnerables. Para realizar este examen, la Corte ha precisado los siguientes aspectos que se desarrollarán en este documento:

- Las obligaciones del Estado Colombiano, en tanto Estado Social de Derecho respecto a la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), y su correspondencia con el derecho al agua en relación con el acceso a redes de acueducto.
- Las implicaciones que conlleva la categoría de servicio público esencial en el caso del servicio de acueducto; y
- La procedencia de la acción de tutela para la protección de estos derechos.

Obligaciones del Estado frente a los DESC

Desde la sentencia T-578 de 1992 se precisó que los DESC, consagrados en el Título II, Capítulo 2 de la Constitución, *implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Su razón de*

ser está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos, con lo cual adquieren el carácter de fundamentales.

Sin embargo, en las primeras sentencias de la Corte era evidente el acogimiento de la doctrina constitucional de la clasificación de derechos por generaciones. Así, los derechos civiles y políticos o primera generación, dado su carácter fundamental eran susceptibles de protección directa por vía de tutela, y los derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación, eran interpretados como derechos de orden prestacional que requerían una acción legislativa o administrativa para lograr su efectivo cumplimiento (Sentencia T-160 de 2011). A pesar de esta distinción la Corte permitió la procedibilidad de la acción de tutela para la protección de los DESC e incluso de derechos de orden colectivos (tercera generación), acogiendo la doctrina de la conexidad divulgada por el Tribunal Constitucional Español. En concordancia de eso, en las sentencias emitidas entre los años 1992 a 1995, se vinculó la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado con la realización de la vida en condiciones de dignidad.

Posteriormente, la Corte abandona esta doctrina y señala que tanto los derechos civiles y políticos como los DESC, son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo y positivo cuya realización involucra de una u otra forma un matiz prestacional.¹¹ Por lo tanto, *despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resulta no sólo confuso sino contradictorio, pues si se adopta esta tesis ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad.* Esto en tanto la fundamentalidad de un derecho está ligada a la realización de los valores constitucionales que el constituyente quiso elevar a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. No obstante, la Corte también ha sostenido que *una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra muy distinta [...] las vías que se utilicen para este fin* (Sentencia T-016 de 2007), por lo tanto, bajo esta

¹¹ Esta posición ha sido introducida para los casos del derecho a la salud, en las sentencias T-1041-06, T-016-07 y T-760 de 2008, en materia del derecho a la vivienda en la T-585-08, entre otros derechos como la seguridad social o la educación.

interpretación de la Corte, el hecho de que los DESC sean fundamentales no implica necesariamente que sean susceptibles de protección vía acción de tutela, lo cual es discutible en tanto se trata de dos categorías inherentes la una de la otra (Riveros P., 2010).

De esta manera, en sentencias recientes que abordan el tema de acceso al servicio público de acueducto, se ha establecido su interdependencia con los DESC a la vivienda, a la salud y en especial con el derecho al agua potable. Esto en tanto este servicio, de carácter domiciliario, es el medio a través del cual se satisfacen las necesidades más esenciales de la población, por lo que constituye un instrumento que permite asegurar la realización de los fines del Estado Social de Derecho, al comprometer de manera directa derechos de rango constitucional, y garantizar a todos los habitantes una existencia en condiciones dignas (Sentencia T-974 de 2009). No obstante, se continúan sosteniendo los criterios originales establecidos en la Sentencia T-578 de 1992, según los cuales su protección es procedente vía acción de tutela sólo cuando la vulneración o amenaza recaiga sobre un derecho constitucional fundamental, no exista otro medio de defensa judicial y que la acción de tutela sea procedente únicamente como mecanismo transitorio.

Realizada esta claridad sobre el carácter con el que se han interpretado los DESC en la jurisprudencia constitucional, procedemos a analizar las obligaciones que en materia de estos derechos se derivan para el Estado.

A partir de los parámetros dados en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹² la Corte ha sostenido que los DESC como derechos humanos generan tres tipos de obligaciones: “respetar”, “proteger” y “cumplir”. La obligación de respetar implica por parte de los Estados abstenerse de realizar acciones que conlleven “daños irreversibles” o el sometimiento de personas a situaciones contrarias a sus derechos. La protección supone la adopción de medidas encaminadas a regular el comportamiento de terceros, ya sean individuos, grupos, empresas y otras entidades, con el objetivo de impedir que estos interfieran o menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho. Finalmente, la obligación de cumplir genera para el Estado el deber de ejecutar

¹² La Corte ha incluido dentro de los argumentos de sus decisiones recientes, lo propuesto en las Observaciones Generales No. 12, 14 y 15, entre otras.

acciones positivas con el fin de facilitar, proporcionar y promover la plena efectividad del derecho por medio de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales, tendientes a que los individuos y las comunidades disfruten del mayor nivel posible de realización de sus derechos.

Específicamente en cuanto al derecho al agua potable, la Corte ha sostenido que el mismo tiene el carácter de derecho colectivo en tanto patrimonio de la nación y bien de uso público, pero que a su vez su importancia para la subsistencia humana lo convierte en un derecho fundamental (Sentencia C-220 de 2011, M.P. Jorge I. Pretelt Ch.). Al respecto en Sentencia T-418 de 2010, se estableció que *“Ningún sentido tendría pretender asegurar la vida, bien sea humana o de cualquier otra especie, sin asegurar el derecho al agua, en sus dimensiones básicas, como fundamental. No sólo desde el punto de vista científico existe un consenso sobre lo esencial que es el agua para la vida. Muchas de las culturas indígenas y negras de la nación, siguen aportando sus conocimientos ancestrales al respecto, los cuales no han hecho más que insistir en la importancia del agua dentro de nuestro entorno vital; se trata de ideas que anunciaban muchos de los contemporáneos discursos ecologistas.”*

Sobre las obligaciones que se derivan de este derecho, la Corte en sentencias T-888 de 2008, T-418 de 2010, C-220 de 2011, acogió lo establecido en la Observación General No. 15 del CDESC. En esta se consignan las obligaciones positivas y deberes de abstención a cargo de los Estados vinculados al PIDESC. Sobre las obligaciones de respeto, que suponen la no injerencia del Estado directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua, se establecen las siguientes:

- La no denegación o restricción de acceso al agua potable en condiciones de igualdad,
- La no regulación arbitraria de los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua,
- La prohibición frente a la no reducción o contaminación ilícita del agua,
- La no limitación al acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua y su protección en conflictos armados internos.

De otro lado, la observación menciona una serie de obligaciones positivas, es decir, aquellas que requieren de la acción efectiva de los Estados para su cumplimiento. Entre estas se encuentran las generales que emanan propiamente del PIDESC como la garantía del ejercicio de los derechos sin discriminación alguna (art. 2, párr. 2 PIDESC), la adopción de medidas para el respeto de los derechos (art. 2, párr. 1 PIDESC), la realización progresiva de los derechos, y la no regresividad e incumplimiento injustificado en la realización de derechos.

En cuanto a las obligaciones específicas frente al derecho al agua, se encuentran las de proteger y cumplir. Entre la primer categoría se encuentran las obligaciones de facilitar que exigen que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho; y las de promover que imponen al Estado la adopción de medidas para que se difunda la información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua.

La segunda obligación, es decir la de cumplir, es complementada por deberes de reconocimiento del derecho al agua en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la adopción y aplicación de las leyes; la adopción de una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos; la garantía de asequibilidad y la facilitación de un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas. De acuerdo a la Observación, la asequibilidad se puede lograr a través de *la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas; de políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo; y de suplementos de ingresos*. Dichas técnicas y tecnologías se traducen en la instalación de un sistema de acueducto que permita la potabilización del agua y la correcta distribución de la misma, este sistema conforma los servicios para garantizar el saneamiento adecuado.

Siguiendo lo establecido por el CDESCR y la Corte, el garantizar el acceso a los servicios de saneamiento es de suma importancia para la dignidad humana y la vida privada, y la preservación de la calidad de las reservas y recursos de agua potable. Esto en relación con

el derecho a la vivienda y la salud, genera para el Estado *la obligación de ampliar progresivamente los servicios de saneamiento salubres, en particular a las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas, teniendo en cuenta las necesidades de las mujeres y los niños.*

Puede concluirse que la protección del agua como recurso natural y como derecho, exige por parte del Estado el despliegue de una serie de tareas como el mantenimiento de las condiciones naturales que permiten el proceso de renovación del recurso, su uso racional, y el mantenimiento de la calidad del agua disponible, entre otros (Amaya Navas, 2003), obligaciones que bien pueden cumplirse con la instalación del servicio de acueducto y el de alcantarillado, este último con el fin de proteger las fuentes hídricas.

La Categoría de servicio público domiciliario

Como quedó establecido en el aparte anterior, el servicio público de acueducto hace parte de los servicios de saneamiento que permiten a las poblaciones el acceso al agua potable. En este sentido, se hace importante establecer qué aspectos integran la categoría de servicio público.

De acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política de 1991, los servicios públicos se caracterizan por lo siguiente:

- a) Ser una prestación inherente a la finalidad social del Estado;
- b) La garantía de prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional es deber del Estado;
- c) Pueden ser prestados por el Estado de forma directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares; y
- d) Su regulación, inspección y vigilancia está a cargo del Estado.

En consonancia con este artículo, la Corte Constitucional entiende por servicios públicos *“aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda* (Sentencia T-380 de 1994, M.P. Hernando Herrera V.).

Ahora bien, una categoría especial dentro de los servicios públicos es la de servicios públicos domiciliarios. Estos están concebidos dentro del ámbito de las acciones afirmativas del Estado, pues a través de su prestación se garantiza la efectividad y el goce pleno de derechos como la vida, la integridad personal, la salud, la educación, la vivienda en condiciones dignas, el agua potable, el medio ambiente sano y la salubridad pública. La Sentencia de Unificación SU-1010 de 2008, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, los define como: *“aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.”*

Respecto a los elementos fundamentales que integran la categoría de servicio público domiciliario, la Corte desde la Sentencia T-578 de 1992 (M.P, Alejandro Martínez Caballero), estableció los siguientes:

- a) Un servicio público domiciliario puede ser prestado de manera directa o indirecta por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia sobre los mismos.*
- b) Tiene un “punto terminal” en las viviendas o en los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario “la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa”.*
- c) Está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en concreto y de manera directa, atendiendo a las reales circunstancias fácticas en las que se encuentra.*

De estos rasgos es menester resaltar que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia¹³ ha aclarado que los servicios públicos en general y los servicios públicos domiciliarios en especial, han sufrido una transformación a partir de la adopción de un nuevo modelo económico en la Constitución de 1991. Este modelo se caracteriza por que los derechos colectivos son un límite legítimo de la libertad económica, cuyo control y dirección general

¹³ Consejo de Estado, sentencia del 17 de Febrero de 2005, expediente No. 50001 23 31 000 2003 0277 01 27673, Sección Tercera, C. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, posición reiterada en la sentencia del 26 de Enero de 2006, expediente: Ap-54001-23-31-000-2002-01944-01, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; también reiterada en la sentencia del 2 de Mayo de 2007, expediente: 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

está a cargo del Estado. Para el Consejo de Estado, esto resulta un cambio importante en la medida en que obliga al Estado a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, incluso cuando él no sea su directo prestador (Consejo de Estado, Sentencia del 15 de agosto de 2007).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha sido clara al establecer que la intervención en la economía en la prestación de servicios públicos tiene la doble finalidad de defender a agentes económicos y principalmente al usuario final, quien se encuentra en una posición de *subordinación, desventaja e inferioridad frente al prestador del servicio, que exige una tutela especial por parte del Estado social* (Sentencia C-1141 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Respecto al servicio público de acueducto, los Artículos 365 y 366 de la Constitución establecen que este es un servicio a cargo del Estado, y la Ley 142 de forma expresa en su artículo 14 lo designa como un servicio de carácter domiciliario, que genera una obligación en cabeza de los municipios que pueden suministrarlo por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente.

Dentro del ordenamiento jurídico se encuentran la Ley 475 de 1998 y el Decreto 1575 de 2007, que establecen los estándares para la protección y control de la calidad del agua, incluyendo entre ellos las funciones de monitoreo, prevención y control de los riesgos para la salud humana causados por su consumo. Estas normas son de obligatoria observancia para las entidades prestadoras (públicas o privadas) que suministren o distribuyan agua para consumo humano, sea esta cruda o tratada.

Sobre la construcción de los sistemas de acueducto, se manifiesta el Ministerio de Desarrollo Económico a través de la Resolución 1096 de 2000. En ella se entiende por obra pública en el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, todo el proceso que abarca *la conceptualización, el diseño, la construcción, la supervisión técnica, la puesta en marcha, la operación y el mantenimiento de los sistemas de acueducto (...), con el fin de garantizar su seguridad, durabilidad, funcionamiento adecuado, calidad, eficiencia, sostenibilidad y redundancia dentro de un nivel de complejidad determinado*. Estas construcciones deben ser incluidas y acordes al Plan de Ordenamiento Territorial, y la vigilancia sobre las

mismas y la calidad de prestación del servicio, se complementen con la adopción de los planes de gestión y resultados (PGR), que son elaborados por los prestadores del servicio de acueducto y aprobados por el Ministerio de Desarrollo Económico, conforme lo establece el parágrafo del artículo 4 del Decreto 475 de 1998.

Así las cosas, la prestación eficiente del servicio público domiciliario de acueducto constituye una obligación en cabeza del Estado, quien debe suministrar el servicio (directamente o indirectamente), vigilar que sea prestado en condiciones de **eficiencia, continuidad, regularidad y calidad**, y asegurarse de lograr progresivamente la cobertura universal del mismo, debido a su vinculación con los derechos al agua, la salud y a los principios rectores del Estado Social de Derecho como la Dignidad Humana, la solidaridad y la igualdad, que se erigen como los postulados para orientar su prestación.

Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho al agua potable

La Corte ha establecido en su jurisprudencia unos criterios para definir la fundamentalidad del agua y la procedencia de la acción de tutela para su protección. Estos han surgido principalmente en la resolución de casos que tienen como origen controversias surgidas en el ámbito de la prestación de servicios públicos, específicamente como son las medidas de desconexión, suspensión o racionalización del servicio público de acueducto por parte de la empresa o persona prestadora del servicio. En estos pronunciamientos, la Corte parte de la base de que el derecho al agua potable genera la obligación de instalación del servicio de acueducto en el domicilio, y su suspensión o inexistente instalación, suponen *una interferencia en los derechos fundamentales de quienes habitan en dichos domicilios, en tanto se supone que es de él –especialmente en las urbes- de donde se abastecen de agua para alimentarse y asearse con regularidad* (Sentencia C-1108 de 2001). Esto no obsta para que de forma justificada se suspenda la prestación del servicio de acueducto.

Uno de los primeros casos donde se abordó esta temática fue en la Sentencia T-413 de 1995. En ella la Corte decidió sobre la acción de tutela interpuesta por Fernando Agustín Delgado en contra de Benito Martínez, tesorero de la junta administradora del acueducto del perímetro rural de San Agustín, Huila. En la demanda se estableció que el acueducto había sido construido para brindar el servicio de agua potable a 250 familias, pero que el

señor Martínez había autorizado el uso del recurso para riego de tierras, animales y lagos, por lo que se comenzó a restringir el suministro de agua potable para la población.

La Sala se pronunció sobre el agua como derecho fundamental, estableciendo que este derecho “*en cuanto contribuye a la salud, a la salubridad pública, y, en últimas, a la vida, **SI es un derecho fundamental** y que, por el contrario, NO lo es cuando se destina a la explotación agropecuaria o a un terreno deshabitado.*”

A pesar del reconocimiento de su fundamentalidad, la Corte no tutela el derecho al agua teniendo en cuenta únicamente este criterio, sino que concede la tutela acudiendo a la teoría de la conexidad. Al respecto de esta figura, cabe anotar que la misma se desarrolla de forma amplia en la Sentencia de unificación SU-442 de 1997, en la que se definió que la acción de tutela sería procedente aún cuando existieran otros medios judiciales, cada vez que estos fueran insuficientes para garantizar la protección inmediata y efectiva de un derecho fundamental. En este caso específico, la Corte reitera que el derecho de acceso al servicio de acueducto es un derecho colectivo y por regla general, las acciones constitucionales para su protección serían las de grupo y la popular. No obstante, señala que el gozar de un ambiente sano, condición que se logra con la prestación eficiente de los servicios de acueducto y alcantarillado, puede vincularse con la violación de otro derecho fundamental como la salud, la vida o la integridad física. En esta medida, *prevalece la protección del derecho constitucional fundamental y es deber del juez remover todos los obstáculos, ofensas y amenazas que atenten contra éste. En estos casos, como se ha dicho, el Juez al analizar la situación concreta que adquiera las señaladas características de violación de un derecho constitucional fundamental, deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama.*

Sin embargo, esta posición tiende a desestimar el derecho al agua potable como derecho fundamental, pues es claro que en la parte resolutive no se menciona orden alguna encaminada a la tutela de dicho derecho, sino que se elaboran ordenes alrededor de otros derechos expresamente consagrados en la Constitución como la vida o la integridad personal.

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia, se encuentra la sentencia T-888 de 2008, en ella la Corte se pronuncia sobre el derecho de una familia de la ciudad de Montería de

acceder a agua potable de calidad. La tutela tiene su origen en la omisión del municipio en realizar mantenimiento a las redes de acueducto y alcantarillado del barrio Edmundo López, omisión que ocasionó que las aguas negras comenzaran a filtrarse en los conductos del acueducto, por lo que el agua que llegaba a las viviendas no era apta para el consumo humano. Esta sentencia, en términos del profesor Diego Eduardo López (López, 2006), se constituye en un fallo *Hito*, en la medida que da orden al precedente y demarca una postura clara de la sombra decisional, inclinando el balance constitucional hacia el amparo autónomo del derecho al agua potable, y por ende al acceso al servicio público de acueducto.

Dentro de las razones motivadas del fallo, la Sala menciona que *el agua potable constituye un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas cuando está destinada al consumo humano* (Subrayas nuestras). En esa línea, la Corte plantea que el derecho al agua puede protegerse autónomamente por medio de la acción de tutela, estableciendo para su procedencia los siguientes supuestos:

- *Se demuestre que se **requiere para el consumo humano**, pues en caso contrario no se trata de un derecho fundamental y, por lo tanto, no debe utilizarse este mecanismo procesal sumarial sino la acción popular;*
- *Se **pruebe** que el agua que se ofrece al accionante y/o a una comunidad determinada **se encuentra contaminada** o no se presta en condiciones aptas para el consumo de las personas de acuerdo a lo establecido en la Sentencia (T-576 de 2005) y,*
- *Los usuarios cumplan con los requisitos señalados en la ley y los reglamentos para la instalación del servicio público tal como se establece en la Sentencia T-636 de 2002.*

Estos requisitos fueron ratificados y ampliados en la sentencia T-381 de 2009, en la que se establecieron otras subreglas como parte de los parámetros que se tienen en cuenta para tutelar el derecho de acceso al agua potable. Entre los requisitos, se reitera que este es un derecho fundamental sólo cuando se trata de agua destinada al consumo humano, y señala que el mismo *puede ser protegido por vía de tutela, que desplaza la acción popular,*

cuando existe afectación particular del derecho fundamental en cabeza de una, varias o múltiples personas, o cuando existe la amenaza de consumación de un perjuicio irremediable en la órbita de este derecho fundamental. Sin embargo, de la redacción de este párrafo surgen inquietudes en tanto no es claro si se refiere a la protección autónoma vía acción de tutela del derecho fundamental al agua o si por el contrario cuando habla de derecho fundamental, se refiere a otros derechos, lo cual implicaría el uso de la figura de la conexidad.

En la Sentencia T-279 de 2011, la Corte analiza el caso en el que la empresa Proactiva aguas de Montería E.S.P se niega a instalar el servicio de acueducto a una vivienda de propiedad de un padre cabeza de familia, argumentando el no pago de una deuda que el antiguo propietario del lote donde había sido construida la vivienda tenía con la empresa. En esta sentencia se incluye otro requisito referente a que sea posible establecer que *quien reclama la protección de este derecho que ha cobrado el carácter de fundamental, ha realizado unas mínimas actuaciones ante la empresa que presuntamente lo está vulnerando*; esto es, que haya agotado la vía gubernativa presentado las respectivas solicitudes ante la empresa prestadora del servicio e interpuesto los recursos de ley de acuerdo a la naturaleza de la respuesta de la entidad.

Estos requisitos guardan relación con un aspecto que la Corte ha venido delimitando, el cual es la protección vía acción de tutela del derecho al agua cuando se ha suspendido el servicio de acueducto por el incumplimiento sucesivo en el pago del mismo por parte del suscriptor o beneficiario. Al respecto, esta Corporación ha sido clara en establecer que si bien la empresa prestadora del servicio está legitimada por la ley para suspender el servicio en caso de no pago oportuno, dicha acción es improcedente cuando: existe violación de las garantías del derecho al debido proceso, a pesar de cumplir con el debido proceso se desconozcan derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos, se limite el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos, y se afectan gravemente las condiciones de vida de una comunidad (Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel J. Cepeda).

Respecto a la protección de sujetos como mujeres en estado de embarazo o lactancia, niños, ancianos, discapacitados y demás personas que han sido tradicionalmente discriminadas, y a quienes la suspensión del servicio por cese de pagos pueda ocasionar una afectación a sus derechos constitucionales, la Corte agrega que el incumplimiento en la obligación económica del suscriptor, sea este el sujeto especialmente protegido o a quienes cuidan de él, no debe ser imputable a la voluntad del mismo.¹⁴ De lo contrario, si el suscriptor tiene la capacidad económica y no cancela el servicio por mera liberalidad, no procede el amparo vía tutela del derecho al agua.

Por otro lado, la Corte ha sido clara al establecer que la acción de tutela resulta improcedente bajo los siguientes supuestos: inexistencia de perjuicio irremediable, ausencia de sujeto activo del derecho de acueducto y alcantarillado, personas jurídicas o situaciones en las que el agua no esté destinada al consumo humano. Con relación a las personas jurídicas, se declaró improcedente la Acción de Tutela interpuesta por una entidad propietaria de unos predios deshabitados en la sentencia T-578 de 1992; en este fallo se planteó que *el derecho fundamental al servicio de acueducto y alcantarillado no está en el caso directamente relacionado con los derechos fundamentales de las personas naturales, por encontrarse deshabitado el lugar, y la solicitud de protección proviene de una persona jurídica, que, por definición no requiere, como las personas naturales, del agua.*

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos con anterioridad, la Corte decidió no tutelar el derecho de acueducto y alcantarillado, debido a que el accionante no acreditó *que la vulneración o amenaza recayó sobre un derecho constitucional fundamental, que no existió*

¹⁴ Esta regla fue utilizada en la Sentencia T-270 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería, en la cual la Corte estimó *imperativo ordenar la reconexión de los servicios de agua potable y energía eléctrica, en el hogar de una señora cuyo estado de salud exigía un tratamiento a domicilio que demandaba un consumo importante de energía y agua potable, servicios que no podía pagar debido a que estaba desamparada y sin recursos.* También fue aplicada en la Sentencia T-546 de 2009, M.P. María Victoria Calle, en la que se tuteló el derecho al agua y al debido proceso de una madre cabeza de hogar y su núcleo familiar compuesto por su compañero permanente y dos hijos menores, luego de que les fuera suspendido el servicio de acueducto por la empresa prestadora aún cuando mediaba un acuerdo de pago que la usuaria estaba cumpliendo oportunamente. Igualmente en Sentencia T-471 de 2011, M.P. María Victoria Calle, se tuteló el derecho al agua potable, de una madre cabeza de hogar quien al atrasarse en los pagos le fue suspendido el servicio, sin entrar a considerar que sus hijos eran menores de edad y que entre ellos había uno que presentaba vejiga neuropática que es una patología que demanda importantes cantidades de agua potable, para efectos de practicar lavados colónicos diarios y cateterismos vesicales.

otro medio de defensa judicial o que la acción de tutela a pesar de existir otro medio de defensa judicial fuese procedente como mecanismo transitorio.

De acuerdo con lo enunciado previamente, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y procedente para proteger el derecho al agua potable de forma autónoma, cada vez que esta sea destinada para el consumo humano, y por ende se convierte en el mecanismo adecuado para exigir a las autoridades públicas y los particulares la adecuada, eficiente y oportuna prestación del servicio público de acueducto, en tanto este es el medio por el cual se garantiza el acceso al derecho.

CONCLUSIONES

La interdependencia en la clasificación de los derechos humanos permite una mayor comprensión de las múltiples dimensiones y asociaciones que existen entre el ejercicio de los diversos derechos, sean estos de autonomía, de participación, derechos sociales o colectivos, y la realización del proyecto de vida, no solo del sujeto sino de las comunidades. De esta manera, es claro que esta teoría va más allá de la defensa simple y absoluta de un derecho con garantía reforzada cuando este se vulnera por la afectación de un derecho constitucional como lo plantea la tesis de la conexidad. Por el contrario, hablar de interdependencia implica que cada derecho tiene el mismo grado de importancia y por tanto el mecanismo para su protección debe ser igualmente efectivo, adecuado e idóneo.

A nivel internacional se vislumbra que el derecho al agua adquirido una mayor importancia en el plano regulatorio, lo cual está asociado a los retos que plantea la relación entre el cambio climático y el crecimiento demográfico respecto a la satisfacción de necesidades básicas para la subsistencia humana como son la alimentación y el acceso a agua potable. Sobre este aspecto, según los datos expuestos en Water.org (2012), basados en los distintos informes Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo,¹⁵ cerca de 3575 millones de personas mueren cada año en el mundo por enfermedades relacionadas con agua, saneamiento e higiene. Por ejemplo cerca de 1,5 millones de muertes por año son causadas

¹⁵ Datos extraídos del Reporte de Desarrollo Humano del 2006: Más allá del poder, pobreza y crisis mundial de agua; Reporte de desarrollo del agua mundial de las Naciones Unidas del 2009: Agua en un mundo cambiante. Estos se complementan con el informe de la UNICEF sobre el Programa de seguimiento y articulación para el agua y saneamiento: progreso en saneamiento y agua potable para bebida, correspondiente a los años 2010-2012.

por la diarrea, que supera las cifras de muertes por malaria, el SIDA, y el sarampión combinados. En materia de carencia de agua, 884 millones de personas no tienen acceso a agua potable y solamente el 63% de la población mundial tienen viviendas conectadas a un sistema de saneamiento.

Cuando se tienen en cuenta estos datos, se hace evidente la necesidad de la existencia tratados de derechos humanos que consagren la protección autónoma del derecho humano al agua potable, y en esta medida más pronunciamientos como los establecidos por el Comité DESC en la Observación General No. 15, en los que se delimiten las obligaciones de los Estados alrededor de este derecho. Cabe anotar que esta Observación tiene a nivel internacional un carácter vinculante en tanto norma de interpretación, lo cual es notorio en tanto es el documento que ha guiado las decisiones de los jueces a nivel interno como ocurre con la Corte Constitucional colombiana y de Cortes internacionales como la Interamericana.

Sin embargo, a nivel internacional persiste el reto de adoptar una norma que permita la justiciabilidad del derecho al agua de forma autónoma, pues hasta la fecha los fallos han girado en torno a la relación entre este derecho y otros consagrados expresamente en tratados de derechos humanos

En el caso de Colombia, el análisis jurisprudencial realizado en este documento permite establecer que el carácter de derecho fundamental del agua ha sido un avance que se ha dado en sede judicial, más no a nivel legislativo. Es evidente que la ley no considera el derecho como tal, sino que lo liga al acceso al servicio de acueducto el cual es un derecho colectivo de acuerdo al artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

Sobre el avance de la jurisprudencia de la Corte es claro que el mismo se dio de forma paulatina, pasando de considerar el agua potable como un DESC, que solo adquiriría el carácter de derecho fundamental cada vez que estuviera en conexidad con un derecho con garantía constitucional reforzada como la vida; a considerarlo como un derecho fundamental autónomo susceptible de ser protegido directamente por vía acción de tutela.

Esta regulación, también plantea una limitante a la libre empresa de aquellas entidades dedicadas a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, pues a pesar de la legitimidad que tienen estas para exigir el pago al suscriptor por la prestación del servicio, esta facultad se ve limitada en virtud del carácter fundamental del agua potable y de su vinculación con la satisfacción de las necesidades básicas de grupos de especial protección constitucional.

Debe establecerse que el cambio jurisprudencia que asume la Corte en 2007 sobre considerar todos los derechos constitucionales, entre ellos los DESC, como fundamentales, sumado a la inclusión de los dispuesto en la Observación General No. 15, y a la existencia de grupos vulnerables que requieren una protección reforzada por parte del Estado, ha dado origen a la tutela autónoma del derecho al agua potable. Esto no ha ocurrido con otros DESC, como la salud frente a los que la Corte continua sosteniendo la posición, muy criticable, según la cual el carácter “fundamental” de un derecho no implica *per se* que el mecanismo para su protección comparta esa misma calidad, restringiendo de esta manera la acción de tutela en estos casos.

Finalmente, cuando se revisa la jurisprudencia, la mayoría de casos encontrados en los que se ha tutelado el derecho al agua y por consiguiente la presentación oportuna y eficiente del servicio de acueducto, tienen como hecho común que se trata de comunidades o personas socioeconómicamente marginadas. Sus carencias expresan la realidad de varios grupos humanos que en Colombia habitan en sitios en donde el Estado, representado por los municipios en estos casos, no ha cumplido con su deber constitucional de garantizar el acceso a los servicios públicos como una de las formas que concibe la Constitución para la realización de los fines del Estado Social de Derecho. De esta manera las sentencias de la Corte sobre este tema constituyen un llamado de atención para las autoridades estatales, llamado que debería ser asumido también por la sociedad civil organizada con la misma importancia que se le da a otros temas coyunturales de la agenda nacional como la reforma en la Justicia, la reforma política o el TLC.

LISTA DE REFERENCIAS

- Amaya Navas, O. D. (2003). La protección del aguan en Colombia dentro del marco de la Constitución Política y ecológica de 1991. En O. D. Amaya Navas, *Derecho de aguas, Tomo 1* (págs. 101-124). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales* . Bogotá: Universiad Nacional de Colombia, Legis.
- Comité de los derechos del niño . (2005). Observación general No. 7. Ginebra : Organización de las Naciones Unidas.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1999). Recomendación General No. 24. Organización de las Naciones Unidas.
- Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (Fondo, reparaciones y costas), Serie C-125 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Junio de 2005).
- Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C-214 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Agosto de 2010).
- Consejo de Estado, Sentencia del 15 de agosto de 2007, AP-88001-23-31-000-2005-00004-01 (Consejo de Estado, Sección Tercera 2007).
- Courtis, C. (2010). Tres discusiones sobre derechos sociales. En C. Courtis, *Estudios sobre derechos humanos y justicia*. Buenos Aires .
- Garcia, A. (2008). *El derecho humano al agua*. Madrid: Trotta S.A.
- López, D. E. (2006). La línea Jurisprudencial: Análisis denámico de precedentes. En D. E. López, *El Derecho de los Jueces* (pág. 400). Bogotá: Legis.
- Mcnulty, William E. (2010). El agua dulce del munco. *National Geographic*, 11.
- Nebel, B. J. (1999). *Ciencias Ambientales, Ecología y desarrollo sostenible*. México: 1999.
- Riveros P., D. F. (2010). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructura. *Revista Derecho del Estado, No. 24*, 29-43.
- Sentencia T-380 de 1994, M.P. Hernando Herrera V., T-40.164 (Corte Constitucional 31 de Agosto de 1994).
- Sentencia T-413 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero., T-71043 (Corte Constitucional 13 de Septiembre de 1995).

Sentencia SU-442 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara., T- 120950, T-124621 (Corte Constitucional 16 de Septiembre de 1997).

Sentencia C-1141 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, D-2830 (Corte Constitucional 30 de Agosto de 2000).

Sentencia C-1108 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar G., Marco G. Monroy C., D-3507 (Corte Constitucional 24 de octubre de 2001).

Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel J. Cepeda, D-4194 (Corte Constitucional 25 de Febrero de 2003).

Sentencia T-270 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería., T-1426818 (Corte Constitucional 17 de Abril de 2007).

Sentencia T-888 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra., T-1822669 (Corte Constitucional 12 de noviembre de 2008).

Sentencia T-888 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra., T-1822669 (Corte Constitucional 12 de noviembre de 2008).

Sentencia T-381 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub., T-2104916 (Corte Constitucional 28 de Mayo de 2009).

Sentencia T-546 de 2009, M.P. María Victoria Calle., T-2259519 (Corte Constitucional 6 de Agosto de 2009).

Sentencia C-220 de 2011, M.P. Jorge I. Pretelt Ch., D-8241 (Corte Constitucional 29 de Marzo de 2011).

Sentencia T-279 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva., T-2935467 (Corte Constitucional 12 de Abril de 2011).

Sentencia T-471 de 2011, M.P. María Victoria Calle., T-2807622 (Corte Constitucional 13 de Junio de 2011).

Tobón Quintero, G. J. (2007). Desarrollo, conflicto y conflicto armado. En O. L. Castillo Ospina, W. Chavarro Rojas, M. T. Matijasevic Arcila, P. A. Ramos Barón, H. Rojas Pinilla, J. E. Serrano Ordóñez, y otros, *El desarrollo ¿Progreso o ilusión? Aporte para el debate desde el ámbito rural* (págs. 45-62). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Uprimny Y., R. (2006). Concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos. En R. Uprimny Y., *Derechos Humanos y derecho internacional humanitario* (págs. 8-31). Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

Water org. (2012). *Water.org*. Recuperado el 16 de Mayo de 2012, de Water.org:
<http://water.org/>