

El derecho humano al agua potable: entre un reconocimiento popular y jurisprudencial

The human right to drinking water: from a popular and jurisprudential recognition

Autor: RICARDO MOTTA VARGAS

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.30>

**EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE:
ENTRE UN RECONOCIMIENTO POPULAR
Y JURISPRUDENCIAL***

**THE HUMAN RIGHT TO DRINKING WATER:
FROM A POPULAR
AND JURISPRUDENTIAL RECOGNITION**

**O DIREITO HUMANO À ÁGUA:
UM PROBLEMA
DE RECONHECIMENTO POPULAR**

Ricardo Motta Vargas**

mottaricardo@hotmail.com

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca

Recibido por académico: 14-04-2011. Aceptado: 27-07-2011

RESUMEN

El derecho humano al agua es un tema prioritario en el siglo XXI para los Estados, y el problema de su escasez en los próximos años es una amenaza muy grande y latente para todas las regiones de Colombia. El objeto de este análisis es abordar el proceso jurídico de reconocimiento jurisprudencial del derecho humano al agua potable a través de las decisiones de la Corte Constitucional y el intento fallido de un referendo por el agua con un respaldo popular significativo promovido por la sociedad civil. Metodológicamente se utilizó fuentes documentales, aplicando los métodos analítico-deductivo, inductivo y comparativo que sintetizaron las discusiones planteadas en torno a su reconocimiento como derecho.

PALABRAS CLAVE

Iniciativa popular, derecho humano, mínimo vital al agua.

ABSTRACT

The human right to water is a priority issue in the 21st century for the States, and the problem of its scarcity in the next few years is a very large and latent threat to all the regions of Colombia. The purpose of this analysis is addressing the legal process of jurisprudential recognition of the human right to clean water through the decisions of the Constitutional Court and the failed attempt of a referendum by the water with a significant popular support promoted by civil society. You are methodologically

* Este artículo de reflexión es parte de la investigación finalizada sobre la problemática del agua en Colombia, que viene realizando el autor para la producción de un texto científico en el manejo ambiental del recurso hídrico.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Derecho Administrativo del Colegio Mayor del Rosario, Derecho Constitucional de la Universidad Nacional, Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Profesor de Derecho Constitucional Universidad Republicana. Profesor de Sociología jurídica de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Candidato a maestría en Educación con la Universidad Libre y las Tunas Cuba. Autor del libro *Ordenamiento territorial en el quinquenio* de Rafael Reyes y otros ensayos jurídicos.





use documentary sources, using the analítico-deductivo, inductive and comparative methods that synthesized the discussions raised on its recognition as a right.

KEY WORDS

Popular initiative, human rights, minimal vital quantity of water.

SUMÁRIO

O direito humano à água é uma questão prioritária no século XXI para os Estados, e o problema da sua escassez nos anos que vêm é uma ameaça bem grande e latente para todas as regiões da Colômbia. O objetivo desta análise é a abordagem do processo legal de convocar um referendun sobre a água com o apoio significativo da população para o reconhecimento constitucional do direito à água como um direito fundamental, para garantir um mínimo vital da água para a povoação colombiana. Metodologicamente foram usadas fontes documentais, aplicando os métodos analítico-dedutivo, indutivo e comparativo que sintetizaram as discussões enfocadas em torno da sua privatização. Concluimos que este processo popular em defesa da água, apoiado por tratados internacionais que fazem parte do jus constitucional é uma ferramenta legal da sociedade para evitar a comercialização da água.

PALAVRAS-CHAVE

Referendo, iniciativa popular, direito humano, mínimo vital de água.

INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la ley 142 de 1994, ley de servicios públicos domiciliarios, se dio en Colombia un giro importante en todo lo referente al suministro de este líquido. El Estado inició la venta de acueductos municipales a las empresas privadas y el sector empresarial inició ofertas para brindar agua potable. Varios años después de expedida la ley los resultados ofrecidos por el sector empresarial no son los más adecuados para algunas regiones del país. Muchos municipios hoy carecen de un suministro de agua potable y el reconocimiento de un derecho humano al agua no garantiza una cobertura nacional. Además las tarifas de aguas se incrementaron en los últimos años, con una mala distribución del líquido y un suministro de baja calidad de agua.

Ante esta situación difícil del agua en el país y su disminución por factores como el aumento de la población, la contaminación, la deforestación y el calentamiento global, llevaron desde el año 2007 la iniciativa popular de un referendo por el derecho humano al agua y asegurar un mínimo vital gratuito por parte de ambientalistas, organizaciones sociales y comunitarias a promover esta iniciativa con un respaldo de más de dos millones de firmas con el fin de reconocer constitucionalmente el derecho fundamental al agua.

La iniciativa popular se concentró en cuatro puntos fundamentales para lograr el gran sueño de los ambientalistas de cubrir el 80% de la población colombiana de recibir agua segura para el consumo humano. Estas ideas básicas fueron: 1. Que el acceso al agua sea un derecho fundamental. 2. Que se garantice un mínimo vital gratuito para los hogares colombianos. 3. Que los servicios de acueducto no se



privaticen. 4. Que se garantice la conservación del medio ambiente en el suministro del agua.

El presente informe de reflexión de investigación busca analizar en el campo sociojurídico, la importancia de un reconocimiento del agua como un derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte en aplicación de la figura del bloque de constitucionalidad y las implicaciones en la sociedad civil en el desarrollo de una iniciativa popular que finalmente no le interesó al poder legislativo en su discusión.

La prioridad del agua potable para Colombia será contundente para su desarrollo en los próximos 20 años. En este punto la investigación arroja varios resultados obtenidos, tales como la evolución jurisprudencial en los últimos años del reconocimiento de un derecho fundamental al agua.

I. PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN

Implicaciones sociojurídicas que ha generado el reconocimiento jurisprudencial del derecho humano al agua como un derecho humano autónomo en aplicación de instrumentos internacionales como la observación No 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales que hacen parte del bloque de constitucionalidad

II. HIPÓTESIS

El reconocimiento jurisprudencial del agua como un derecho humano y la iniciativa de la sociedad civil de haber promovido una convocatoria popular se traducen en considerar que el agua no siempre es un bien económico de consumo, sino que también es un bien social y cultural ligado a derechos humanos fundamentales que hacen parte de nuestro sistema constitucional como un derecho innominado.

III. METODOLOGÍA

Esta investigación se enmarcó en la utilización de los métodos deductivo, inductivo, análisis y síntesis, en interpretación de varios fallos de la Corte Constitucional. Se partió del razonamiento legal hasta llegar a evaluar más estructuralmente las políticas de privatización del agua. Además, desde un enfoque dialéctico se apuntó a reconocer las ambivalencias y contradicciones que ha relacionado el proceso de convocatoria popular. Se elaboró un estado del arte sobre el tema del agua como derecho humano, se consultó documentación oficial, de entidades como el DANE, Viceministerio del Agua, Congreso de la República y Planeación Nacional. Además la consulta y análisis de normas internacionales que amparan los derechos fundamentales, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre pronunciamientos al derecho al mínimo vital desde los años de 1997 al 2001.

IV. RESULTADOS

EL AGUA EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

A. DESARROLLO HISTÓRICO DE UNA CONVOCATORIA POPULAR FRUSTRADA

La crisis del agua y sus altos costos en el año 2005 conllevaron a la ONG ambientalista Ecofondo a la iniciativa de promover la campaña del agua como un





bien público. Esta campaña tomó fuerza en la reunión del 27 de mayo del año 2007 en el humedal la Conejera con la presencia de más de 70 entidades y la invitación del profesor español Pedro Arrojo Agudo ganador del premio Goldman de medio ambiente en el año 2003. En aquella histórica reunión surgió la idea de conseguir un gran respaldo popular de firmas para la convocatoria de un referendo popular de reforma a la Constitución para reconocer el agua como un bien público y un derecho fundamental.

Este acto del 27 de mayo se convirtió en un símbolo de defensa nacional por el agua, integrando un comité para la promoción del referendo, que estuvo acompañado de artistas, y danzas indígenas como expresión al respaldo popular en defensa del recurso hídrico. El comité de promotores del referendo por el derecho humano al agua quedó conformado así:

Rafael Colmenares, ECOFONDO; Tatiana Roa Avendaño, CENSAT AMIGOS de la TIERRA; Humberto Polo, SIMTRAEMSDES; Martha Cañón, AVOCAR; Óscar Gutiérrez, Unión Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos; Héctor Gañan, ONIC; Javier Márquez, PENCA de SABILA; Cristo Miranda, Acueductos Comunitarios; Rodrigo Acosta CUT.

A partir de esta fecha se inicia la recolección de firmas por más de 70 organizaciones, incluyendo los grupos indígenas, por todo el territorio nacional. Un informe de la Defensoría del Pueblo en el año 2006 señalaba que un total de 801 municipios de Colombia, es decir un 84%, no se surte de agua apta para el consumo humano y sus acueductos, desde el año de 1993, han iniciado procesos de privatización con precarias infraestructuras.

En enero del año 2008 la registraduría reconoció al Comité de Promoción del referendo al lograr la presentación de más de 2.420.000, firmas, cifra superior a la que exige la ley 134 de 1994, para la constitución del comité promotor. El 14 de octubre del año 2008 el Comité presenta el proyecto de ley para la convocatoria del referendo a la Cámara de Representantes, con un respaldo de 2.039.000 firmas, validadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil (Colmenares, 2008, pp. 208-209).

Uno de los objetivos importantes de la iniciativa popular fue detener el acelerado proceso del ingreso de las transnacionales que vienen monopolizando el denominado mercado del agua en el país. Con la expedición de la ley 142 de 1994, se abrió el camino para un nuevo esquema de servicios públicos pagados por los usuarios, no solamente el suministro del agua, sino también los gastos administrativos y financieros de estas empresas privadas que prestan servicios públicos domiciliarios.

El siguiente fue el articulado acordado por el comité en la presentación del texto al Congreso de la República:

- TÍTULO I DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Artículo nuevo

El Estado debe garantizar la protección del agua en todas sus manifestaciones por ser esencial para la vida de todas las especies y para las generaciones presentes y futuras. El agua es un bien común y público.



- TÍTULO II CAPÍTULO I DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
Artículo nuevo
El acceso al agua potable es un derecho humano fundamental. El Estado tiene la obligación de suministrar agua potable suficiente a todas las personas, sin discriminación alguna y con equidad de género. Se debe garantizar un mínimo vital gratuito.
- TÍTULO II CAPÍTULO II DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES
Parágrafo nuevo, artículo 63
Todas las aguas, en todas sus formas y estados; los cauces, lechos y playas, son bienes de la nación, de uso público. Se respetará una franja de protección de los cauces de ríos, lagos y humedales. Las aguas que discurren o se encuentran en territorios indígenas o en los territorios colectivos de las comunidades negras son parte integrante de los mismos. Se garantizará además el valor cultural del agua como elemento sagrado en la cosmovisión de los grupos étnicos.
- TÍTULO II CAPÍTULO III DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DEL AMBIENTE
Parágrafo nuevo, artículo 80
Los ecosistemas esenciales para el ciclo del agua deben gozar de especial protección por parte del Estado y se destinarán prioritariamente a garantizar el funcionamiento de dicho ciclo, sin vulnerar los derechos de las comunidades que tradicionalmente los habitan, procurando modelos de uso sustentable, de tal manera que se disponga de agua abundante y limpia para todos los seres vivos.
- TÍTULO XII RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA
Parágrafo nuevo, artículo 365
El servicio de acueducto y alcantarillado será prestado en forma directa e indelegable por el Estado o por comunidades organizadas. Las entidades estatales o comunitarias que se organicen para dicha prestación no tendrán ánimo de lucro y garantizarán la participación ciudadana, el control social y la transparencia en el manejo de los recursos y demás aspectos de la operación.
Las comunidades organizadas para la prestación de estos servicios se fundamentarán en la autogestión, para lo cual todos sus integrantes acordarán las modalidades de gestión económica necesarias para su funcionamiento. Dichas comunidades recibirán apoyo del Estado para garantizar la cobertura y potabilización del agua que suministren.

B. UN MÍNIMO VITAL GRATUITO DE AGUA

Una de las propuestas interesantes del referendo por el agua fue reconocer constitucionalmente un mínimo vital gratuito para los hogares colombianos. La tesis del mínimo vital se desarrolla con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 1992 en materia laboral y posteriormente se extendió a varios campos en entre 1997



y 2000. La jurisprudencia desarrolla el concepto al mínimo vital como un derecho fundamental innominado, que se desprende de una interpretación sistemática de la Constitución y uno de los primeros reconocimientos fue el derecho a la subsistencia. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de condiciones dignas para vivir, con dignidad, es una tesis central del fenómeno epistemológico del mínimo vital (Arango y Lemaitre, 2002, pp. 12-14).

La Corte Constitucional desarrolló el concepto del mínimo vital como un mínimo de condiciones necesarias para vivir en dignidad de cualquier persona, y como consecuencia de eso la jurisprudencia sobre el mínimo vital ha favorecido a diversas minorías en el Estado Social de Derecho. En Sentencia SU-111 de 1997 la Corte considera que los derechos económicos y culturales tienen conexidad con pretensiones amparables por acción de tutela.

La primera sentencia en que la Corte Constitucional relaciona el concepto del mínimo vital es la T- 426 de 1992 y fija una subregla constitucional en estos términos: "La tutela procede por violación al derecho fundamental al mínimo vital cuando está en peligro el mínimo vital de las personas y el Estado, pudiendo prestar el apoyo material mínimo, no lo hace" (Corte Constitucional de Colombia, Sala de Tutela T-426 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

El manejo constitucional de este derecho innominado al mínimo vital influyó mucho para el movimiento del referendo, al reconocer por las vías constitucionales el derecho al mínimo vital en varios asuntos para la vida de los colombianos. En la exposición de motivos los promotores de la iniciativa popular relacionan los principios y normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad para el reconocimiento del derecho humano al agua como fundamental. Se tienen en cuenta las consideraciones hechas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual define el agua como un recurso natural limitado y un bien público para la vida y la salud y afirma además que debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico (Exposición de motivos del proyecto de ley 171 de 2008).

C. MÍNIMOS VITALES E INDICADORES DE PROGRESIVIDAD

Los DESC son derechos fundamentales prestacionales; los Estados y en ocasiones los particulares tienen la obligación de realizar todas aquellas acciones que conduzcan a su cumplimiento real. Los Estados deben implementarlos progresivamente en la medida en que sus recursos lo permitan.

Según el artículo No.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cada uno de los Estados partes en el presente pacto se comprometen a adoptar las medidas tanto por separado, como mediante la existencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna la plena efectividad de los derechos (Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales fue ratificado por Colombia en 1969).

El mínimo vital se define como un derecho fundamental innominado o Derecho a la Subsistencia y esto surge de la interpretación holística de la Constitución Política y del Bloque de Constitucionalidad. Los mínimos vitales son un mínimo de condiciones materiales necesarias para llevar a una existencia digna, garantizadas a su vez por la



observancia de otros derechos. En esta situación el derecho al mínimo vital al agua hace parte del principio de progresividad, regulado en el Protocolo Internacional de San Salvador.

La progresividad exige a las autoridades estatales desarrollar gradualmente los derechos económicos sociales y culturales para corregir graves desigualdades sociales y promover mejores condiciones de vida, entre ellos brindar agua potable, a la totalidad de la población como un bien de uso público

D. LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS DE LA PROPUESTA

El proyecto de la iniciativa popular se radicó en la comisión primera de la Cámara con el proyecto No. 171 de 2008; infortunadamente, para octubre de 2008, el informe de ponencia para el primer debate refleja sustanciales modificaciones al texto original. El informe reconoce que la tendencia universal es la de reconocer de manera positiva el derecho humano al agua, en razón a la importancia que representa para la vida, como lo confirman las declaraciones del exsecretario de las Naciones humanas Kofi Annan, quien expresó que el acceso al agua potable es una necesidad fundamental para el ser humano y un derecho básico. El agua contaminada pone en riesgo la salud física y social de las personas, además de constituir una ofensa para la dignidad humana (Informe de ponencia primer debate proyecto ley No. 171 de 2008, octubre 27 de 2008).

E. MODIFICACIONES AL TEXTO ORIGINAL

1. Se eliminó la consagración del derecho fundamental al agua potable.
2. Se dejó intacto el reconocimiento del agua como bien común y público.
3. Se eliminó el uso prioritario de los ecosistemas esenciales al ciclo del agua para este fin.
4. Se eliminó la prohibición de privatizar la gestión del agua y del servicio de acueducto y alcantarillado, sin ánimo de lucro.
5. No se habla de derecho humano al agua, sino condición esencial.
6. Se eliminó el parágrafo del Art 365. C.P. que disponía lo siguiente: "El servicio de acueducto y alcantarillado será prestado en forma directa e indelegable por el Estado o por comunidades organizadas".
7. Se adicionó lo siguiente: "Sin perjuicio del Estado las aguas que discurren o se encuentran en territorios indígenas o en territorios colectivos de las comunidades negaras son parte integrante de los mismos".
8. Se adicionó que las aguas que nacen y mueren en la misma heredad son privadas, imponiendo así una excepción al principio de que todas las aguas son bienes de uso público.

F. EL FINAL DE UNA PROPUESTA POPULAR

Al final del gobierno de Álvaro Uribe Vélez los tres referendos propuestos en diversos temas sufrieron suspensión en sus discusiones y la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexecutable la ley 1354 de 2009, mediante la





cual se pretendía convocar al referendo para la segunda reelección de Uribe Vélez, dispuso un antecedente importante en estas convocatorias populares en relación a las facultades del Congreso de prohibir sus modificaciones en sus procesos deliberativos.

La propuesta popular de convocatoria del referendo por el agua, con un respaldo civil de más de dos millones y medio de firmas, se convirtió en la Cámara de Representantes en una discusión política entre las bancadas gobiernistas y los movimientos de oposición al gobierno de Álvaro Uribe. La bancada del Polo propuso sostener el texto original y el partido de la U como sus seguidores se sostuvieron en las modificaciones anteriormente referidas. La Cámara de Representantes, el 18 de mayo de 2010, presentó a consideración la propuesta del representante Navas Talero de votar por el texto original. La votación originó 70 a favor y 13 en contra y al no alcanzar la mayoría calificada de la mitad más uno de los miembros de la Cámara la propuesta fue negada.

Por consiguiente el final de una propuesta popular en el Congreso demuestra la precaria democracia colombiana en las iniciativas legislativas con un alto respaldo del censo electoral. Sus promotores defendieron la propuesta en foros y encuentros ambientales con lenguaje político de controvertir el gobierno de turno, en temas muchas veces ajeno al derecho ambiental. Pero los procesos de privatización de servicios públicos se incrementaron y los municipios se endeudaron con los proyectos costosos de los planes departamentales de agua potable.

V. LA PROGRESIVIDAD JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO HUMANO AL AGUA

Como se afirmó anteriormente el acceso al agua potable es un derecho humano que se sitúa en los denominados DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y en el desarrollo de las observaciones sobre estos pactos proferidos por la ONU. Pero el consenso de este acceso al agua desaparece cuando se trata de un reconocimiento humano fundamental en la Carta Política, que generó una tensión al Estado en la discusión política del referendo y una posible amenaza económica de limitar el negocio de las multinacionales del agua.

La doctrina constitucional diferencia el concepto de derecho humano y derecho fundamental. Por ejemplo el profesor Uprimny (1996) manifiesta que tal diferencia radica en que el primero es un concepto éticopolítico e internacional y el segundo es una categoría del derecho constitucional y de un fuero del derecho interno de las constituciones políticas (pp. 53-54).

El profesor español Antonio Pérez Luño (1998) sostiene que para evitar estos inconvenientes de distinción entre estos derechos sostiene: "Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidas en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivización no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por del derecho positivo" (pp. 46-47).



Ahora bien la Corte Constitucional desde el año de 1992 en su sentencia T-002 de 1992 ha señalado varios criterios para reconocer un derecho fundamental que pueda ser amparados por tutela independientemente de su distinción formal que consagra la C.P de 1991 en su artículo 85 (derechos de aplicación inmediata).

Los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales son para la Corte un criterio auxiliar que puede ser utilizado por los operadores judiciales que fallen tutelas. En la sentencia T-406 de 1992, la más grande pieza magistral académica de Estado Social de Derecho se indican otros criterios como la conexidad con principios y la aplicación inmediata y directa (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992, MP Ciro Angarita).

La evolución de estos criterios en la Corte Constitucional ha desarrollado el debate de fundamentar unos derechos innominados como fundamentales, como consecuencia de la interpretación holística de la constitución. La jurisprudencia constitucional desde el año 1997 reconoce el derecho al mínimo vital como un derecho fundamental innominado que no se consagra expresamente en la constitución, especialmente en temas laborales, despidos injustos de mujeres embarazadas, pensiones, derecho de subsistencia y personas en estado de indefensión.

En el caso del derecho al agua potable como fundamental que el constituyente no reconoció expresamente como fundamental no queda excluido de la evolución de progresividad de la Corte Constitucional en sus derechos y esos pronunciamientos de tutela del agua como fundamental desde el año de 1995 manifiestan una calificación de un derecho fundamental al agua potable como innominado. La figura del bloque de constitucionalidad que aparece a partir de la sentencia C-225 de 1995 permitió aplicar los artículos de la C.P. que se relacionan con estas normas como los arts. 93 y 94 núcleos esenciales para un derecho fundamental innominado. El art. 94 dispone: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos" (Constitución Política de Colombia, artículo 94).

La Corte Constitucional definió en la sentencia T-413 de 1995 el agua como un derecho fundamental manifestando lo siguiente:

En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela.

Esta jurisprudencia fue ratificada en sentencia T-410 de 2003 donde nuevamente se aseveró que el agua es un derecho fundamental cuando está destinada al consumo humano, caso en el cual puede ser amparado a través de la acción de tutela, mientras que en Sentencia T-1104 de 2005 afirma que, por el contrario, no se trata de un derecho fundamental, cuando el agua se destina a otro tipo de necesidades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados. Posteriormente el mismo tribunal cambió esas precisiones en la sentencia T- 381 de 2009 y destacó





que el agua es un derecho fundamental si es utilizada para el consumo humano (Pérez Rodríguez, pp. 37-38).

A. NORMAS DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD QUE RESPALDAN ESTE DERECHO COMO FUNDAMENTAL

Entre las normas internacionales que hacen del bloque de constitucionalidad y fundamenta este derecho como innominado tenemos:

1. La Declaración de los Derechos del Niño, en el principio 4, establece que los menores de edad tienen derecho a crecer y desarrollarse con buena salud y a disfrutar de vivienda, alimentación y agua.
2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
3. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
4. El Protocolo de San Salvador, en el artículo 11, consagra el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano y saneamiento básico.
5. La convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
6. La declaración de los derechos humanos, en el artículo 25, reconoce el derecho de toda persona a un nivel adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, lo que incluye contar con abastecimientos de agua potable y servicios de saneamiento.

La Corte Constitucional en sentencia T- 546 de 2009 reconoció un mínimo vital gratuito para una familia en la ciudad de Neiva que tenía dos hijos menores de 6 y 11 años. El servicio no puede ser suspendido cuando exista la protección de menores para garantizar un mínimo vital de condiciones de dignidad e igualdad en esta población de menores.

La Corte sostiene lo siguiente:

A juicio de la sala, no en todo caso de incumplimiento es válido suspender los servicios públicos domiciliarios, en el sentido de cortar totalmente el suministro de los mismos. Si el incumplimiento es involuntario u obedece a una fuerza insuperable; si, además, el domicilio a que se destinan está habitado por personas que merecen una especial protección constitucional, si el servicio es de aquellos indispensables para garantizar otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la dignidad o la salud y si, por último, se dan las condiciones establecidas en la ley para la suspensión, lo que debe suspenderse es la forma de prestar el servicio público" (Corte Constitucional, sentencia T-546 de 2009 M.P. María Victoria Calle).

La Corte ha reconocido en varios fallos que el derecho al suministro de agua potable se constituye como condición para preservar y asegurar los derechos fundamentales a la salud y a la vida. El Estado social de derecho debe otorgar un especial reconocimiento en brindar estos servicios con un manejo fundamental y no mercantil (Corte Constitucional sentencias T-636 de 2002, T-379 de 1995).

El movimiento social y popular del derecho a un mínimo vital de agua que promovió el referendo desde año 2007 incidió en parte al operador judicial constitucional de



fallar varias sentencias de tutela que reconocían el derecho fundamental al agua, en interpretación de instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque de constitucionalidad. Por ejemplo en la sentencia de la Corte Constitucional T-418 de 2010 con ponencia de la magistrada María Victoria Calle se plantea una estructura conceptual en el Estado social de derecho de acceso al agua a una familia del municipio de Arbeláez que reside en la zona rural (Corte Constitucional sentencia T-418 de 2010, M.P. María Victoria Calle).

Los problemas jurídicos que se plantean en esta sentencia son los siguientes:

1ª Problema jurídico

¿Violó la administración municipal (de Arbeláez) los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al acceso a los servicios públicos domiciliarios de las personas que piden se tutelen sus derechos y los de sus familias, al negarles la prestación del servicio público domiciliario de agua potable, argumentando (i) que el acueducto municipal no tiene cobertura en la zona rural en la cual se encuentran ubicadas sus viviendas (problemas técnicos y financieros); (ii) que por competencia, es el acueducto rural el encargado de la prestación del servicio, el cual, de hecho lo está prestando, pero, se reconoce, con agua que no es apta para el consumo humano, y (iii) que las medidas eventuales a tomar, se adoptarán como parte del Plan Departamental de Agua?

2ª Problema jurídico

¿Viola la administración municipal los derechos a la igualdad y a acceder al agua sin discriminación de los tutelantes y de sus familias, al negar a suministrar el servicio a través del Acueducto urbano en razón de que ellos se encuentran en la parte rural, teniendo en cuenta que, a pesar de los supuestos inconvenientes técnicos para llegar a tal sector, sí se presta el servicio a algunos de los habitantes del sector, en virtud de que ellos eran suscriptores del Acueducto que existía previamente? (Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 2010).

La sentencia de tutela realiza un análisis del papel y la misión del Estado social de derecho de reconocer el acceso al agua a una comunidad rural excluida del servicio en el municipio de Arbeláez en Cundinamarca. Como se refleja en este fallo, el reconocer el agua como un derecho fundamental que puede ser reclamado por tutela no corresponde a simples actos de buenas intenciones del operador judicial sino a obligaciones que se derivan directamente de tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU en 1966 y sus respectivas observaciones, como la No. 15, al dar una autonomía para este derecho.

La sentencia T-418 de 2010 sintetiza varias subreglas constitucionales, entre las cuales podemos mencionar:

1. La tutela es procedente para proteger las dimensiones fundamentales al derecho al agua.
2. Se violó el derecho al agua al emplear procedimientos y trámites para dilatar la exigencia del grupo de personas para poder acceder al agua potable.





3. No se violó el derecho a la igualdad con relación a las personas del sector rural que sí tenían acceso al agua potable, porque su situación jurídica era distinta.
4. Una persona puede reclamar mediante acción de tutela que se le proteja judicialmente aquellas dimensiones del derecho al agua que comprometan su mínimo vital en dignidad.
5. Toda persona tiene derecho a que la administración atienda adecuadamente su petición de acceder al servicio de agua, y a que, por lo menos, exista un plan que asegure, progresivamente, el goce efectivo de esta dimensión del derecho al agua. Esta dimensión positiva del derecho al agua supone, por lo menos, contar con un plan, que permita, progresivamente, el goce efectivo del derecho, y que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan, en este caso en los términos de las leyes vigentes que desarrollan la Constitución en este ámbito (Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 2010 M.P. María Victoria Calle).

Las personas que habitan en el sector rural y tienen limitados recursos económicos tienen derecho a ser protegidas especialmente, asegurándoles que no sean “los últimos de la fila” en acceder al agua potable.

6. Mientras se implementa el plan que asegure el goce efectivo de los derechos a los accionantes, deberán adoptarse medidas paliativas que aseguren algún mínimo acceso de supervivencia al agua potable.

B. REGLAS ESTABLECIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL QUE RECONOCEN EL AGUA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL.

- T-413 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)
El derecho al agua, para el uso de las personas, 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. Sin agua no se puede vivir, luego lo lógico es que un acueducto construido para uso domiciliario del líquido debe tener preferencialmente tal destinación. Lo razonable es atender primero las necesidades domésticas de las familias que son socias o usuarias del acueducto regional y, si hay un excedente de agua entonces sí, de manera reglamentada, se puede aprovechar excepcionalmente para otros usos. Se deja en claro que la orden que se da en esta tutela obedece al presupuesto de que existe escasez de agua para uso doméstico de los usuarios del acueducto.
- T-381 de 2009 (M.P. José Ignacio Pretelt)
La jurisprudencia ha precisado 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. Y este derecho puede protegerse por medio de la acción de tutela, únicamente cuando se relaciona con la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no cuando está destinada a otras actividades, tales como el turismo, la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados. Por lo cual en esta oportunidad el agua que se reclama para fines de explotación turística o para regadío no puede concederse mediante orden impartida por el juez constitucional.



- T-546 de 2009 (M.P. María Victoria Calle)
A juicio de la Sala, no en todo caso de incumplimiento es válido suspender los servicios públicos domiciliarios, en el sentido de cortar totalmente el suministro de los mismos. Si el incumplimiento es involuntario u obedece a una fuerza insuperable; si, además, el domicilio a que se destina está habitado por personas que merecen una especial protección constitucional; si el servicio es de aquellos indispensables para garantizar otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la dignidad o la salud; y si, por último, se dan las condiciones establecidas en la ley para la suspensión, lo que debe suspenderse es la forma de prestar el servicio público. Es decir, debe cambiar la forma en que se suministra el servicio y ofrecerle al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso, de agua potable.

- T-418 de 2010 (M.P. María Victoria Calle)
El derecho al agua, por tanto es un derecho constitucional complejo que 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 los demás derechos fundamentales y del desarrollo. El derecho al agua está interrelacionado y es indivisible e interdependiente de los demás derechos fundamentales. De hecho, la complejidad del derecho al agua incluye, incluso, dimensiones propias de un derecho colectivo, con las especificidades propias de éste tipo de derechos. Pero esta es una cuestión que la Sala tan sólo menciona y no entra a analizar, por no ser relevante para la solución del problema jurídico concreto.

Listado de sentencias de tutela que protegen el derecho fundamental al agua

Sentencias de la Corte Constitucional

1. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE ACUEDUCTO-Casos en que se suspendió prestación del servicio de agua potable por incumplimiento de pago de las facturas en viviendas donde habitan sujetos de especial protección (S. T-717/10)
2. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS-Improcedencia cuando el actor ha hecho uso de una vía ilegal para obtener el suministro de agua potable (S. T-546/09)
3. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Suministro de agua potable (S. T-413/95)
4. ACCIÓN DE TUTELA PARA EL DERECHO AL CONSUMO DE AGUA POTABLE-Procede solamente cuando se relaciona con la vida, la salud y la salubridad de las personas (S. T-381/09)
5. DEPARTAMENTOS, DISTRITOS, MUNICIPIOS Y TERRITORIOS INDÍGENAS-Sistema General de Participaciones está destinado a financiación de servicios en salud, educación, públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico (A. 383/10)
6. DERECHO A LA SALUD-Ausencia de agua potable (SU.442/97)
7. DERECHO A LA VIDA-Consumo de agua potable (S. T-410/03)
8. DERECHO A LA VIDA-Suministro de agua potable (S. T-413/95, T-636/02, T-1104/05)
9. DERECHO AL AGUA POTABLE (S. T-616/10)
10. DERECHO AL AGUA POTABLE-Desconexión, suspensión o racionalización del servicio público de acueducto supone una interferencia en este derecho, que debe ser justificada por quien la adelanta (S. T-717/10)
11. DERECHO AL AGUA POTABLE-Indicación de órdenes específicas en el caso concreto (S. T-418/10)
12. DERECHO AL AGUA POTABLE-Naturaleza jurídica (S. T-614/10)
13. DERECHO AL AGUA POTABLE-Parámetros que la jurisprudencia constitucional ha fijado para impartir órdenes complejas (S. T-418/10)
14. DERECHO AL AGUA POTABLE-Problemas jurídicos a la luz de los principios y reglas que lo rigen (S. T-418/10)
15. DERECHO AL AGUA POTABLE-Toda persona tiene derecho fundamental prima facie a disponer y acceder a cantidades suficientes, y de calidad, de agua apta para el consumo humano (S. T-717/10)

Fuente: Archivos Corte Constitucional.





La Corte Constitucional ha establecido tres pautas importantes para que un derecho se pueda considerar como fundamental: la conexión directa con un principio, la eficacia directa y un contenido esencial. En este caso el agua se reconoce como un derecho económico y social fundamental. En un trabajo reciente la defensoría del pueblo (2005) ha señalado el agua potable como derecho humano, que tiene por fin garantizar a cada ser humano una cantidad mínima de agua de buena calidad y suficiente para la vida y la salud (pp. 65-66).

En el núcleo del derecho al agua reside el principio de que nadie puede ser privado de la cantidad suficiente de agua para satisfacer sus necesidades fundamentales. Y no puede existir ningún tipo de discriminación para acceder a ese derecho. Pero existe una grave problemática del agua potable: son muy pocos los municipios en Colombia que tienen acceso a la calidad de agua y como consecuencia la salud puede resultar afectada cuando no cuenta con una cantidad de agua adecuada para el organismo.

Según estudios de la Organización Mundial de la Salud, aproximadamente el 80% de las enfermedades se transmiten a través de agua contaminada. En este sentido la Corte Constitucional en las sentencias T-232 de 1993 y T-413 de 1995 dispuso:

No es razonable que se restrinja el agua que los usuarios requieren para su uso diario, para gozar de un ambiente sano para la salud. Lo razonable es atender primero las necesidades domésticas y si hay excedente de agua entonces, de manera reglamentada, se puede aprovechar excepcionalmente para otro uso. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-232 de 1993).

CONCLUSIONES

Finalmente se identifica una reflexión en esta investigación en la consagración del derecho humano al agua como un derecho autónomo fundamental que es indispensable para los Estados comprometidos en garantizar el principio de progresividad desde 1989 con el protocolo de San Salvador. Hoy más que nunca más de 800 millones de personas del planeta continúan sin el disfrute de agua potable y saneamiento básico y esa negación masiva de agua a la población es el reflejo de violación a los referidos derechos, contenidos principalmente en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En Colombia la lucha popular por el agua como un derecho humano surge de la ratificación de varios tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte de la figura del Bloque de Constitucionalidad (Art. 93 de la C.P.), entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El comité del referido pacto en la observación No. 15 reconoce la existencia del derecho humano al agua y resalta la importancia de su realización por parte de los Estados firmantes en este pacto, entre ellos Colombia.

La tesis propuesta por los defensores del referendo sobre un mínimo vital gratuito de agua fue interpretada y reconocida por la Corte Constitucional, en varias jurisprudencias de tutela de garantizar el acceso el agua en ciertas eventualidades que amparan derechos fundamentales.



El análisis de este informe de investigación concluye que la jurisprudencia constitucional reconoce un derecho fundamental innominado al acceso al agua potable, al establecer la conexidad con otros derechos, con el concepto material del derecho a un mínimo vital, que fueron aspiraciones de la sociedad civil en la propuesta popular. Los jueces constitucionales reconocen en muchas jurisdicciones del mundo derechos fundamentales innominados a partir de una concepción holística de la interpretación constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta (2002). "Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital", Revista Estudios Ocasionales del CIJUS, Ediciones Uniandes-Facultad de Derecho.

Colmenares, Rafael (2008). La campaña colombiana de defensa del agua como bien público como expresión de los procesos comunitarios de resistencias en una perspectiva latinoamericana. Bogotá: Corporación Ecofondo- 2008Ç

Defensoría del pueblo (2009). Derecho humano al agua. Serie estudios Especiales DESC, Bogotá, abril de 2009.

Escobar Arango, Andrés (2009), "Implicaciones del referendo por el agua", Portafolio, 1 de abril de 2009.

Hollyer, Beatrice (2007). Nuestro mundo es agua. Colección Alfabeto Solidario.

Fernández, Diego (2004). "Colombia: Desarrollo económico reciente en infraestructura del sector agua potable". Documento del Banco Mundial, septiembre de 2004.

Motta Vargas, Ricardo (2010). "El derecho humano al agua en Colombia: Planes departamentales y proceso de privatización", Revista Republicana, enero-junio de 2010, p. 247.

Pérez Luño, Antonio (1998). Derechos humanos, Estado de derecho y constitución. Madrid: Tecnos.

Pérez Rodríguez, Augusto (2010). "El acceso al agua potable: ¿Derecho humano fundamental?", Revista Vínculos, Vol. 1, No. 1, Medellín, Colombia, 2010, p. 38.

Petrella, Ricardo (2007). El manifiesto del agua. Barcelona: Icaria Editorial.

Suárez, Aurelio y Cardona, Iván (marzo de 2009). "Análisis de los Planes Departamentales de Agua". Documento proporcionado por el Comité Departamental de Antioquia en Defensa del Agua y la vida. Disponible en: www.corpenca.org.

Uprimny Yepes, R. (1996). "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución". En La responsabilidad en derechos humanos (varios autores). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.





Otros documentos consultados

Correa, Hernán Darío (septiembre de 2009). "Acueductos comunitarios. Patrimonio público y movimientos sociales". Disponible en: <http://agua.ecofondo.org.co/index>.

"Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico", Revista Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Bogotá, agosto de 2007.

Comentarios sobre concesiones y permisos tasas ambientales e instrumentos financieros en la legislación del Agua. Disponible en: <http://agua.ecofondo.org.co>.

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (noviembre de 2002). "Observación general N° 15: El derecho al agua" (artículos 11 y 12 del pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Contraloría General de la República (2001). Estado de los recursos naturales y del ambiente 1999-2000, Bogotá.

Exposición de motivos que sustenta articulado reformativo de la constitución nacional a fin de consagrar el derecho al agua potable como fundamental y otras normas concordantes con tal declaración para ser sometido a la consideración del pueblo colombiano mediante referendo constitucional (14 de octubre de 2008).

El derecho humano al agua (2005). En La Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Serie Estudios Especiales. DESC. Bogotá: Ediciones Defensoría del Pueblo.

"Movimientos sociales y luchas por el derecho humano al agua en América Latina", El Otro Derecho, No 34 (disponible en <http://www.ceppas.org>).

ONU (septiembre de 2002). Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Declaración del milenio, aprobada por la Cumbre del Milenio. Nueva York.

Tercer Foro Mundial del Agua (2003). Informe de las Naciones Unidas, sobre el

Desarrollo de los recursos hídricos en el mundo: "Agua para todos, agua para la vida". Kioto (Japón).

