

DOCUMENTOS DE
TRABAJO AREANDINA
ISSN: 2665-4644

Facultad de Ciencias Jurídicas,
Sociales y Humanísticas
Seccional Pereira



EL DERECHO AL AGUA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL EN COLOMBIA

EDUARDO ALFONSO MEZA MÉNDEZ



Las series de documentos de trabajo de la Fundación Universitaria del Área Andina se crearon para divulgar procesos académicos e investigativos en curso, pero que no implican un resultado final. Se plantean como una línea rápida de publicación que permite reportar avances de conocimiento generados por la comunidad de la institución.

EL DERECHO AL AGUA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL EN COLOMBIA

Eduardo Alfonso Meza Méndez

Estudiante de Derecho y de la
Especialización en Derecho Administrativo y
Constitucional de la Fundación Universitaria
del Área Andina, con Diplomado en Gestión
Pública y Desarrollo Comunitario.

Correo electrónico:
emeza7@estudiantes.areandina.edu.co

Cómo citar este documento:

Meza Méndez, E A. (2019). El derecho al agua como derecho constitucional fundamental en Colombia. *Documentos de Trabajo Areandina* (1). Fundación Universitaria del Área Andina. <https://doi.org/10.33132/26654644.2012>

Resumen

En este artículo, se analiza la garantía de protección sobre el goce efectivo, y en condiciones óptimas, del recurso hídrico esencial — el agua—, con base en las connotaciones jurídicas que le han sido atribuidas en el ordenamiento interno colombiano, desde la incidencia del devenir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello, se realizará un despliegue argumentativo cimentado en: (i) en los fundamentos proferidos por la Organización de Naciones Unidas (ONU); (ii) en el marco jurisprudencial que, sobre el asunto en trato, ha sido emanado por la Corte Constitucional colombiana; y (iii) en la documentación de los conceptos que, desde los contextos de las realidades sociales nacionales, se exponen en torno a la efectividad del ejercicio del derecho referido, por la colectividad connacional. Lo anterior, se debe a que actualmente, existe en la nación una problemática tangible alrededor del asunto del derecho al agua.

Palabras clave: derecho al agua, derecho fundamental, Estado, mandato constitucional.

Introducción

El presente artículo tiene por objeto realizar una reflexión sucinta en torno a la transgresión masiva y sistemática del derecho fundamental al agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico (Red Internacional para los de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Red-DESC], 2002), como presupuesto parcial configurador del *estado de cosas inconstitucional*, declarado por la Corte Constitucional colombiana en el departamento de La Guajira (Corte Constitucional de Colombia, 2017), al encontrar materializadas las condiciones constitutivas de la institución jurídica referida, entre multiplicidad de derechos fundamentales transgredidos a miembros de la comunidad wayúu, en el contexto geopolítico de la entidad territorial mencionada; en la cual, hasta el 2016, habrían perecido

Estudios que anteceden al suscrito artículo, han prescrito que las principales causas de las que se erige la actual crisis del agua radican en la pobreza, las desigualdades y la disparidad...

4770 niños pertenecientes a la comunidad indígena (Corte Constitucional de Colombia, 2017, párr. 52).

Estudios que anteceden al suscrito artículo, han prescrito que las principales causas de las que se erige la actual crisis del agua radican en la pobreza, las desigualdades y la disparidad en las relaciones de poder (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH] *et al.*, 2011); por lo que, para confrontar esta situación, la comunidad internacional ha tenido que cobrar conciencia frente al acceso al agua potable, considerando que este debe encuadrarse en el marco de los derechos humanos básicos.

Asimismo, se ha puntualizado que existen constituciones nacionales que aluden a la responsabilidad general que ostenta cada Estado de garantizar a todas las personas el acceso al agua potable, entre ellas, la de Colombia (ACNUDH *et al.*, 2011); cuyo máximo órgano de cierre, desde el principio de su jurisprudencia, ha establecido que el derecho al agua potable es fundamental porque de él depende la vida misma del ser humano (Corte Constitucional de Colombia, 2017); debiendo conceder amparos, incluso, cuando el agua potable se vislumbra como un servicio público inherente a la finalidad social del Estado (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

Con el propósito de atender el objetivo inicialmente propuesto en este escrito, fue menester acudir a insumos académicos, jurídicos y jurisprudenciales con fundamento en los cuales, resultó posible llevar a cabo el ejercicio planteado, tales como: artículos institucionales y académicos, normativa nacional y supranacional aplicable al caso concreto, y los pronunciamientos que sobre la materia hayan sido proferidos por la Corte Constitucional colombiana y por el Sistema Universal de Derechos Humanos, respectivamente.

Desarrollo del panorama jurídico

La expedición de la Constitución Política de 1991 ha sido uno de los actos más importantes en la historia de Colombia, pues, con ello, se dio un cambio en el modelo político-jurídico, a partir del cual se construiría, organizaría, guiaría y gerenciaría el Estado; al establecer un tránsito del Estado de Derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho.

Ello implicó el acaecimiento de una serie de nuevos acontecimientos sociales e institucionales en los cuales se buscaba garantizar: (i) la protección y realización del sujeto como parte de la colectividad quien, históricamente, fue subordinado ante la imposición de gobiernos y Estados autárquicos y despóticos, en los cuales, no interesaba que el individuo fuera parte del conglomerado social, sino el bienestar particular burocrático y el imperio de la Ley; y (ii) la participación activa y directa del gobierno del pueblo como soberano popular, dado que, de este emanaría el poder público (Constitución Política de Colombia, 1991).

Para el efecto, el Preámbulo constitucional estableció, en una doble dimensión, al principio de la dignidad humana, donde este fungiera, en primer lugar, como el pilar fundamental en el que debería cimentarse un orden jurídico justo; y, en segundo lugar, como el espectro por medio del cual debería observarse la disposición de los fines esenciales del Estado, del sistema normativo colombiano, y de las actuaciones de los operadores administrativos y jurídicos, con y sin poder de decisión, en aras de la cristalización y fortalecimiento del estado de cosas constitucionalmente establecido.

Entre tal estado de cosas, se le otorgó a los recursos naturales y a la prestación prevalente del servicio



público de agua potable —como obligación impuesta al Estado—, un grado de importancia tan significativo, que llegaron a ser consignados como fines sociales y como nuevos pilares fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano (Corte Constitucional de Colombia, 2017), ya que, tal y como lo expresó la Corte Constitucional en uno de sus fallos:

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 [...] en tanto que afecte la vida de las personas, la salubridad pública o la salud, es un derecho constitucional fundamental [...]*. (1992, párr. 2, cursivas propias)

En este sentido, indica la Corte la posibilidad de que el servicio público domiciliario de acueducto pueda ser fundamental, ya que en este se entraña la protección y materialización del derecho fundamental al agua potable, del cual depende la vida misma del ser humano (Corte Constitucional de Colombia, 2017, p. 53).

No obstante, el servicio público referido constituye solo uno de los múltiples elementos que comporta el concepto de amparo fundamental al recurso hídrico esencial, y su materialización. Por lo que, resulta estrictamente necesario puntualizar que el contenido y la interpretación del derecho al agua potable debe abordarse a partir de los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional, en conjunto, con las garantías establecidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, a través de la Observación General No. 15 de 2002. En esta se propugna por el hecho de que todas las personas dispongan y gocen, al menos, de una cantidad mínima de agua que sea apta para el consumo humano, esto con el propósito de que puedan satisfacer sus necesidades básicas y domiciliarias, además, se prevengan problemas de salud y de saneamiento, en general (Corte Constitucional de Colombia, 2017, p. 54).

...el contenido y la interpretación del derecho al agua potable debe abordarse a partir de los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional...



Se entiende, entonces, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que el derecho al agua como un Derecho Humano y como aquella disposición del recurso hídrico en condiciones de suficiencia, salubridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad para el uso personal y doméstico (Red-DESC). Este supone la existencia de los siguientes tres componentes, según Red-DESC:

- a. Disponibilidad: exige que el abastecimiento de agua sea continuo y suficiente para los usos personales y domésticos.
- b. Accesibilidad: implica que la población debe contar con un alcance físico y económico de los servicios e instalaciones del agua.
- c. Calidad: requiere que el agua sea salubre y no contenga elementos químicos o residuos tóxicos que amenacen la salud de las personas.

Componentes que, de predicarse la existencia y aplicación del derecho al agua, deben concurrir juntos, pues fungen estos como los elementos esenciales componedores de la garantía, sin los cuales, no podría predicarse el amparo al bien jurídico referido.

Ese amparo, en Colombia, encontró su génesis en la teoría de la conexidad desarrollada por la Corte Constitucional, desde la cual fue posible dotar de protección constitucional el derecho al agua, ya que al determinarse que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida, en condiciones dignas cuando está destinada al consumo humano (Corte Constitucional de Colombia, 2017), lo que da una prueba de la existencia de un nexo de causalidad entre el agua y la vida como derecho fundamental. Lo anterior, constituyó causa suficiente para que, por vía de acción de tutela, se permitiera conceder una protección idónea a la garantía mencionada; salvo

En este sentido, la Corte pasó a considerar el derecho al agua como uno de carácter fundamental y autónomo,

en las situaciones en las que se configuran excepciones constitucionales, con base en las cuales no procede la protección a través de este mecanismo.

Así, este derecho fue procurado y cobijado por la jurisprudencia constitucional, no solo desde un ámbito individual, sino también a partir de un enfoque colectivo, pues se trataba de un derecho que estaba en cabeza de los individuos y de la comunidad (Corte Constitucional de Colombia, 2017, p. 56), exigido debido a la ausencia o contaminación del recurso hídrico en el país.

A la posterioridad, la visión de la Corte Constitucional cambió en el 2007, cuando, con fundamento en la Recomendación No. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002), en virtud de la cual se reconoció que el ordenamiento jurídico interno puede ampliar el alcance del derecho al agua al momento de incorporar los instrumentos internacionales que la desarrollen. En este sentido, la Corte pasó a considerar el derecho al agua como uno de carácter fundamental y autónomo, precisando para el efecto que:

[...] el agua potable, a la luz del art. 93 de la Constitución Política de 1991, en virtud del cual se acoge como criterio de interpretación válido, la recomendación No. 15 del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, debe considerarse como un derecho social autónomo. (Corte Constitucional de Colombia, 2007)

Por lo cual, se erigió a la acción de tutela como el mecanismo más idóneo y eficaz para la protección de este derecho, en tanto institución jurídica diseñada para la protección de derechos constitucionales fundamentales.

Dos aspectos importantes, a este respecto, fueron denotados por la Corte Constitucional en la sentencia C-220 de 2011, de cara al asunto que se trata, pues: en primer lugar, sentó un precedente al reconocer en pleno que el derecho al agua tiene el carácter de fundamental, ya que

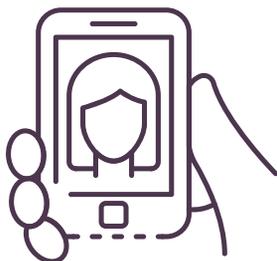
El cumplimiento a estas obligaciones fue estudiado por la Corte Constitucional en el marco de una revisión eventual de tutela frente a la protección del derecho al agua...

comparte la naturaleza de derecho individual y derecho colectivo, y está en cabeza de los individuos y de la comunidad (Corte Constitucional de Colombia, 2011); y, en segundo lugar, desarrolló las obligaciones que, como garante de la administración y el uso adecuado del recurso hídrico, le son propias al Estado, las cuales se sintetizan en los siguientes aspectos

- » Garantizar el derecho al agua.
- » Diseñar múltiples estrategias dirigidas a garantizar el uso racional del agua, acompañadas del debido soporte técnico.
- » Crear instituciones encargadas de adoptar políticas ambientales y de buena utilización del agua, y de seguir, vigilar y controlar el cumplimiento de tales políticas (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

Algunas reflexiones

El cumplimiento a estas obligaciones fue estudiado por la Corte Constitucional en el marco de una revisión eventual de tutela frente a la protección del derecho al agua de las comunidades étnicas tradicionales, que habitan en condiciones desérticas, alejadas unas de las otras, enfrentando fuertes retos ambientales, políticos y sociales en el departamento de La Guajira (Corte Constitucional de Colombia, 2015). En esta revisión se encontró con una crisis humanitaria que ha sobrevenido como consecuencia de la carencia de agua potable, debido a la falta de políticas claras que den una verdadera solución a esta problemática, lo cual ha hecho que la situación de abastecimiento de agua en esa región sea crítica (Corte Constitucional de Colombia, 2015); pasando, por consiguiente y con fundamento en lo anterior, a conceder el amparo constitucional, ordenando a las



entidades territoriales, a las dependencias públicas correspondientes y a la respectiva prestadora del servicio público domiciliario de agua a adoptar las medidas transitorias y definitivas para asegurar un mínimo de acceso, disponibilidad y calidad de agua potable para los miembros de las comunidades accionantes (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

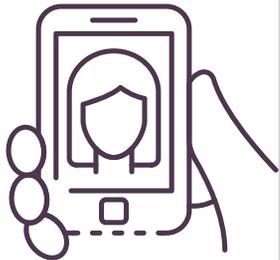
En el 2017, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-302, con la que declaró en el departamento de La Guajira un *estado de cosas inconstitucional*, debido a: (i) la vulneración generalizada y sistemática del derecho fundamental al agua potable —entre otros derechos fundamentales— a las niñas y niños de la comunidad wayúu, producto de la cual, han perecido, hasta el 2016, 4770 de ellos (Corte Constitucional de Colombia, 2017); como también, (ii) a la omisión prolongada de las autoridades municipales y departamentales en el cumplimiento de sus obligaciones tendientes a combatir la crisis humanitaria, devenida a la entidad territorial.

Según la Corte, en la sentencia anteriormente referenciada:

Las comunidades wayúu sufren de manera generalizada una carencia de agua potable. Esta situación tiene al menos dos causas significativas, (i) el entorno ambiental que ha sufrido periodos extensos de sequía que secan los pozos naturales, y (ii) una omisión de parte de las autoridades competentes para proveer un servicio sostenible de suministro de agua potable. (2017, párr. 31)

A efectos de soportar lo anterior, la Defensoría del Pueblo ha expuesto que:

[...] el fenómeno de aumento de la temperatura media global de la atmósfera terrestre y de los océanos, ha afectado de manera desproporcionada a la población indígena wayúu, [...] las cuales no cuentan con servicios de agua potable, [...] y la ausencia de lluvias y la sequía de los jagüeyes agrava los problemas de alimentación, si bien necesidad básica insatisfecha más apremiante, para estas comunida-



des, la consecución y el acceso al agua potable. (Corte Constitucional de Colombia, 2017, párr. 27)

En el mismo sentido, la Federación de Asociaciones de Autoridades Tradicionales Wayúu ha manifestado que: “muchas veces las autoridades construyen pozos de agua que tienen baja cobertura toda vez que no vienen acompañados con la construcción de redes de distribución, como carro-tanques” (Corte Constitucional de Colombia, 2017). Pusieron como ejemplo, el pozo perteneciente al municipio de Manaure, el cual, solo tiene como beneficiarios a un colegio y seis viviendas, pero que ignora que existen casi 90 familias alrededor. Esta Asociación afirmó también que: “en el territorio es muy común observar pozos profundos y molinos deteriorados desde hace muchos años” (Corte Constitucional de Colombia, 2017).

Por lo cual, concluyó esta la Corte Constitucional que:

Las comunidades wayúu [...] sufren una vulneración grave y persistente de su derecho al agua, en especial en relación con las dimensiones de *disponibilidad* y *accesibilidad*. [...] La ausencia de agua potable incide de manera decisiva en los problemas de desnutrición de los niños y niñas wayúu. Sin agua potable disponible, accesible y de calidad, ningún esfuerzo de alimentación o de atención en salud podrá solucionar la crisis de muertes de niños y niñas en La Guajira. (Corte Constitucional de Colombia, 2017, cursivas en el original)

Esta situación configura una paradoja alrededor de la cual es posible llevar a cabo un ejercicio crítico y reflexivo, pues, con fundamento en todo lo anteriormente puesto, no se comprende cómo, en el marco de un Estado Constitucional, como lo es Colombia, hay lugar a la declaratoria de un *estado de cosas inconstitucional*; máxime, cuando los sujetos en los que se han materializado las transgresiones generalizadas y sistemáticas, han sido sujetos de especial protección constitucional,

Como paradoja, la Constitución considera a estas comunidades como pueblos de especial atención para garantizar sus derechos; no obstante, son quienes suelen estar excluidos del proceso de adopción de decisiones relativas al agua...

tales como los niños y niñas, y, en este caso particular, miembros de comunidades étnicas ancestrales, como la comunidad Wayúu. Como paradoja, la Constitución considera a estas comunidades como pueblos de especial atención para garantizar sus derechos; no obstante, son quienes suelen estar excluidos del proceso de adopción de decisiones relativas al agua y el saneamiento, lo que puede constituir un obstáculo más al acceso a esos servicios (ACNUDH *et al.*, 2011). En este sentido, Isaza Cardozo considera que:

[...] el derecho fundamental al agua potable responde a la importancia que tiene para un Estado Social de Derecho, la solución de las necesidades insatisfechas de la población y deriva de la Constitución misma, principalmente de lo establecido en los artículos 365 y 366, relacionados con la efectiva prestación de los servicios públicos domiciliarios y el mejoramiento de la calidad de vida de toda la población como fines esenciales del Estado. (2014, p. 22)

La manifestación anterior es coadyuvada desde la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la cual ha establecido que:

El agua desempeña un papel importante en la existencia cotidiana de los pueblos indígenas, ya que es un componente central de sus tradiciones, su cultura y sus instituciones. [...] El acceso de los pueblos indígenas al agua potable está estrechamente relacionado con el control sobre sus tierras, territorios y recursos ancestrales. (ACNUDH *et al.*, 2011, p. 26)

Eso en cuanto al *deber ser* de las actuaciones administrativas y de gobierno instituidas desde el marco positivo de derechos, a partir del cual, se han establecido una serie de obligaciones a cargo del Estado, para con sus asociados, en aras de la consecución de los fines esenciales. No obstante, en el plano material, en el cual se vislumbra la *praxis* de las disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico, no es posible decir que, a todas luces, la

Quiere decirse con esto, entonces, que la garantía de protección y materialización del derecho al agua será una realidad en el país cuando Colombia suscriba y ratifique el Protocolo referido...

norma es del todo efectiva, puesto que, tal y como se evidenció en el desarrollo del presente artículo, y como se evidenciará con multiplicidad de situaciones conexas o análogas al mismo, existe vulneración a los derechos del conglomerado social, en menor y mayor medida, sin ningún tipo de distinción y sin apelar a las exigencias que desde los principios de *igualdad* y *equidad* se establecen como forma de instaurar un orden jurídico formal y sustancialmente justo. Igualmente, ni siquiera para garantizar el derecho constitucional fundamental al agua potable, como recurso hídrico esencial del cual depende la vida misma, cuando la falta de reconocimiento o protección jurídica de esas tierras, territorios o recursos puede, pues, tener consecuencias de largo alcance en su disfrute del derecho al agua (ACNUDH *et al.*, 2011).

A este respecto, Echeverría Molina y Anaya Morales (2018) exponen una posible solución a la crisis que enfrenta la débil cobertura de protección que reviste el derecho al agua, de la siguiente manera:

Colombia aún no ha decidido dar ese gran paso [el de suscribir y ratificar el Protocolo Facultativo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales], que le permitiría cumplir con la obligación de proteger los derechos económicos sociales y culturales, fundamentalmente el derecho al agua potable. (p. 4)

Quiere decirse con esto, entonces, que la garantía de protección y materialización del derecho al agua será una realidad en el país cuando Colombia suscriba y ratifique el Protocolo referido; sin embargo, debe traerse a colación el hecho de que en el ordenamiento interno colombiano existen las suficientes herramientas con las que se pueda cristalizar la garantía de amparo al derecho en cuestión. El inconveniente pasa, más bien, por la falta de efectividad en el cumplimiento de funciones con apego al rigor constitucional y por la negligencia que presentan operadores, tanto adminis-

trativos como jurídicos, en la realización de la función pública, como mecanismo a través del cual se persiguen y consiguen los fines esenciales del Estado.

Puede existir, y de hecho existe, un marco normativo supranacional que respalde la garantía del derecho al agua en Colombia, pero si no hay voluntad estatal real, esos textos no producirán los efectos jurídicos que se espera sean surtidos.

Conclusiones

El derecho al agua en Colombia es un derecho de rango fundamental, aplicable a singularidades y a colectividades, siempre y cuando se cumplan los presupuestos constitucionales, legales y jurisprudenciales establecidos.

El derecho al agua es un derecho fundamental que deviene, como tal, del derecho humano al agua, establecido por la Organización de las Naciones Unidas para todos los Estados miembro.

En Colombia, como Estado Constitucional, han existido, y existen, *estados de cosas inconstitucionales*. Por ejemplo, el departamento de La Guajira es la entidad territorial del país que mayor vulneración al derecho fundamental al agua presenta.

El derecho al servicio público de acueducto, por desarrollo jurisprudencial, también es catalogado como un derecho fundamental exigible mediante acción de tutela.

La falta de interés y gestión pública del Estado hacia la crisis humanitaria que se presenta en el departamento de la Guajira, ha dejado el saldo, hasta el 2016, de 4770 personas muertas, particularmente, sujetos de especial protección constitucional: niños y niñas.

Referencias

- Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional n.º 116*.
<http://bit.ly/2NA2BRg>
- Corte Constitucional de Colombia. (1992, 3 de noviembre). Sentencia T-578/92 [Alejandro Martínez Caballero, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-578-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2007, 17 de abril). Sentencia T-270/07 [Jaime Araújo Rentería, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-270-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2011, 29 de marzo). Sentencia C-220/11 [Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-220-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015, 5 de mayo). Sentencia T-256/15 [Martha Victoria Sáchica Méndez, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-256-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017, 8 de mayo). Sentencia T-302/17 [Aguiles Arrieta Gómez, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>
- Echeverría Molina, J. y Anaya Morales, S. (2018). El derecho humano al agua potable en Colombia: decisiones del Estado y de los particulares. *Vniversitas*, (136), 1-14.
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.dhap>
- Isaza Cardozo, G. D. (2014). *El derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia* [tesis de maestría, Universidad del Rosario]. Repositorio Institucional.
<http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/10499>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), ONU Hábitat y Organización Mundial de la Salud (OMS). (2011). *El derecho al agua*. Folleto Informativo N° 35. ACNUDH, ONU Hábitat, OMS.
<https://acnudh.org/el-derecho-al-agua-folleto-informativo-no-35/>
- Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC). (2002). *Observación General N°: el derecho al agua (artículos 11 y 12 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Red-DESC.
<https://bit.ly/3O1nW2s>

