

LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO AL AGUA: UNA VISIÓN DE LOS ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

Julián Enrique Pinilla Malagón
Jaime Cubides Cárdenas
Luz Eliyer Cárdenas Contreras

Resumen

Este estudio gira en torno a los estándares de protección del líquido vital en distintas jurisdicciones, a escala nacional y regional. El agua, desde siempre, ha sido un recurso indispensable para el desarrollo y progreso humano, y en la actualidad, debido a la contaminación de ríos y otras fuentes hídricas significativas para el abastecimiento del recurso en condiciones de potabilidad para el consumo humano, ha surgido la necesidad de fijarse desde el derecho internacional una serie de reglas o estándares que se apliquen en el derecho interno de cada Estado, para que, por un

.....
* Este capítulo de libro contiene resultados del proyecto de investigación “La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto”, que hace parte de la línea de investigación “Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, reconocido y categorizado en (B) por Colciencias, registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc), y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

lado, se protejan las fuentes hídricas y, por otro, los Estados se obliguen a extender a toda su población disponibilidad, accesibilidad y potabilidad del agua.

Es allí donde cobra importancia el control de convencionalidad, pues se configura como un mecanismo que permite a los organismos judiciales de cada país, establecer un examen de las normas de derecho interno frente a los estándares fijados de manera internacional, lo cual consiente aplicar las normas que garantizan el derecho y unificar interpretaciones judiciales sobre el derecho al agua en el derecho interno frente a las de tribunales e instrumentos internacionales, y de esta manera, acatando obligaciones internacionales y evitando violaciones de derechos humanos a nivel individual o colectivo.

Palabras clave: Derecho al agua, accesibilidad, derechos humanos, protección, control de convencionalidad.

Abstract

This study focuses on the standards of protection of the vital liquid in different jurisdictions, at national and regional level. Water has always been a prerequisite for development and human progress, currently it resources due to pollution of rivers and other significant for the supply of the resource in terms of potability for human consumption water sources, has emerged the need to look from international law a series of rules or standards that apply in domestic law of each State, so first the water sources are protectes and secondly, the States undertake to extend to the entire population the availability, accessibility and potability of water, is where the conventional control becomes important, because it is configured as a mechanism allowing judicial bodies of each country, establish a review of rules of domestic law against the standards set by international manner, which agrees to apply the rules which guarantee the right and unify judicial interpretations on the right to wáter in domestic law against the courts and international instruments, in thi way abiding by international obligations and preventing violations of human rights individually or collectively.

Keywords: Right to Water, accessibility, human rights, protection, Conventionality Control.

Introducción

El derecho al agua toma importancia en la modernidad, en razón a la preocupación de la comunidad internacional por la defensa del agua, desde el punto de vista de que este es un recurso natural indispensable para la subsistencia del hombre, la satisfacción de sus necesidades y su desarrollo en condiciones dignas y garantistas de derechos humanos (Lozano, 2011).

El agua, como derecho, inicialmente toma protagonismo en el derecho internacional. En el ámbito universal, principalmente lo hace con la adopción del PIDESC, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado en 1966 y la Observación general n.º 15 sobre el derecho al agua del 2002, en la que se definió como el derecho de todos “a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Además, se hace referencia a este en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24); la declaración de la Conferencia del Mar del Plata de Naciones Unidas, entre otros instrumentos internacionales.

En el marco europeo, se destaca la directiva marco 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de octubre del 2000, estableciendo así, un marco comunitario para la protección de aguas superficiales, continentales, costeras y subterráneas, con el objeto de prevenir y reducir la contaminación de estas masas de aguas, además de promover el uso sostenible de las mismas y mejorar las condiciones ambientales en lo que atañe al uso de aguas.

En el continente africano, se ha dado reconocimiento a este derecho a través del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativos a los Derechos de la Mujer (artículo 15); el Convenio Africano para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (artículo 8.2); la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (artículo 14).

En América, en el marco interamericano de los derechos humanos, no se encuentra de manera explícita ni en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), ni en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante Protocolo de San Salvador); sin embargo, este se deduce del artículo 26 de la CADH, el cual hace referencia a los derechos

económicos sociales y culturales, el artículo 10 “Derecho a la Salud” y especialmente el artículo 11 “Derecho a un Medio Ambiente Sano”, estos últimos del Protocolo de San Salvador, interpretándose así que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos y que los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

En el ordenamiento colombiano, la protección del derecho al agua muestra varias dificultades, entre ellas, que carece de definición tanto conceptual como jurídica; sin embargo, las autoridades judiciales se han encargado de integrarlo mediante una interpretación sistemática por vía del bloque de constitucionalidad, remitiéndose a los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, pues el Estado colombiano ha aprobado y ratificado una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos que se relacionan con la protección y el reconocimiento del derecho al agua.

Así mismo, se verá que ocurre lo propio en el derecho comparado con el Control de Convencionalidad, pues los tribunales internacionales de derechos humanos, aplicando los instrumentos internacionales, logran brindar parámetros de protección del derecho.

La judicialización del derecho al agua en Colombia

En Colombia, como nos referimos con anterioridad, no existe una norma expresa sobre el derecho al agua; sin embargo, su reconocimiento constitucional se deriva de diferentes disposiciones constitucionales de la Carta del 91. Del artículo 8, que consagra la obligación del Estado y en general de los particulares de proteger las riquezas culturales de la nación; artículo 49, referente a la salud y el saneamiento ambiental, entendidos como servicios públicos a cargo del Estado; artículo 58, la función ecológica de la propiedad; artículo 79, derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservación de áreas de interés ecológico; artículo 80, aprovechamiento de recursos naturales y garantías de desarrollo sostenible, conservación, restitución o sustitución, reparación de daños, deterioro ambiental y cuidado de ecosistema fronterizos; artículo 93, por vía del bloque de constitucionalidad se integran los tratados de derecho internacional que versan sobre derechos humanos, al respecto Colombia ha ratificado la CADH y sus protocolos

adicionales, así como el Pidesc, entre otros; y el artículo 366, que expresamente hace referencia al agua potable, en los siguientes términos:

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y **de agua potable**. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación (Constitución Política de Colombia, art. 366) (Negrita fuera de texto).

Del contenido normativo de los citados artículos constitucionales que brindan una protección al medio ambiente sano, a la calidad de vida, al desarrollo sostenible y a los deberes estatales de intervención para preservar el ambiente sano, es que se ha llegado a tildar a nuestra Constitución como “Constitución Ecológica” (Amaya, 2006). En un mismo sentido, la propia Corte Constitucional Colombiana en diversas sentencias la ha nominado como tal (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Demanda de inconstitucionalidad, D-9027. C-889).

Entonces, se ha venido interpretando de manera amplia que existe, en alguna medida, un reconocimiento constitucional del derecho al agua y su deber de amparo, a través de las citadas disposiciones superiores que fijan el presupuesto de las relaciones de la comunidad con la naturaleza, con miras a su conservación y protección.

Entre otras normas de carácter no constitucional acerca del derecho al agua, encontramos la Ley 142 de 1994, sobre el régimen de los servicios públicos domiciliarios y el Decreto 1575 de 2007, este último hace referencia al agua, en dos sentidos:

- a) El agua cruda, definiéndola como aquella “agua natural que no ha sido sometida a proceso de tratamiento para su potabilización” (Decreto 1575, 2007, art. 2).
- b) El agua potable o agua para consumo humano “es aquella que por cumplir las características físicas, químicas y microbiológicas, en las condiciones señaladas en el presente decreto y demás normas que la reglamenten, es apta para el consumo humano” (Decreto 1575, 2007, art.2). Este decreto agrega también que “es aquella que se utiliza en bebida directa, en la preparación de alimentos o en la higiene personal” (Decreto 1575, 2007, art. 2).

Frente a la primera acepción como derecho al agua, se estaría hablando de la relación del hombre con las fuentes hídricas (recreación, disfrute e interacción con la naturaleza y los bienes que esta provee), al goce de un ambiente sano, es decir que estas fuentes de agua no se encuentren contaminadas, al buen manejo de los desechos para evitar daños en las corrientes de agua, así como el manejo de los desechos provenientes de actividades económicas, ya sean industriales o mineras que puedan contaminar o degradar el agua como bien público.

Frente a la segunda acepción, se estaría refiriendo como tal al derecho al acceso al agua potable, es decir, a la disposición del recurso natural del cual se desprenden dos aspectos, I) la accesibilidad física y II) la accesibilidad económica (Observación 15, 2002, párr. 12); estos dos aspectos hacen referencia, por un lado, a la disposición real y efectiva que tienen las personas de acceder al recurso del agua, y por el otro, si las personas poseen los recursos económicos suficientes para pagar por el acceso al mismo.

En todo caso, el acceso al agua potable se materializa mediante la prestación del servicio público domiciliario⁷⁷ a través de una entidad pública o privada, y este servicio no es precisamente gratuito, por esta causa se presentan mayores inconvenientes.

Siendo el agua esencial para la vida del ser humano y al tener un costo, se generan dificultades a los individuos que no tienen la capacidad económica para acceder a este servicio, es por ello que el derecho al acceso del agua potable depende de los propuestas programáticas del gobierno para combatir la pobreza; sin embargo, el derecho al agua no puede depender solamente de políticas públicas, sino que debe tener una acción jurisdiccional por medio de la cual se garantice este derecho esencial a las personas que no tienen posibilidad económica de acceder a ella.

El derecho al agua es un derecho complejo, y su protección debe extenderse a cada una de las personas dentro de los Estados parte. Es por ello que para asegurarse este derecho deberá garantizarse en su dimensión individual, como en la colectiva, es decir, desde el punto de vista de la persona individual y de los grupos

.....
⁷⁷Los servicios públicos domiciliarios "son 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" (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-1848. T-578).

o colectividades como sujetos de derechos, esto, en razón a lograr una protección integral del derecho al agua.

El concepto de bidimensionalidad del derecho al agua se extracta, por un lado, del análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, en donde la acción de tutela se ha posicionado como protectora del derecho al agua, entendiéndolo como un derecho autónomo de categoría fundamental, garantizando entonces la esfera individual, así mismo mediante el rastreo de decisiones de acciones populares adoptadas por la jurisdicción contenciosa administrativa, en donde principalmente se ha entendido el derecho al agua como uno de naturaleza colectiva, relacionado estrechamente con los derechos al ambiente sano, la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos. Y por otro lado, del análisis de decisiones judiciales adoptadas por tribunales de países como Argentina, España e India y decisiones por parte de tribunales internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos que se exhibirá al final de la exposición, exaltando el valor de las normativas internacionales, las decisiones e interpretaciones de los derechos que hacen los tribunales internacionales de derechos humanos para brindarles eficacia a través del mecanismo que se ha denominado control de convencionalidad.

Dimensión individual del derecho al agua

En cuanto a la dimensión individual, se entiende que es la protección efectiva del derecho al agua para un individuo específico y aquí haciendo meramente referencia a la subjetividad del mencionado derecho, es decir, que el titular de este derecho es un individuo y que para alguien existe una facultad derivada de una norma jurídica para exigir de otra persona o institución el cumplimiento de un deber específico, impuesto por el derecho positivo, aun mediante el ejercicio de una acción judicial (Chinchilla, 2009).

El derecho al agua es por naturaleza un derecho social⁷⁸, en nuestro ordenamiento no existe una acción específica para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, por esta razón la Corte Constitucional mediante acción de tutela ha entendido este derecho como uno de carácter fundamental, con el fin

.....
78 La doctrina ha denominado a esta clase de derechos como “derechos sociales fundamentales”, a partir de un concepto evolucionado de los derechos subjetivos con el fin de que se les brinde dentro del ordenamiento jurídico un contexto de justiciabilidad a los derechos sociales fundamentales (Arango, 2012).

de posicionar garantías para los individuos con respecto de este derecho, siempre que se cumpla con los postulados de procedencia de la acción que ha fijado la propia Corte.

La Corte Constitucional Colombiana, en su jurisprudencia, ha señalado que el derecho al agua comprende, entre otras, las siguientes protecciones: (i) cuando la prestación del servicio se vuelve dramáticamente intermitente y esporádica, afectando los derechos fundamentales de las personas (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2649572 y T-2652463. T-717; Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T-3.868.137. T-573; Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T-4.012.504. T-864). ; (ii) cuando una comunidad no dispone ni accede a agua de calidad para el consumo humano, concretamente al tutelado del derecho a tener un acueducto, tanto en su faceta positiva como negativa (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2.456.550 y T-2.456.678.T-616; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3304543. T-749); (iii) el derecho a acceder y disponer de agua con regularidad y continuidad, en especial si se deterioraron las condiciones básicas de prestación del servicio (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.899.338.T-916; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3.144.081. T-312); (iv) el derecho al acceso al agua de una o varias personas, cuando se toman acciones positivas que implican limitar la disponibilidad o el acceso a la misma y cuando las autoridades dejan de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que esa situación continúe (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2649572 y T-2652463. T-717; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T- 3071067. T-725); (v) que la disposición y acceso al agua no se suspenda en condiciones de urgencia (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T- 3590293. T-925); (vi) el acceso al agua sin discriminación (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2755275, T-3089356 y T-3131610. T-752; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3268348. T-273; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3.144.081. T-312); (vii) cuando se cuenta con un inadecuado servicio de alcantarillado que pone en riesgo los derechos fundamentales de las personas (Corte Constitucional de

Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3257343. T-188; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3056570. T-707); (viii) cuando se cuenta con un inadecuado servicio de acueducto que pone en riesgo los derechos fundamentales de las personas (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552); y (ix) cuando los reglamentos, procedimientos o requisitos establecidos son usados como obstáculos que justifican la violación del derecho al agua (Corte Constitucional de Colombia, 2003, Demanda de inconstitucionalidad, D-4194. C-150).

Además, la Corte Constitucional de Colombia ha indicado frente a la acción de tutela que:

(...) como todo derecho constitucional, en un estado social de derecho, este encuentra límites, e incluso puede ser objeto de restricciones razonables. No todo reclamo con base en la protección del derecho al agua es susceptible de ser objeto de amparo mediante acción de tutela (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2528121. T-418).

No obstante, la tutela en el ordenamiento colombiano se ha constituido como la acción idónea cuando se trata garantizar el derecho al agua como un derecho fundamental, e incluso la misma Corte Constitucional ha señalado que desplaza a la acción popular cuando se presenta una vulneración a los derechos fundamentales de los individuos:

El derecho al consumo humano de agua potable 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 (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3411056. T-530).

Recopilando lo anteriormente mencionado, se hará mención a la fundamentalidad del derecho al agua y su conexidad con otros derechos fundamentales, también se hará referencia a la especial protección que le ha desplegado la Corte Constitucional para garantizar los derechos de sujetos de especial protección.

La fundamentalidad del derecho al agua

La Corte Constitucional, en sentencia, ha señalado que aunque específicamente el derecho al agua no es reconocido como un derecho autónomo en la

Constitución Política, sí se puede deducir a partir de una interpretación sistemática de la misma que:

Si se tiene en cuenta el Preámbulo, la fórmula política de un estado social y democrático de derecho, las funciones esenciales del Estado, la dignidad humana, el respeto a los derechos fundamentales –en especial los citados–, y el lugar privilegiado que se da a los recursos y competencias necesarias para el goce efectivo del servicio público del agua potable y saneamiento básico (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2528121. T-418).

También, la Carta Internacional de Derechos Humanos ha tenido en cuenta la jurisprudencia de esta corporación para otorgarle la nominación de derecho autónomo. La Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos. Así sostuvo en sentencia que “toda persona tiene el derecho a que se le respete, proteja y garantice la posibilidad de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2528121. T-418).

Entre los instrumentos internacionales de protección al agua, a este derecho se le considera un derecho de carácter vital para el ser humano, el Tribunal Constitucional Colombiano ha hecho referencia a esta característica del derecho, interpretándolo como el derecho a acceder a un mínimo vital de agua potable (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T- 3071067. T-725).

El agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552).

Este tribunal se ha pronunciado al respecto del agua como recurso natural como agua potable o de consumo humano, se ha referido a la fundamentalidad de los servicios públicos domiciliarios relacionados con el acceso del agua, y a las facetas positivas y negativas que posee el derecho fundamental al agua, enfocando

siempre la protección a garantizar la dignidad humana y el Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución colombiana.

En las primeras sentencias esbozadas por la Corte Constitucional, se protege el derecho al agua, especialmente por conexidad con otro puesto que en inicio no establece la autonomía del derecho al agua; sin embargo, lo tuteló por su relación con otros derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas, la salud, la salubridad e incluso la misma dignidad humana.

Así, por ejemplo, en 1992 la Corte señaló que existía una clara violación a un derecho fundamental, puesto que el alcantarillado inconcluso había ocasionado el desbordamiento de las aguas negras sobre las calles del barrio, afectando en especial a personas de escasos recursos (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-778. T-406). En caso similar, la misma corporación, estableció en sentencia desde entonces que el derecho al servicio de alcantarillado puede ser protegido por la acción de tutela en aquellos casos en los que afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos) (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-1848. T-578). Percatándose desde sus primeras sentencias que la falta de abastecimiento del preciado líquido imposibilita que el ser humano tenga una vida digna al no poderse desarrollar en un contexto sanitario adecuado.

Siguiendo la misma línea, en 1995, el Tribunal Constitucional señaló al respecto del agua que se trata de un recurso natural en cualquiera de sus estados y que forma parte del llamado ambiente natural o entorno, “el cual resulta insustituible para el mantenimiento de la salud y para asegurar la vida del ser humano, aparte de que es un elemento necesario para la realización de un sinnúmero de actividades útiles al hombre” (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-61500. T-379).

Siguiendo estos criterios, la Corte en sentencia de unificación en 1997, concedió la tutela, amparando los derechos a la vida y al suministro de agua potable, ordenando al gerente de Metroagua y al Alcalde de Santa Marta que debían continuar con la licitación para la construcción de una nueva planta de tratamiento que permitiera llevarle agua a la comunidad en condiciones de potabilidad (Corte Constitucional de Colombia, 1997, Acción de tutela, T-120950 y T-124621. SU-442).

Frente al agua destinada para el consumo humano y su potabilidad, la Corte en 2003 hace un reconocimiento expreso del derecho al agua como derecho fundamental y determinó en sentencia que debía garantizarse el suministro efectivo del servicio público de acueducto, en razón a que el agua potable constituye un derecho constitucional fundamental cuando está destinada para el consumo humano y, por tanto, este derecho resulta amparable a través de la acción de tutela (Corte Constitucional de Colombia, 2003, Acción de tutela, T-697667. T-410). La corporación, siguiendo la misma línea en sentencia del 2009, sostiene que la satisfacción de la necesidad básica de agua potable es un objetivo fundamental en cualquiera de sus estados y reitera lo que ha sostenido desde sus primeras sentencias, que el agua es un recurso natural insustituible y, al mismo tiempo, es condición de posibilidad para el disfrute de otros derechos como la vida, la salud y la dignidad humana (Corte Constitucional de Colombia, 2009, Acción de tutela, T-2259519. T-546).

En cuanto a los servicios públicos domiciliarios, en sentencia del 2005, la Corte ha resaltado que la falta de prestación del servicio del acueducto está llamada a constituir una violación del derecho que tienen todas las personas a vivir una vida digna (Corte Constitucional de Colombia, 2005, Acción de tutela, T-1138238. T-1104). De la misma forma, la corporación (en sentencia) exalta que “los servicios públicos domiciliarios tales como el agua potable (...) son fundamentales para garantizar condiciones que permitan preservar una vida digna” (Corte Constitucional de Colombia, 2009, Acción de tutela, T-2299943. T-701).

En posterior ocasión, el Tribunal desarrolla, en sentencia del 2009, las condiciones de procedibilidad y de prosperidad de la acción de tutela, a fin de proteger el derecho fundamental individual al agua potable y establecer causales de procedencia, así concluyó que la tutela procede cuando el agua está destinada al consumo humano para los usos personales y domésticos, pues únicamente entonces está en conexión con el derecho a la vida en condiciones dignas y a la salud, pero no cuando está destinada a otras actividades, así mismo procederá cuando exista una amenaza de consumación de un perjuicio irremediable en la órbita de este derecho fundamental, en esta medida este derecho podrá ser protegido por vía de tutela y en casos particulares puede incluso desplazar a la acción popular (Corte Constitucional de Colombia, 2009, Acción de tutela, T-2104916. T-381).

En cuanto a las causales en las que procede la acción de tutela el Tribunal Constitucional ha distinguido dos facetas del derecho al agua, una positiva y otra negativa. Al respecto, la Corte ha sostenido que “las obligaciones derivadas del derecho fundamental al agua pueden implicar facetas positivas que demandan medidas complejas por parte del Estado, como la realización de obras, o facetas negativas, que supongan la abstención por parte de la Administración” (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2528121. T-418).

Como ejemplo de protección a una **faceta positiva del derecho**, puede citarse [...] sentencia T-974 de 2009, en la cual la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida y la salud de una comunidad que se veía afectada ante las constantes inundaciones producidas por el desborde del río La Vieja. Los tutelantes alegaban que la no construcción de un colector interceptor de alcantarillado que evita la salida directa de las descargas al río *y la falta de mantenimiento de unos diques de protección en el mismo, eran la causa de las inundaciones que pongan en peligro los mencionados derechos constitucionales. La Corte Constitucional decidió conceder la acción de tutela, considerando que* (i) desde hacía más de 3 décadas —desde mediados de los años 70 del siglo pasado— la Administración conocía el problema y había decidido tratarlo; (ii) que las normas, tanto constitucionales y legales como reglamentarias, territoriales y convencionales imponían el deber de tomar medidas; y (iii) que los derechos de los accionantes estaban en riesgo. (...) **facetas negativas del derecho al agua**. La Corte consideró que se había irrespetado el derecho a acceder al agua, incluso en el caso de predios rurales, no urbanos, cuando por actos positivos de la Administración, así se encontraran justificados, se había afectado el acceso al agua a las personas que habitan permanente o temporalmente en los mismos. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia T-381 de 2009, caso en el que, luego de reconocer el impacto que una obra había tenido sobre el acceso a fuentes de agua para los predios de los tutelantes, la Corte resolvió ordenar que se adoptaran las medidas adecuadas y necesarias para asegurar que el problema encontrara una solución definitiva (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552) (**negrita fuera de texto**).

En sentencia del 2012, la Corte recurre a la interpretación del derecho al agua que se ha adelantado en el ámbito internacional acerca de lo que involucra tutelar el derecho al agua:

De conformidad con los criterios interpretativos sentados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el contenido del derecho fundamental al agua implica la disponibilidad continua y suficiente de agua para los usos personales y do-

mésticos, la calidad salubre del agua, y la accesibilidad física, económica e igualitaria a ella (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3411056. T-530).

Y de la misma manera, reafirma su posición en posteriores sentencias en las que se ha referido a los servicios públicos domiciliarios, por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T-3868137. T-573; Corte Constitucional de Colombia, 2014, Acción de tutela, T-4032900.T-028; y Corte Constitucional de Colombia, 2015, Acción de tutela, T-4781861.T- 394, entre otras.

En sentencia del 2014, la Corte Constitucional precisó que la protección que se le ha brindado al derecho al agua ha sido amplia en la jurisprudencia de esta corporación, de acuerdo con las garantías mínimas de disponibilidad, accesibilidad, calidad y no discriminación en la distribución. Ha agregado que una eventual existencia de falla en la prestación del servicio de agua potable puede vulnerar los derechos fundamentales individuales de quien acude al amparo. Asimismo, señaló que: “Toda persona tiene derecho a que la Administración asegure un mínimo vital de agua en condiciones adecuadas de disponibilidad, regularidad y continuidad, y a que por lo menos, exista un plan de acción debidamente estructurado” (Corte Constitucional de Colombia, 2014, Acción de tutela, T-4032900.T-028).

Hasta aquí se muestra como la Corte Constitucional Colombiana le ha brindado una especial atención al derecho del agua, lo cual le ha permitido brindarle una protección efectiva a los individuos que ven amenazados o menoscabados sus derechos fundamentales, a través de un remedio judicial con miras a garantizar el derecho humano al agua y proveer a condiciones dignas de vida al ser humano.

Derecho al agua de sujetos especiales

La Corte Constitucional, desde sus inicios en el año de 1992, se pronunció sobre el amparo del derecho al agua en sujetos de especial protección, es así el primer caso donde la Corte tutela el derecho al agua en lo concerniente al servicio de alcantarillado, considerando especialmente los derechos de los disminuidos, contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-778. T-406).

La acción de tutela en cuanto al amparo del derecho al agua a sujetos de especial protección constitucional resulta absolutamente proteccionista, así se

demuestra en la sentencia del 2009 donde el Tribunal consideró que si el incumplimiento de las obligaciones facturadas es involuntario u obedece a una fuerza insuperable, además de que el domicilio a que se destinan está habitado por personas que merecen una especial protección constitucional y si el servicio es de aquellos indispensables para garantizar otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la dignidad o la salud, debe ampararse y ofrecerse al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso, de agua potable (Corte Constitucional de Colombia, 2009, Acción de tutela, T-2259519. T-546).

Así lo confirmo en sentencia del 2010, donde la corporación acotó que:

Resulta indiscutiblemente inconstitucional la suspensión de los servicios públicos que reúna tres condiciones: 1) que efectivamente recaiga sobre un sujeto de especial protección constitucional, 2) que tenga como consecuencia directa, para él, un *desconocimiento de sus derechos constitucionales*, y 3) que se produzca por un incumplimiento de las obligaciones que pueda considerarse como involuntario, debido a circunstancias insuperables e incontrolables por el sujeto especialmente protegido o por quienes cuidan de él (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2398113. T-091).

En distintas decisiones donde se compromete una violación del derecho al agua, la Corte ha ordenado a empresas de acueductos municipales reconectar el servicio donde residen sujetos de especial protección constitucional y garantizar el suministro diario por lo menos de 50 litros de agua potable por persona (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2807622.T-471; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2438462.T-740; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-3105119.T-928; Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T-3718557 y T-3723692.T-242).

En sentencia del 2012, se ordena a Empresas Públicas de Medellín que reconecte el servicio de agua donde residen sujetos de especial protección constitucional y garantice el suministro diario por lo menos de 50 litros de agua potable por persona (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T- 3590293. T-925); y en un mismo sentido, en 2013 se ordena al Complejo Carcelario y Penitenciario de Picalaña, el suministro como mínimo de 25 litros por persona al día, de los cuales se les deberá permitir almacenar

cinco litros de agua por persona al día (Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T- 3646858. T-077).

Así, el Tribunal Constitucional se ha encargado de brindarle una eficaz protección a sujetos que se encuentran en condiciones especiales, garantizándoles un mínimo de agua potable con el fin de mejorar sus condiciones de vida y satisfacer sus necesidades más básicas.

Dimensión colectiva del derecho al agua

El derecho al agua es un derecho constitucional complejo que se ha venido desarrollando a lo largo de los últimos años en Colombia, con especial atención a la importancia que tiene para el desarrollo de los demás derechos fundamentales y el progreso.

El derecho al agua es un derecho social, vital y a la vez fundamental como lo ha denominado la Corte Constitucional Colombiana, con el fin de mantener las condiciones materiales mínimas de acceso al líquido vital para que los individuos puedan ejercer sus demás derechos esenciales, tanto de manera individual como colectiva.

La connotación de derecho colectivo se debe a la incorporación de una perspectiva ambiental y ecológica del derecho al agua, lo que constituye un desafío en la modernidad, donde se adoptan conceptos como el desarrollo sostenible (Declaración de Río sobre medio ambiente y el desarrollo, 1992), con el fin de conservar el mundo que hoy conocemos, optar por un cuidado del ambiente y que el hombre del futuro pueda perpetuar condiciones dignas en relación con el ambiente y mejorar su calidad de vida.

En Colombia, la esfera colectiva del derecho al agua ha obtenido protección judicial por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual ha avanzado en su defensa, entendiendo esto como parte del derecho al ambiente. La acción por la cual el ordenamiento le ha proporcionado la defensa judicial al derecho al agua en su esfera colectiva (aunque no de manera expresa ni por la Constitución, ni por la ley) ha sido la acción popular, cuando se trata de detener un daño contingente o hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre un derecho colectivo.

•La judicialización del derecho al agua•

La acción popular no está prevista en la Constitución como una acción de carácter subsidiario, dado el objeto que persigue cual es la protección de derechos e intereses colectivos. Acciones populares que según la ley, son medios procesales para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los citados derechos. Así, su configuración constitucional y legal permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios (Corte Constitucional de Colombia, 2007, Acción de tutela, T- 1374305. T-446).

Es así como en el caso de la afectación a alguna fuente hídrica, ya sea por contaminación, imposibilidad del acceso de una determinada población al agua potable, olores nauseabundos o ausencia de servicio público de acueducto o alcantarillado, entre otros, se podrá acudir a la acción popular para que se detenga el daño, se repare o se ordene a alguna entidad administrativa ejecutar alguna operación con el fin de que se salvaguarde el derecho colectivo, ya sea este el ambiente o la salubridad pública.

La acción popular es una acción constitucional, la Constitución Política colombiana la ha incorporado en su artículo 88⁷⁹ y ha determinado que es la ley la que deberá regular lo concerniente a ella. Es así, como el legislador mediante la Ley 472 de 1998, le ha dado desarrollo a este mandato constitucional, definido en la ley como:

Los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (Ley 472, 1998, art. 2).

La misma ley señala que “las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos” (Ley 472, 1998, art. 2); sin embargo, no advierte cuáles son todos aquellos intereses colectivos susceptibles

.....
79 Constitución Nacional de Colombia. Artículo 88: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

de acción, si son todos o solo algunos. La jurisprudencia del Consejo de Estado la cual da claridad al respecto:

Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 (Consejo de Estado de Colombia, 2006, Acción popular. Radicado 63001-23-31-000-2003-00861-01 AP-00861).

La Ley 472 señala que cuando se trata de una acción popular en contra de una acción u omisión de autoridades públicas que vulneran los derechos colectivos, la jurisdicción competente para conocerla será la contenciosa administrativa, y cuando esto mismo suceda pero a causa de particulares, será competente la jurisdicción ordinaria. Como su nombre lo indica, la titularidad para ejercer la acción popular se encuentra en cabeza de cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar, entidades públicas con función de vigilancia, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, los alcaldes y los demás servidores públicos por razón de sus funciones (Ley 472, 1998, art.12).

En las decisiones de acciones populares por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, se puede dilucidar la dimensión colectiva con mayor claridad, esta acción se constituye como garantista del derecho al agua de las colectividades. Es así como en el ordenamiento colombiano se ha logrado una protección integral del derecho, frente al individuo mediante la acción de tutela y frente a las colectividades a través de la acción popular.

Los casos que a continuación se enunciarán, los ha conocido el Consejo de Estado con intención de proteger el derecho al agua en sus diferentes alcances, en cuanto a la protección a masas de agua, contaminación por actividad minera del agua, disponibilidad del agua para consumo humano, contaminación del agua para el consumo humano y disponibilidad del agua en situaciones de desastre natural.

Contaminación del agua por actividad minera y sobreexplotación del agua

El Consejo de Estado, al resolver un caso sobre explotación y aprovechamiento de recursos no renovables sin la respectiva licencia ambiental, ni registro minero,

y que causaba daños a las fuentes hídricas de la región, destacó que debe precisarse que, de acuerdo con los artículos 79 y 80 de la Constitución Política, es deber del Estado a través de sus distintas entidades que desarrollan sus funciones, proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica, garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (Consejo de Estado de Colombia, 2011, Acción popular. Radicado 15001-23-31-000-2003-02013-01(AP)).

De esta manera es como el Tribunal protege el derecho al agua, relacionándolo con el derecho colectivo al ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y el aprovechamiento racional de los recursos naturales.

En el mismo sentido, toma la decisión en un caso donde las actividades realizadas por Canteras de Colombia S.A. contaminaban el agua, el suelo y el aire, pues los recursos eran explotados en lugar abierto. El Tribunal sostuvo que desde el punto de vista constitucional, el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, el uso, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre, entendido como parte integrante de ese mundo natural (Consejo de Estado de Colombia, 2011, Acción popular. Radicado 05001-23-31-000-2005-03529-01(AP)).

En estos casos, el Consejo de Estado protege el derecho al agua en relación a los derechos colectivos reconocidos, tanto en la Constitución como en la ley. La defensa del derecho al agua por parte de este Tribunal comprende la restauración, la reparación de los daños que causan alteraciones que pueden producirse en el medio ambiente a casusa de sustancias químicas o biológicas, que atentan contra la naturaleza y degradan los recursos de la nación, con énfasis en detener las actividades mineras descontroladas que degradan el medio ambiente y que en especial contaminan las fuentes hídricas. Es aporte del Tribunal, entender —aunque no de manera tan enérgica— el ecosistema como un ente que posee valor en sí mismo y rebate las teorías antropocéntricas, en las que la naturaleza tiene su valor en razón a la relación del hombre con esta.

Contaminación y disponibilidad del agua para el consumo humano

En los casos decididos por el Consejo de Estado, al respecto de la contaminación y disponibilidad del agua para el consumo humano, se ha protegido este derecho en relación al derecho colectivo de la salubridad pública, dado que se tiene que el suministro de agua no potable puede producir efectos adversos en la población humana y, por lo tanto, amenaza o pone en peligro el derecho e interés colectivo a la salubridad pública. Igualmente, vulnera el derecho e interés colectivo relacionados con el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 23001-23-31-000-2001-0282-01(AP)).

También ha hecho mención a los deberes del Estado, en relación al agua potable sosteniendo que:

Los deberes que la Constitución y la ley imponen al Estado implican derechos correlativos de los usuarios a beneficiarse de la atención prioritaria de sus necesidades insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico (artículo 366 superior) (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 50001-23-31-000-2002-0236-01(AP-737)).

Al respecto, el Consejo de Estado Colombiano ha añadido que la solución de la necesidad básica insatisfecha en materia de agua potable constituye una responsabilidad básica de los municipios, y subsidiaria o concurrente por parte de los departamentos y la nación, en concordancia con los artículos 356, 357, 365 y 366 de la Constitución Política, Ley 136 de 1994, Ley 142 de 1994 y la Ley 715 del 2001 (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 85001-23-31-000-2004-00027-01(AP)).

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, frente a estas situaciones relacionadas con la potabilidad del agua, ha llegado incluso a declarar la excepcional procedencia de la acción popular para que se ejecuten obras, bajo el entendido de que:

Aunque, en principio, la acción popular no es el mecanismo idóneo para conseguir que la administración construya o ejecute una obra, lo cierto es que cuando se trata de proteger algún derecho colectivo, como ocurre en este caso, se deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para que se hagan cesar los efectos de la vulneración sin importar que para ello se tenga que adelantar una obra, con mayor razón cuando uno de los fines esenciales del Estado es el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política y cuando las autoridades

de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (artículo 2° de la Constitución Política) (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 23001-23-31-000-2001-0282-01(AP)).

El Consejo de Estado ha sido enfático en sus decisiones de acciones populares sobre los recursos hídricos en las cuales se deben amparar efectivamente los derechos colectivos a la salud y salubridad pública, así como garantizar una infraestructura de servicios que mantenga las condiciones de salubridad pública. Así se decidió en un caso ubicada en el municipio de Los Córdoba, pues no se cumplía con las exigencias de potabilidad del agua para el consumo humano, entonces el Tribunal ordenó a la Alcaldía del Municipio que adelantará las medidas y gestiones que, técnica y administrativamente, resultaran necesarias para garantizar el suministro de agua potable a los usuarios del servicio de acueducto que administra (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 23001-23-31-000-2001-0282-01(AP)).

Siguiendo la misma línea, el Consejo de Estado, con el objetivo de proteger el derecho al agua, ha impuesto a la administración pública del Estado desplegar una serie de ejecuciones para lograr que se den condiciones de disponibilidad, accesibilidad y potabilidad del agua, aun cuando es la propia población quien causa daños a las fuentes hídricas. Así, el Consejo lo dispuso en un caso donde se encontraban amenazados y vulnerados los derechos e intereses colectivos a la seguridad y salubridad públicas, al goce de un ambiente sano, al acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna, debido a que la quebrada “Hato de la Virgen” recibía aguas residuales a la altura de los barrios Buenaventura y Musicalia. En este caso concreto, el Consejo de Estado manifestó que:

El hecho de que la comunidad afectada sea la que dé origen a la situación de amenaza o vulneración de sus derechos colectivos, por vía de los asentamientos ilegales, ello no obsta para que la Administración adopte las medidas tendientes a su protección o a la mitigación del peligro (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 73001-23-31-000-2001-01676-01(AP)).

Por ello, la Jurisdicción Contenciosa ha brindado una protección en lo que tiene que ver con la disponibilidad del agua para consumo humano, la contaminación de fuentes de agua potable y contaminación de fuentes hídricas ocasionadas por explotación minera, relacionando la situación con los derechos colectivos y

amparándose en disposiciones normativas legales y constitucionales, con el fin de proteger a las poblaciones que presentan dificultades para el acceso al agua, tanto en condiciones óptimas de calidad como en la correcta prestación del servicio de acueducto, imponiéndole cargas a la administración pública del Estado para garantizar preceptos constitucionales y proteger a las poblaciones vulneradas.

La mayoría de los casos donde las pretensiones resultan ser probadas fácticamente, el Consejo de Estado ha realizado una defensa provechosa del derecho humano al agua como derecho colectivo íntimamente relacionado con el derecho al ambiente.

La judicialización del derecho al agua en Argentina, España e India

Argentina

Los tribunales argentinos han emitido sentencias en las cuales se hace referencia a los problemas de contaminación del agua para consumo humano y lo ha entendido en términos generales como el derecho al acceso de agua de calidad para este tipo de consumo. El desarrollo del derecho al agua en Argentina es en mayor parte jurisprudencial y el Estado lo ha integrado a su ordenamiento este derecho como un derecho innominado, incorporando preceptos de derecho internacional; en este sentido, se han pronunciado casos como: menores de la comunidad Paynemil y Marchismo José Bautista y otros.

En el caso “Menores de la Comunidad Paynemil”, los niños y niñas de esta comunidad indígena fueron víctimas de la contaminación de agua para consumo humano, por presencia de metales pesados que fueron vertidos por actividades mineras en la zona. En sentencia, el juzgado de Nequen reconoció que:

El Estado Nequino incurrió en una omisión de garantizar el derecho constitucional a la salud y de protección al medio ambiente, así como la Convención de los Derechos del Niño, el cual goza de jerarquía constitucional en Argentina (...). Para el juzgado el derecho a la salud es corolario del derecho a la vida y, por tanto, se encuentra implícitamente reconocido entre los derechos y garantías innominadas del artículo 33⁸⁰ de la Constitución Nacional (Mitre, 2012, p. 369).

80 “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serían entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (Constitución Nacional de Argentina, 1860, art. 33).

•La judicialización del derecho al agua•

En el caso “Marchismo José Bautista y otros” se presentan violaciones a los derechos fundamentales del actor, a partir de la contaminación del río Suquía, pues no se estaba cumpliendo con la vigilancia debida sobre la planta de tratamiento de líquidos cloacales de la ciudad de Córdoba. El juzgado que conoció de la demanda consideró que:

El hecho que se haya demostrado la contaminación de tales pozos, acredita la conculcación del derecho constitucional a la salud con relación al derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar de las personas dispuesto en el artículo 75 inc. 22, del que se deriva el derecho al agua (según se desprende de la jurisprudencia constitucional argentina que sistemáticamente lo ha interpretado en unidad a los preceptos del Derecho internacional), así como también con los artículos 4 y 55 de la Constitución Provincial de Córdoba, en especial, con el artículo 66, según el cual la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales es una de las necesidades primordiales que debe satisfacerse a los habitantes (Mitre, 2012, p. 373).

La judicialización del derecho al agua en España

En España, los tribunales de distintas jurisdicciones (civil, penal, contencioso administrativo, de arbitraje, constitucional, etc.) han tomado decisiones protectoras respecto al derecho al agua, fundamentado en la incorporación de lineamientos normativos preexistentes. Especialmente, sus decisiones tienden a la protección del agua y la seguridad en cuanto a su potabilidad, en vista de que la contaminación es uno de los principales problemas a los que se enfrentan los tribunales españoles.

Es así como, en sentencia, el Tribunal Supremo Español señaló que la contaminación de las fuentes de agua para consumo humano es “prohibitiva con carácter general, efectuar vertidos directos o indirectos que contaminen las aguas” (Tribunal Supremo de España, 2000. Recurso de casación, Recurso 1881/1992, STS 3136).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dispuesto medidas de control sanitario sobre aguas superficiales destinadas para el consumo humano, con el fin de que:

Los controles de que se trata aparecen claramente ordenados a la protección de la salud humana, versen sobre aguas potables o repotables: lo que lleva a reconducir esta actividad, de tipo inminentemente ejecutivo a la competencia relativa de protección de sanidad (Tribunal Constitucional de España, 1991. Conflicto positivo de competencias, 1.187/1988. STC 208).

La judicialización del derecho al agua en India

Los tribunales de India han utilizado el argumento de la conexidad para proteger, mediante acción de tutela, derechos que en principio no son considerados fundamentales; tal es el caso del derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y, por una interpretación sistemática que incluye elementos del derecho internacional, al agua (Coral, 2011).

Es así, como en el caso *Subhash Kumar vs. India*, el caso *Charan Lal Sahu vs. India* y *Subhash Kumar vs. Estado de Bihar* y otros, el Tribunal Supremo de ese país ha interpretado que para disfrutar plenamente de la vida se precisa del disfrute de un medio ambiente libre de contaminación del agua y del aire (Mitre, 2012, p. 311), de esta manera, ha hecho extensiva la posibilidad de exigibilidad del derecho al agua y la tutela del mismo en India.

Otros tribunales indios también han conocido otros casos diferentes a los que concierne la disponibilidad de agua para el consumo humano, en donde ha tutelado el derecho bajo estos mismos criterios frente a situaciones de sobreexplotación del agua, en 1990 en el *Caso FK Hussain vs. Unión de la India*, así mismo, en 1998 sobre disponibilidad de agua en situación de escasez, caso *SK garg vs. Estado de Uttar Pradesh* y, en 2007, sobre disponibilidad de agua en situación de desastre natural, caso *Kranti vs. Union de la India* (Centre on Housing Rights and Evictions, 2008, pp. 279 y 287).

El papel del control de convencionalidad en la judicialización del derecho al agua en el marco internacional de los derechos humanos

Los fallos, adoptados por los tribunales internacionales de derechos humanos, se encaminan a la protección del derecho al agua en sus distintas dimensiones, principalmente, adoptando medidas de reparación y de protección colectiva a los territorios de comunidades indígenas y tribales. Dichos fallos son de magna relevancia, puesto que los tribunales internacionales de protección de derechos humanos fijan estándares de protección mínima a los derechos e imponen a cada uno de los Estados parte, de cada uno de los sistemas regionales de derechos humanos, obligaciones claras para la garantía de los derechos, y en este caso en particular, el derecho al agua.

Es por eso que en este punto se propone, como lo viene sosteniendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del 2006, un control de convencionalidad, pues como se ha de apreciar en los siguientes acápites, los tribunales de derechos humanos vienen desarrollando estándares internacionales en materia de derechos humanos en sus decisiones, con miras a disminuir la cantidad de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, condenas de responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos, en las que el control de convencionalidad, de acuerdo con Cubides, Sánchez, y Pérez (2013), “no es más que la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos comparados con la legislación nacional para determinar si no violan los parámetros internacionales” (p. 46).

Dicho control implica, en su modalidad difusa, que los jueces deban realizar el examen de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y de la interpretación que se ha desarrollado por parte de los tribunales internacionales para aplicar dichos criterios en sus decisiones y, de esta manera, evitar violaciones de derechos que más adelante deban ser condenadas en instancias internacionales.

El control de convencionalidad concentrado y difuso, si bien ha sido ampliamente desarrollado en el sistema regional interamericano de los derechos humanos, no obstaculiza a que los países pertenecientes a otro sistema regional no puedan aplicar el control de convencionalidad difuso o los mismos tribunales internacionales contenciosos a aplacar uno concentrado, pues lo que se pretende es que las violaciones de derechos humanos se reduzcan a partir de la aplicación eficaz de los instrumentos internacionales regionales y universales. La implementación del control de convencionalidad tiene como fin ampliar la cobertura de protección, extendiéndolo a todos los países (Martínez, A. & Cubides, J, 2015, p. 10), así mismo, unificando criterios, claro está atendiendo a las particularidades de cada sistema.

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Corte IDH

a) Comunidad Awas Tigni vs. Nicaragua

En este caso, la comunidad fue obligada a desalojar su territorio nativo, donde la subsistencia de sus miembros dependía de las labores de agricultura, caza y pesca que se realiza en aldeas cercanas (Corte IDH, Caso de la comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr. 140). La Corte, en el presente, adoptó

medidas de reparación colectiva y protección a territorios colectivos, con motivo de proteger los derechos a la honra, la dignidad, la vida, la libertad de religión, la libre asociación, la libertad de conciencia, la protección de la familia, la libertad de circulación y residencia; y en especial, al artículo 21.1 de la CADH, derecho a la propiedad privada en cuanto al uso y goce de bienes tanto del territorio ancestral como de las fuentes hídricas presentes en él.

b) Pueblo indígena Yakye Axa vs. Paraguay

En el presente caso, hacia la década de los 90, el Estado paraguayo vendió unos territorios que le pertenecían por tradición a esta comunidad, lo cual produjo un deterioro en su calidad de vida, pues carecían de acceso regular y suficiente a agua potable y saneamiento básico, pues carecían de garantías para la reubicación en un nuevo territorio y se les impidió el ejercicio de la propiedad sobre los terrenos ancestrales y los recursos naturales del lugar, entre ellos el agua para el consumo y otras necesidades básicas como la higiene personal, a consecuencia de esto se presentaron cuadros de desnutrición y enfermedades que afectaron a la comunidad indígena en su derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el acceso al agua limpia, de manera que impactan agudamente el derecho a una existencia digna y a las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural.

El acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia. (Corte IDH, Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005, párr. 167).

En su decisión, la Corte IDH ordena al Estado suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la comunidad. También ordena el suministro de infraestructura sanitaria, con el fin de proveerles garantías para vivir en condiciones dignas. Además, la Corte hace especial mención a los ancianos, puesto que el futuro de la

comunidad depende de ellos, ya que son los que enseñan a las nuevas generaciones la cultura a través de la tradición oral⁸¹.

Cabe anotar que como tal, la demanda no pretendía la justiciabilidad del derecho al agua, pero la Corte hizo relación de los demás derechos de la comunidad con el derecho al agua y declaró como prioridad el suministro de agua potable para la comunidad.

c) Caso Saramaka vs. Surinam

El presente caso trata de violaciones a los derechos humanos a causa de que el Estado de Surinam no ha brindado garantías a la comunidad indígena, para ejercer su propiedad sobre territorios y el uso ancestral de las aguas presentes en el mismo.

El Tribunal Interamericano, consideró que:

El artículo 21 de la CADH protege los derechos de los indígenas sobre los recursos naturales necesarios para la subsistencia física en “interconexión” con el derecho de uso y goce de las tierras, que en todo caso está sujeto a ciertos límites razonables y proporcionales en función de fines democráticos, como todos los derechos de la Convención (Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam, 2007, párr. 128).

En la decisión, ordena la ejecución de diversos proyectos de educación, vivienda y suministro de agua potable para la comunidad.

d) Caso comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay

Este caso es similar a los anteriores, se refiere a la falta de garantías para ejercer la propiedad en los terrenos que le pertenecen a la comunidad desde tiempos ancestrales. La Corte ordenó, la titulación de las tierras, adecuarlas para la prestación de servicios básicos, incluyendo agua potable e infraestructura sanitaria (Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, párr. 224).

e) Caso comunidad indígena Xákmok Kasék vs. Paraguay

En este caso, también se presenta la violación al derecho de propiedad ancestral, la cual causa dificultades de subsistencia tradicional y servicios básicos para la comunidad indígena. El Estado restringe la entrada al territorio y ordena la expropiación del mismo a la comunidad. En esta sentencia, la Corte Interamericana

.....
⁸¹ Véase párrafo 205 Sentencia Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay

hizo referencia la observación OG n.º 15 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y a los estándares internacionales de suministro mínimo de agua por persona, para satisfacer necesidades básicas como higiene y alimentación.

f) Caso Veles Loors vs. Panamá

En el nombrado caso, se presenta una detención del señor Vélez Loors por su estatus ilegal migratorio en Panamá. En el centro carcelario donde se encontraba recluso, se presentaron problemas de suministro de agua, lo cual le causó afectaciones junto a los demás reclusos durante los 15 días que se encontró en el centro penitenciario. Frente al caso particular, la Corte Interamericana precisó que los Estados deben adoptar medidas para velar por que las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas, entre ellas, el consumo de agua potable cuando lo requiera, así como para higiene personal (Corte IDH, Caso Velez Loors vs. Panamá, 2010, párr. 97).

Comisión Africana de Derechos Humanos

a) Caso pueblo indígena Endoris vs. Kenia

En este caso, el Estado de Kenia le impidió a la comunidad el acceso a sus tierras que desde tiempos ancestrales eran de su propiedad, así que la Comisión Africana determinó que se presentaba una violación del derecho al desarrollo, pues el Estado desalojó bajo promesa de compensación justa a la comunidad, pero el Estado de Kenia no cumplió y, además, no los dejó volver a su territorio, en razón a que allí se construiría un área turística. La Comisión determinó que el lugar donde vivían después del desalojo carecía de acceso a servicios y recursos que amenazaban la supervivencia del pueblo indígena, como la de su cultura y tradiciones.

La Comisión decidió que a efectos de que se mejorase el bienestar de la comunidad, se debían restituir sus tierras y facilitar la recuperación de su sistema de vida, para lo que, entre otras cosas, se debía asegurar el libre acceso al lago Bolgoria y sitios periféricos que eran utilizados para el pastoreo y cultos religiosos (African commission on Human and Peoples' Rights, 2009, Decided on merits 276/03, párr. 144)

b) Caso Cohre vs. Sudán

En este caso se presentan desalojos forzados al pueblo por las milicias Janjaweed, atentando contra los derechos de la integridad de las personas y tratos crueles e inhumanos o degradantes. La Comisión encontró responsable al Sudán por apoyar este desalojo, y por las consecuencias que este trajo dado el envenenamiento de pozos y fuentes de agua que causaron riesgo a la vida y la salud de la comunidad.

La Comisión concluyó que se violó la garantía de protección de la familia y el hogar, dispuesto en el artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos, que en conexión con los preceptos del Derecho Internacional, representan la violación del derecho a la salud consagrado en el artículo 16 de la Carta Africana, que con base a los elementos explicados por el Comité de DESC en la OG n.º 14 del 2000 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, además suponen la violación del derecho al agua, y la violación del derecho de todas las personas a su desarrollo económico, social y cultural, conforme al artículo 22 de la misma Carta (African commission on Human and Peoples' Rights, 2009, Decided on merits 279/03, párr. 206,209, 217 y 218).

Conclusiones

El derecho al agua es un derecho complejo, en vista de su bidimensionalidad, dimensión individual y dimensión colectiva. Para lograr su protección integral, necesita de un amplio despliegue de esfuerzos, tanto de producción normativa como de mecanismos judiciales de protección, en vista de que se trata de un derecho esencial del hombre, el cual encuentra su fundamento en la dignidad humana y el agua resulta siendo bien esencial para la vida de la persona.

El avance en la protección al derecho al agua en Colombia es principalmente de orden judicial. A nivel individual ha sido la Corte Constitucional la que ha protegido este derecho, dotándolo de un carácter de fundamentalidad por conexidad y reconociéndolo en algunas ocasiones como derecho autónomo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, indispensable para la vida digna y el ejercicio de otros derechos fundamentales. A nivel colectivo, es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, quien lo ha protegido bajo el entendido de que este derecho hace parte, o mejor dicho, se encuentra incluido dentro de los derechos colectivos reconocidos por la Constitución, la ley y el derecho internacional de los derechos

humanos, así lo ha relacionado con el derecho colectivo al medio ambiente y al de salubridad pública. Estos tribunales han hecho mención a la especial protección que merecen los sujetos en condiciones de desigualdad o de vulnerabilidad, en donde la garantía de este derecho se hace esencial para que estas personas vivan y se desarrollen en condiciones dignas.

En el ámbito internacional, países como Argentina, España e India, amparan el derecho al agua de manera no tan diferente a la tendencia colombiana. Argentina, por su parte, ha incorporado este derecho por medio de interpretación judicial, adoptando el criterio de la cláusula innominada que integra los derechos del derecho internacional; a su vez, España es uno de los pocos países que posee una reglamentación de este derecho en especial, en lo que concierne a la contaminación de aguas para el consumo humano, y sus tribunales han tratado de dar aplicación a estas normativas; y en India, se ha protegido el derecho en razón a la relación con derechos fundamentales, este posee una amplia jurisprudencia por parte de sus tribunales, debido a las condiciones territoriales y sociales por las que atraviesa el Estado de India, que incluyen un alto nivel de pobreza y difíciles condiciones para el aprovisionamiento de agua para las necesidades básicas humanas.

Es así que, en el ámbito internacional, a nivel de tribunales de derechos humanos, la protección del derecho al agua se hace integral y de especial importancia para satisfacer la vida en comunidad, la tradición cultural y otros derechos que a nivel colectivo resultan ser esenciales para la vida humana. Principalmente, han tenido la oportunidad de tomar decisiones en el marco de comunidades indígenas y tribales.

Al respecto, se apunta que con el despliegue de instrumentos internacionales y órganos para su protección y promoción, sería de utilidad valerse del mecanismo del control de convencionalidad concentrado, a nivel de tribunales internacionales de derechos humanos y, a nivel difuso, de jueces de los Estados parte, en donde se practique un examen de las normas de derecho interno frente a los estándares internacionales de derechos humanos, con el fin de evitar limitadas interpretaciones que generen mayores violaciones de derechos al no hacerse la valoración entre los estándares naciones de derecho interno y los internaciones regionales o universales.