



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXX - N° 223

Bogotá, D. C., martes, 6 de abril de 2021

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO

SECRETARIO GENERAL DEL SENADO

www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO

SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA

www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 263 DE 2020 SENADO

por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la 'cosificación de los bebés', y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, DC., 05 de abril de 2021

Honorable Senador
MIGUEL ÁNGEL PINTO
Presidente Comisión Primera Constitucional Permanente
Senado de la República
Ciudad

Asunto: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley Estatutaria 263 de 2020, "Por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la 'cosificación de los bebés', y se dictan otras disposiciones"

Respetado señor Presidente:

En calidad de ponente del proyecto de Ley de la referencia, por designación efectuada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República, me permito rendir informe de ponencia para primer debate en los siguientes términos:

I. Trámite y síntesis del proyecto de ley

El proyecto, de iniciativa de la Senadora María del Rosario Guerra, que fue radicado en la Secretaría del Senado de la República el día 03 de septiembre de 2020, siendo publicado en Gaceta del Congreso Nro 933/2020, mediante Acta MD-09, el Secretario de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado, me comunicó la decisión de la Mesa Directiva de esta célula legislativa de asignarme la ponencia para el primer debate del citado proyecto.

La iniciativa cuenta con siete (7) artículos incluida su vigencia:

Artículo 1º: Define el objeto de la Ley que busca prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, frenar la cosificación de los bebés y permitir la subrogación altruista solo para parejas colombianas, que presenten incapacidad biológica para concebir.

Artículo 2º: Trata de las definiciones donde establece que se entiende por maternidad subrogada o alquiler de vientres; todo acuerdo de voluntades verbal o escrito, a título gratuito o con fines de lucro, unilateral o bilateral, a

título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad y renunciando a los derechos sobre el recién nacido.

Artículo 3º: Crea el tipo penal de "Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro"

Artículo 4º: Estipula que todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho

Artículo 5º: Establece que las decisiones relacionadas con la gestación se tomarán conjuntamente entre la mujer gestante, el padre y la madre solicitantes, prevaleciendo el derecho a la vida del que está por nacer.

Artículo 6º: Señala que será el Ministerio de Salud el que reglamente la práctica de la maternidad subrogada sin fines de lucro

Artículo 7º: Vigencia de la Ley

II. Finalidad y alcance del proyecto de ley

El Proyecto de Ley Estatutaria 263 de 2020, tiene por finalidad prohibir y penalizar la maternidad subrogada con fines de lucro, y busca acabar con la 'cosificación de los bebés'. Para lograr alcanzar el objeto del mismo, se crea un tipo penal, que se incluye en el artículo 188F de la Ley 599 de 2000. Este delito se configurará cuando se promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer para alquilar su vientre con fines de lucro; es decir, cuando haya un provecho económico o contraprestación de algún tipo a cambio de la gestación. La sanción consiste en prisión de 6 a 8 años y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por un lado, el sujeto activo de la acción penal es toda persona que promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer para alquilar su vientre con fines de lucro; es decir, a cambio de dinero o cualquier otra contraprestación económica. En ningún caso se entenderá que lo es la madre gestante. Por el otro, el sujeto pasivo es la mujer que actúa como gestante del bebé ajeno.

En este mismo sentido, se dispone que todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho.

Solamente se permitirá la maternidad subrogada con fines altruistas cuando:

<p>1. Se realice entre nacionales colombianos.</p> <p>2. Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir.</p> <p>3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada.</p> <p>El artículo 5 dispondrá que las decisiones relacionadas con la gestación se tomarán de manera conjunta entre la mujer gestante y los padres solicitantes. Asimismo, que en cualquiera de las decisiones que se tomen o en las cuales no se llegue a un acuerdo, primará el interés del nasciturus. Lo anterior, con el fin de prever un método para solucionar y evitar futuros conflictos.</p> <p>La autora de la iniciativa, luego de considerar y estudiar los diferentes argumentos, se ha concluido que la mejor manera de impedir el tráfico de menores y la explotación a las mujeres de nuestro país es adoptar una política de prohibición frente a esta práctica y una regulación precisa para casos específicos.</p> <p>De acuerdo con la exposición de motivos, ni los cuerpos de las mujeres, ni los menores son una mercancía y no deben estar sujetos de una valoración monetaria.</p> <p style="text-align: center;">III. MARCO NORMATIVO</p> <ul style="list-style-type: none"> - Artículo 1. Constitución Política -El respeto por la dignidad humana - Artículo 11. Constitución Política- El derecho a la vida - Artículo 13. Constitución Política- Derecho a la libertad, la igualdad y no discriminación - Artículo 42. Constitución Política- La familia núcleo de la sociedad - Artículo 44. Constitución Política- Derechos fundamentales de los niños 	<p style="text-align: center;">IV. ARTICULADO PROPUESTO</p> <p style="text-align: center;"><i>por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la 'cosificación de los bebés', y se dictan otras disposiciones.</i></p> <p style="text-align: center;">El Congreso de Colombia DECRETA:</p> <p>Artículo 1º. Objeto: La presente ley tiene por objeto prohibir la práctica de la maternidad subrogada con fines de lucro, frenar la 'cosificación de los bebés' y permitir la subrogación con fines altruistas sólo para parejas colombianas que presenten incapacidad biológica para concebir y con relación de parentesco, garantizando la protección de los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, y la protección del que está por nacer.</p> <p>Artículo 2º. Definición: Se entiende por maternidad subrogada, o comúnmente llamada también alquiler de vientres, todo acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito o con fines de lucro, unilateral o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad y renunciando a los derechos sobre el recién nacido.</p> <p>Artículo 3º. Crease el tipo penal de "Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro". Adiciónese el artículo 188F a la ley 599 de 2000, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 188F: Constreñimiento a la maternidad subrogada con fines de lucro: El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional, con el propósito de obtener beneficio económico promueva, induzca, financie, reclute, colabore o constriña a una mujer para alquilar su vientre con fines de lucro incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Artículo 4º. Todo acto jurídico en el que se pacte la obligación de subrogar o alquilar el vientre con fines de lucro, se entenderá nulo de pleno derecho. Será permitida la maternidad subrogada con fines altruistas únicamente cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se realice entre nacionales colombianos. 2. Se presente certificado médico en el que se demuestre incapacidad física o biológica para concebir.
<p>3. Se realice entre sujetos que gocen de plena capacidad que conste mediante declaración extrajudicial juramentada y que entre ellos haya parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad.</p> <p>Artículo 5º. Las decisiones relacionadas con la gestación se tomarán de manera conjunta entre la mujer gestante y el padre y la madre solicitantes, prevaleciendo el derecho a la vida del que está por nacer.</p> <p>Parágrafo: Sin perjuicio de lo anterior, en cualquiera de las decisiones que se tomen o en las cuales no se llegue a un acuerdo, primará el interés del nasciturus.</p> <p>Artículo 6º. El Ministerio de Salud reglamentará la práctica de la maternidad subrogada sin fines de lucro; considerando las obligaciones de la madre gestante, del padre y madre solicitantes, y con plena observancia de los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.</p> <p>Artículo 7º. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.</p> <p style="text-align: center;">V. IMPACTO FISCAL</p> <p>En cumplimiento del artículo 7º de la Ley 819 de 2003, es de precisar que el presente Proyecto de Ley, no genera un impacto fiscal que implique una modificación en el marco presupuestal de mediano plazo, toda vez que no se incrementará el Presupuesto General de la Nación, ni ocasiona la creación de una nueva fuente de financiación.</p> <p style="text-align: center;">VI. CONFLICTO DE INTERESES</p> <p>De conformidad con la ley 2003 de 2019, que reformó la Ley 5ª de 1992 en lo relativo al régimen de conflicto de interés de los congresistas, se señala que esta propuesta legislativa se enmarca dentro de las causales de ausencia de conflicto de interés, específicamente la prevista en el literal a: "a) Cuando el congresista participe, discuta, vote un proyecto de ley o de acto legislativo que otorgue beneficios o cargos de carácter general, es decir, cuando el interés del congresista coincide o se fusione con los intereses de los electores", dado que, la presente iniciativa busca que de manera general no se siga presentando en el país la modalidad de maternidad subrogada pagada por parte de los interesados a la madre que alquila su vientre materno.</p> <p style="text-align: center;">VII. PROPOSICIÓN</p> <p>Con fundamento en las anteriores consideraciones, de manera respetuosa solicito a los honorables Congresistas, dar primer debate al Proyecto de Ley Estatutaria Nro: 263 de 2020, "Por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de</p>	<p>lucro y se prohíbe su práctica, se frena la 'cosificación de los bebés', y se dictan otras disposiciones", en el texto del proyecto original.</p> <p>Cordialmente,</p> <p>De los Honorables congresistas,</p>  <p>MARIA FERNANDA CABAL MOLINA Senadora de la República Centro Democrático</p>

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 28 DE 2021 SENADO

por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.

INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NO. 28 DE 2021 SENADO

"Por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del título II de la Constitución Política de Colombia".

1. SÍNTESIS DEL PROYECTO

Para el ser humano¹, el agua es uno de los componentes más importantes del ambiente, ya que la materia viva de su cuerpo está compuesta aproximadamente por un setenta por ciento de dicho líquido, de tal manera que la ausencia de este puede afectar seriamente la salud y la vida de las personas. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el agua es un bien escaso y finito², ya que no existe proceso químico o físico alguno que permita crearlo, por lo cual, la disciplina jurídica ha venido diseñando especiales mecanismos para su protección, en particular para garantizar el abastecimiento por parte de la población, considerando el agua en algunos casos específicos como un derecho humano.

Con el objeto de precisar y fortalecer el derecho humano al agua, esta iniciativa legislativa pretende establecer "el agua como derecho fundamental, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia", teniendo en cuenta que el agua es un elemento indispensable para la vida y, por ello tanto todos los seres humanos deben para tener una vida en condiciones de dignidad un acceso a la misma.

Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso al agua para atender sus necesidades básicas.

Es importante destacar, que en la Constitución Colombiana existen cuatro disposiciones de las cuales se desprende que el derecho al agua tiene rango constitucional. Sin embargo, no hay un precepto expreso y específico destinado a consagrar en forma inequívoca el derecho al agua como un derecho individual, contrario a lo que sucede con otros derechos como "el derecho a la vida" o "el derecho al trabajo". Ciertamente, el artículo 49 consagra la garantía del saneamiento. De igual forma, el artículo 79 determina el derecho a gozar de un medio ambiente sano y el artículo 366 consagra el mejoramiento de las condiciones de vida de la población mediante la solución de las necesidades insatisfechas en materia de saneamiento ambiental y agua potable. Tales normas no pueden desarrollarse y materializarse sin la presencia del recurso hídrico, pero tampoco definen ni establecen en qué consiste el núcleo duro del derecho fundamental al agua y cuáles son los bienes jurídicamente protegidos con

¹ Siguiendo en estas líneas textualmente a Gómez-Rey, A. y Rodríguez, G. El derecho fundamental al agua. Desde el derecho ambiental y los servicios públicos domiciliarios. Legis Editores. Bogotá, 2013.

² Debemos manifestar que se trata de un recurso que está sujeto a desgaste como consecuencia de su uso.

Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa legislativa pretende establecer "el agua como derecho fundamental, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia" teniendo en cuenta que el agua es un elemento del que deben gozar todos los seres humanos de esta y las generaciones futuras. Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso al agua para atender sus necesidades básicas.

Una manera efectiva para proteger y garantizar la sostenibilidad de su uso, es darle categoría de derecho fundamental, equiparándola a una norma no negociable y poniéndola por encima de los modelos económicos de mercado y los intereses particulares y haciendo énfasis en su carácter de recurso de carácter estratégico para el desarrollo económico, social, cultural y fundamental para la misma existencia del ser humano.

En el marco del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el año 2002 su Comité promulgó la Observación General No. 15³, en la cual se delimitó el concepto y contenido del derecho humano al agua, en adelante, DHA.

³ Arango, Rodrigo. "El mínimo vital como índice de justicia entre particulares", en: Derecho Constitucional perspectivas críticas, Ed. Legis, 2001, p. 188.

⁴ Sobre este particular véase: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-764 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

este derecho³. Así mismo, se encuentra el artículo 93 que se refiere al bloque de constitucionalidad, mediante el cual se entienden incorporados -en el ordenamiento jurídico colombiano- aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. De especial relevancia resulta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el cual no estipula el derecho al agua en forma independiente o autónoma, aun cuando reconoce en su artículo 12 el derecho de las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, cuya realización no puede lograrse sin la disponibilidad de agua.

2. TRÁMITE DEL PROYECTO

Origen: Congresional
Autores de la iniciativa:

Honorables Senadores: Angélica Lozano Correa, Guillermo García Realpe, Antonio Sanguino, Jorge Eduardo Londoño, Iván Marulanda, Gustavo Bolívar, Iván Cepeda Castro, Griselda Lobo, Iván Leónidas Name Vásquez, Pablo Catatumbo,

Honorables Representantes: Jairo Reinaldo Cala Suárez, María José Pizarro, Carlos Alberto Carreño Marín, Fabián Díaz Plata, León Freddy Muñoz, Cesar Ortiz Lobo, Abel David Jaramillo

Proyecto publicado: Gaceta del Congreso número 165/2021

3. COMPETENCIA Y ASIGNACIÓN

Conforme a lo expresado en el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, el pasado 26 de marzo fui designado ponente en primer debate del Proyecto de Acto Legislativo número 28 de 2021, "por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia."

4. OBJETIVO DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

"Si el no reconocimiento de un derecho fundamental innominado conlleva una consecuencia contraria a la Constitución, entonces se hace jurídicamente necesario su reconocimiento".⁴

³ La fundamentación del derecho al agua en Colombia. Disponible en línea, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4341/5069>

Teniendo en cuenta la fecha de expedición de la Observación, el ordenamiento jurídico colombiano en ese momento no contemplaba mención alguna sobre el concepto y los componentes del derecho humano al agua. Razón por la cual no se encuentran normas especiales y expresas (o un cuerpo normativo propio) que lo comprenda.

No obstante, a partir de la jurisprudencia constitucional y otros mecanismos³, este derecho ha venido siendo incluido en nuestras normas, y, de hecho, actualmente se encuentra adscrito a la Constitución Política⁴, la cual irradia el resto del ordenamiento jurídico colombiano. Tanto así, que la Corte Constitucional ha dicho que el legislador posee la "obligación de expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes"⁵.

Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa pretende establecer el agua como derecho fundamental, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia, teniendo en cuenta que el agua es un elemento del que deben gozar todos los seres humanos de esta y las generaciones futuras. Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso para atender sus necesidades básicas.

Una manera efectiva para proteger y garantizar la sostenibilidad de su uso es darle categoría de derecho fundamental, equiparándola a una norma no negociable y poniéndola por encima de los modelos económicos de mercado y los intereses particulares y haciendo énfasis en su carácter de recurso de carácter estratégico para el desarrollo económico, social, cultural y fundamental para la existencia del ser humano.

En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo se hizo referencia a documentos científicos y de organizaciones internacionales que ponen de presente la magnitud de la importancia de garantizar la disponibilidad del recurso hídrico para la supervivencia de la especie y la conservación de la vida a escala planetaria.

³ Que serán descritos adelante.

⁴ La vinculación del derecho humano al agua a la Constitución Política proviene de la expresa mención realizada por la jurisprudencia constitucional, en la cual se ha manifestado que, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace parte del bloque de constitucionalidad. Entendiendo adicionalmente que como el Pacto hace parte del bloque de constitucionalidad y el Comité a través de sus observaciones generales interpreta de manera oficial el pacto, lo dicho por este organismo también estará vinculado al ordenamiento por lo dispuesto en los Artículos 93 y 94 de la carta.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-220 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<p>No cabe duda entonces de la trascendencia que el acceso al agua tiene para la garantía de la calidad de vida actual y futura, para los seres humanos, como también de su utilidad para el desarrollo de actividades económicas, culturales y recreativas. Sin embargo, debe quedar claro el orden de prioridades, de manera que en la gestión del recurso siempre prevalezca su aptitud para el consumo en actividades humanas sobre su utilización para actividades económicas, y de allí la conveniencia de elevar su acceso a la condición de derecho fundamental.</p> <p>Ya en el orden interno, el acceso al agua es catalogado como un servicio público esencial, cuyo aseguramiento prestacional corresponde a los municipios, pero esa catalogación es insuficiente, si se atiende a lo previsto en instrumentos internacionales que lo categorizan como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.</p> <p>Por ello, frente a la posibilidad del uso del agua para la explotación de recursos naturales, desde el derecho internacional y el derecho interno se han promovido una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales, en el marco de la función ecológica de la propiedad, el respeto por el derecho a un medio ambiente sano y la protección del medio ambiente, y de conformidad con los tratados internacionales que en materia ecológica se han ratificado.</p> <p>No obstante, al concretar los mecanismos de uso del recurso para la explotación de los recursos naturales, la modalidad retributiva establecida en las concesiones ha derivado en un resultado perverso, consistente en que el que contamina paga, desconociendo la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena disponibilidad del recurso tanto para la supervivencia humana como para el desarrollo económico, social y cultural de los habitantes del territorio.</p> <p>Es indispensable, por consiguiente, no crear estrategias de sanción y de penalización a quienes contaminen, sino establecer las pautas necesarias para la prevención y mitigación de la contaminación medioambiental, dado que aquellas estrategias, expresadas en normas como los Decretos 934 de 2013 y 2691 de 2014 y en el propio Plan Nacional de Desarrollo, aquellos suspendidos por el Consejo de Estado y el artículo correspondiente de este último declarado inexecutable por la Corte Constitucional, han ocasionado daños ambientales irreversibles, especialmente en las zonas de páramos y aquellas afectadas por la explotación de recursos hidrocarbúricos.</p> <p>5. IMPORTANCIA DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO</p>	<p>En el marco del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el año 2002 su Comité promulgó la Observación General No. 15⁴, en la cual se delimitó el concepto y contenido del derecho humano al agua, en adelante, DHA.</p> <p>Teniendo en cuenta la fecha de expedición de la Observación, el ordenamiento jurídico colombiano en ese momento no contemplaba mención alguna sobre el concepto y los componentes del derecho humano al agua. Razón por la cual no se encuentran normas especiales y expresas (o un cuerpo normativo propio) que lo comprenda.</p> <p>No obstante, a partir de la jurisprudencia constitucional y otros mecanismos⁵, este derecho ha venido siendo incluido en nuestras normas y, de hecho, actualmente se encuentra adscrito a la Constitución Política⁶, la cual irradia el resto del ordenamiento jurídico colombiano. Tanto así, que la Corte Constitucional ha dicho que el legislador posee la "obligación de expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes"⁷.</p> <p>Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa pretende establecer el agua como derecho fundamental, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia, teniendo en cuenta que el agua es un elemento del que deben gozar todos los seres humanos de esta y las generaciones futuras. Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso para atender sus necesidades básicas.</p> <p>Una manera efectiva para proteger y garantizar la sostenibilidad de su uso es darle categoría de derecho fundamental, equiparándola a una norma no negociable y poniéndola por encima de los modelos económicos de mercado y los intereses particulares y haciendo énfasis en su</p> <p><small>4 Sobre este particular véase: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-764 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 5 Que serán descritos adelante. 6 La vinculación del derecho humano al agua a la Constitución Política proviene de la expresa mención realizada por la jurisprudencia constitucional, en la cual se ha manifestado que, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace parte del bloque de constitucionalidad. Entendiendo adicionalmente que como el Pacto hace parte del bloque de constitucionalidad y el Comité a través de sus observaciones generales interpreta de manera oficial el pacto, lo dicho por este organismo también estará vinculado al ordenamiento por lo dispuesto en los Artículos 93 y 94 de la carta. 7 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-220 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.</small></p>
<p>carácter de recurso de carácter estratégico para el desarrollo económico, social, cultural y fundamental para la existencia del ser humano.</p> <p>En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo se hizo referencia a documentos científicos y de organizaciones internacionales que ponen de presente la magnitud de la importancia de garantizar la disponibilidad del recurso hídrico para la supervivencia de la especie y la conservación de la vida a escala planetaria.</p> <p>No cabe duda entonces de la trascendencia que el acceso al agua tiene para la garantía de la calidad de vida, actual y futura, para los seres humanos, como también de su utilidad para el desarrollo de actividades económicas, culturales y recreativas. Sin embargo, debe quedar claro el orden de prioridades, de manera que en la gestión del recurso siempre prevalezca su aptitud para el consumo en actividades humanas sobre su utilización para actividades económicas, y de allí la conveniencia de elevar su acceso a la condición de derecho fundamental.</p> <p>Ya en el orden interno el acceso al agua es catalogado como un servicio público esencial, cuyo aseguramiento prestacional corresponde a los municipios, pero esa catalogación es insuficiente, si se atiende a lo previsto en instrumentos internacionales que lo categorizan como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.</p> <p>Por ello, frente a la posibilidad del uso del agua para la explotación de recursos naturales, desde el derecho internacional y el derecho interno se han promovido una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales, en el marco de la función ecológica de la propiedad, el respeto por el derecho a un medio ambiente sano y la protección del medio ambiente, y de conformidad con los tratados internacionales que en materia ecológica se han ratificado.</p> <p>No obstante, al concretar los mecanismos de uso del recurso para la explotación de los recursos naturales, la modalidad retributiva establecida en las concesiones ha derivado en un resultado perverso, consistente en que el que contamina paga, desconociendo la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena disponibilidad del recurso tanto para la supervivencia humana como para el desarrollo económico, social y cultural de los habitantes del territorio.</p>	<p>Es indispensable, por consiguiente, no crear estrategias de sanción y de penalización a quienes contaminen, sino establecer las pautas necesarias para la prevención y mitigación de la contaminación medioambiental, dado que aquellas estrategias, expresadas en normas como los Decretos 934 de 2013 y 2691 de 2014 han ocasionado daños ambientales irreversibles, especialmente en las zonas de páramos y aquellas afectadas por la explotación de recursos hidrocarbúricos. Considerando además que Decretos 934 de 2013 fue declarado nulo⁸ por el Consejo de Estado en el 2018, y el Decreto 2691 de 2014 fue suspendido provisionalmente por la misma corporación⁹.</p> <p>1.1. El recurso hídrico en el mundo</p> <p>Se ha determinado que el 97.5% del agua en el mundo es salada. El 2.5% corresponde a agua dulce. De este porcentaje, el 79% se encuentra en estado sólido. Del agua dulce en estado líquido del planeta, el 20% se encuentra en acuíferos de difícil acceso, y solo el 1% del agua dulce en el mundo se encuentra en forma de arroyos y ríos.</p> <p>Por otro lado, en los estudios sobre los balances hídricos del planeta, realizados por el Instituto Geológico y Minero de los EU, solamente el 0.007% de las aguas dulces se encuentran realmente disponibles a todos los usos humanos directos. De este pequeño porcentaje dependen procesos naturales y sociales vitales para la subsistencia del ser humano.</p> <p>La incertidumbre sobre el acceso al recurso hídrico de las generaciones presentes y futuras para su consumo, uso doméstico y agrícola son una realidad a nivel nacional; por ello el Estado debe tomar las medidas preventivas para evitar tanto el desabastecimiento como la contaminación del agua y lograr su conservación y su sostenibilidad, teniendo en cuenta que todos los seres vivientes y la misma existencia del planeta dependen del agua.</p> <p>1.2. El agua como recurso esencial para la vida</p> <p>En diversos estudios se ha determinado que el ser humano no puede sobrevivir más de 5</p> <p><small>8 Sentencia del 02 de Agosto de 2018 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C. P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 1100103260020130016200 (49150). 9 Auto del 25 de Junio de 2015 del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C. P. Guillermo Vargas Ayala. Rad. 11001032400020150016300.</small></p>

días sin agua. El consumo aproximado de la cantidad de agua que requiere un ser humano para subsistir es de tres (3) litros de agua por persona al día, pero sube a 50 litros para saneamiento básico, aseo del hogar y la preparación de alimentos.

En torno al agua no solo se suplen las necesidades básicas de supervivencia, también se desarrollan actividades económicas, culturales, de recreación y para algunas etnias también actividades religiosas.

En algunas regiones sus habitantes viven exclusivamente de actividades como la pesca o del turismo; si bien las comunidades hacen lo imposible por tratar de proteger los recursos hídricos, su esfuerzo no resulta suficiente, pues no cuentan con las herramientas necesarias para que el derecho al agua para el consumo en actividades humanas prime sobre el uso en actividades económicas que la contaminan y utilizan de manera indebida.

Este es un vacío en la legislación colombiana, pues el uso prioritario del agua debe ser el consumo humano para garantizar la supervivencia del ser humano de esta y las futuras generaciones y la realización de su vida social, económica, y cultural.

1.3. La protección del patrimonio natural colombiano

Según la FAO, en el ranking de países con mayor disponibilidad de recursos hídricos renovables del Sistema de Información Global sobre el Agua, Colombia es el séptimo país con mayor disponibilidad de recursos hídricos en el mundo, a pesar de los problemas actuales relacionados con el desabastecimiento de agua y la afectación de fuentes hídricas naturales. Adicionalmente, Colombia es el país con mayor superficie de páramos en el mundo, hace parte de los nueve países que concentran el 60% del agua dulce del mundo.

Ranking de países por disponibilidad de recursos hídricos en km³

Puesto	País	Km ³
1.	Brasil	8.233
2.	Rusia	4.507
3.	Estados Unidos	3.051
4.	Canadá	2.902
5.	Indonesia	2.838
6.	China	2.830
7.	Colombia	2.132
8.	Perú	1.913

Fuente: FAO, 2015.

Colombia durante décadas fue el país con más recursos hídricos después de Canadá, Rusia y Brasil; pero en los últimos años ha venido descendiendo en los índices del patrimonio hídrico por causa de la contaminación del agua generada por factores antrópicos, su uso inadecuado por parte de las empresas industriales, el tratamiento inadecuado de las aguas residuales, la deforestación y el cambio climático, entre otros.

Tal es el caso de los páramos, lagos, lagunas, morichales, ríos, etc. Que se encuentran en peligro debido a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables por parte de las industrias minera y petrolera, sin estudios previos sobre el estado y ubicación de las aguas conexas. Ejemplo de ello lo vivió el departamento de Casanare con la pérdida de cientos de chigüiros y otras especies nativas; o, en Tumaco, la población piscícola se ha visto gravemente afectada. Lo anterior, sin mencionar los perjuicios sociales y económicos de sus habitantes, que terminan siendo mayores que los beneficios de regalías que perciben los departamentos.

Adicionalmente, otras actividades se constituyen como factores de deterioro de las fuentes hídricas así, la tala indiscriminada de árboles, los asentamientos humanos de manera no planificada, los rellenos sanitarios y los botaderos a cielo abierto, el mal manejo de las aguas servidas y residuales, la actividad agrícola y ganadera sin planificación ambiental, entre otras actividades, están atentando no solo contra la salud, sino contra el derecho al agua.

Los Estados ya son conscientes de la necesidad de catalogar al agua como derecho fundamental, y para ello se han firmado Convenciones y Acuerdos Internacionales tendientes a proteger el agua, las cuales revisaremos en el transcurso de este texto.

1.1. El agua es un servicio público garantizado por el Estado colombiano

El Estado colombiano expidió la Ley 142 de 1994, la cual en su artículo 5° establece que *cada municipio del país tiene el deber de asegurar a todos sus habitantes la prestación eficiente y continua de los servicios públicos domiciliarios, como acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas combustible y telefonía a través de empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por el respectivo municipio.*

El artículo 1° del Decreto número 753 de 1956, "Por el cual se sustituye el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo" estableció que servicio público es <<toda actividad

organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas." En armonía con lo anterior, la Ley 142 de 1994, en su artículo 14, numeral 14.22 estableció la siguiente definición de "servicio público domiciliario de acueducto": Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte".

Se entiende el derecho al agua como <<el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico". El fundamento jurídico de este derecho, además de reposar en varios textos de tratados internacionales sobre derechos humanos, supone que a cada ciudadano se le proteja, respete y garanticen las siguientes tres facetas de este derecho: (i) el derecho a disponer, y a (ii) acceder a cantidades suficientes de agua y, además, que el mismo sea (iii) de calidad para los usos personales y domésticos>>.

En torno a dichas condiciones, el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas** ha indicado lo siguiente⁹:

1. La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

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

3. La Accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

3.1. Accesibilidad Física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben

estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

⁹ ONU. Observación General número: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

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

3.3. No Discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. Esta fue la posición adoptada por la Corte al establecer que ninguna fuente de agua puede ser utilizada de manera que el líquido logre abastecer solo a algunas personas, y se deje sin provisión a otros.

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

6. MARCO NORMATIVO

Los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Constitucional prevén un instrumento para integrar el derecho colombiano al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Se trata del bloque de constitucionalidad, compuesto por normas y principios utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por haber sido integrados a la Constitución por mandato de esta. La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del derecho al agua como fundamental, así, en sentencia C-220 de 2011 estableció que:

<p><i>“Dada la importancia del agua y su protección reforzada a nivel constitucional, esta Corporación en diversas oportunidades ha reconocido que el derecho al agua es un derecho fundamental. El contenido de este derecho ha sido precisado por la Corte de conformidad con la <u>Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de la siguiente manera:</u> “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹⁰.</i></p> <p>En este mismo sentido, la más reciente sentencia de la Corte Constitucional sobre el tema, Sentencia T-445 de 2016, reitera la importancia de la condición de accesibilidad al agua al referirse a la necesidad de proteger los ecosistemas y a la necesidad de identificar y corregir las principales causas de desperdicio en la utilización del agua, y formular y mantener una política en relación con el uso, la ordenación y su conservación.</p> <p>Ello también se evidencia en la sentencia C-035 de 2016, según la cual:</p> <p><i>“Uno de los motivos por los cuales los ecosistemas de páramo son considerados ecosistemas estratégicos, es su proximidad a centros poblados con alta densidad demográfica. Ello permite que los ecosistemas de páramo sean una de las principales fuentes de captación del recurso hídrico porque el transporte y suministro del mismo es más sencillo y económico, toda vez que el agua no debe recorrer grandes distancias para ser llevada a los lugares de donde se capta para su posterior utilización y se canaliza y/o distribuye mayormente por efecto de la gravedad”.</i></p> <p><i>“En esa medida, el páramo no solo debe ser protegido en tanto que es un recurso de la naturaleza, sino en atención a los servicios ambientales que presta, los cuales resultan estratégicos para contribuir a mitigar el cambio climático y a garantizar el acceso al agua potable”.</i></p> <p><i>“A partir de lo anterior, destaca la Sala que el derecho fundamental al agua se hace efectivo mediante el cumplimiento de las obligaciones del Estado de garantizar la disponibilidad, <u>accesibilidad</u> y calidad de recurso. Así mismo, para que el Estado pueda cumplir con dichas obligaciones, es necesario que se brinde protección especial a los ecosistemas <u>que “producen”</u> tal recurso como el páramo, pues como se dijo con anterioridad esta es una de las principales fuentes de abastecimiento de agua en el país, especialmente en las ciudades grandes y medianas”.</i></p>	<p>3. Naturaleza Jurídica del Derecho al Agua</p> <p>Los derechos de los cuales son titulares los miembros de un conglomerado humano se encuentran clasificados en diferentes categorías, de ahí que se consideran algunos de mayor importancia por su objeto de protección y como resultado son considerados de mayor rango, este es el caso de los denominados derechos fundamentales. Teniendo en cuenta el carácter estratégico para la vida y para el desarrollo social, cultural y económico del país, el agua debe ser protegida por el máximo carácter jurídico que se le pueda dar en nuestro ordenamiento legal.</p> <p>3.1 Requisitos esenciales para que un derecho sea considerado un derecho fundamental</p> <p>i) Conexión directa con los principios constitucionales</p> <p>Artículo 1º. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.</p> <p>Sentencia T-571 de 1992.</p> <p>ESTADO SOCIAL DE DERECHO</p> <p>El Estado se califica y define en función a su capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad, la efectiva realización y el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la sociedad. El Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.</p> <p>DERECHOS FUNDAMENTALES-Determinación</p> <p>Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia “aún de su concepción” y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como</p>
<p>lo ha venido sosteniendo esta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende solo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.</p> <p>Artículo 5º. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.</p> <p>Concepto. Los derechos inalienables son aquellos considerados como fundamentales; los cuales no pueden ser legítimamente negados a una persona. Ningún gobierno o autoridad tiene competencia para negarlos, ya que forman parte de la esencia de la persona. Los derechos humanos son derechos inalienables.</p> <p>Artículo 7º. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.</p> <p>Artículo 8º. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.</p> <p>ii) Eficacia directa</p> <p>Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una “textura abierta”, como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales. Ahora bien, la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación. En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de protección especial por medio de la tutela; tal es el caso del artículo 50 sobre los derechos de los niños. Igualmente pueden ser objeto de tutela casos en los cuales el juez considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos</p>	<p>fundamentales, de tal manera que, a partir de una interpretación global, el caso sub iudice resulte directamente protegido por la Constitución. De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente. En este sentido es acertado el enfoque del artículo 2º del Decreto número 2591 de 1991 cuando une el carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental y no a su ubicación.</p> <p>iii) El contenido esencial</p> <p>Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el NÚCLEO BÁSICO DEL DERECHO FUNDAMENTAL, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de “contenido esencial” es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, Dr. Edgar Augusto Arana Montoya 6 según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan. Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales, en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental.</p> <p>3.2 El agua, la seguridad alimentaria y la dignidad humana</p> <p>De acuerdo con el informe del Grupo de Alto Nivel de Expertos en Seguridad Alimentaria y Nutrición. “<i>Contribución del Agua a la Seguridad Alimentaria y la Nutrición</i>”, de julio de 2015, uno de los mayores desafíos que enfrenta la humanidad actualmente es “salvaguardar el agua en aras de la dignidad, la salud y la seguridad alimentaria de todos los habitantes del planeta”.</p> <p>Este grupo interdisciplinario de expertos se conformó en el año 2010 con el fin de brindar asesoría al Comité de Seguridad Alimentaria Mundial de las Naciones Unidas (CSA), con la finalidad de producir los informes necesarios a partir de análisis basados en pruebas objetivas, que sirvan como insumo para la orientación y el soporte en la toma de decisiones y la formulación de políticas públicas a nivel mundial.</p> <p>Algunas de las principales conclusiones de este informe establecen que “el agua es fundamental para la seguridad alimentaria y la nutrición. Es la linfa vital de los</p>

<p>ecosistemas, incluidos los bosques, lagos y humedales, de los que depende la seguridad alimentaria y la nutrición de las generaciones presentes y futuras. Es indispensable disponer de agua de calidad y en cantidad adecuadas, ya sea para beber como para el saneamiento, la producción alimentaria (pesca, cultivos y ganadería) y la elaboración, transformación y preparación de los alimentos”.</p> <p>El informe toca igualmente uno de los temas que mayor inquietud despiertan no solamente en el ámbito científico sino en el político, como es el del cambio climático, sobre el cual se afirma que “acentúa considerablemente la incertidumbre de la disponibilidad de agua en muchas regiones, ya que afecta a las precipitaciones, la escorrentía, los flujos hidrológicos, la calidad del agua, su temperatura y la recarga de las aguas subterráneas. Tendrá consecuencias tanto en los sistemas de secano, a través de los regímenes de lluvias, como en los de regadío, al modificar la disponibilidad de agua en el ámbito de la cuenca. El cambio climático modificará las necesidades de agua de los cultivos y la ganadería e influirá en los flujos de agua y en las temperaturas de las masas acuáticas, lo que tendrá consecuencias para la pesca. Las sequías pueden intensificarse en ciertas temporadas y en determinadas zonas debido al descenso de las precipitaciones o al aumento de la evapotranspiración. El cambio climático también influye notablemente en el nivel del mar, con efectos sobre los recursos de agua dulce de las zonas costeras”.</p> <p>El documento define al agua y a los alimentos como “las dos necesidades más elementales de los seres humanos”. De ahí que las tensiones producidas por la escasez de agua en diferentes partes del mundo, así como la presión creciente generada por el incremento demográfico, el aumento de los ingresos, los cambios en los estilos de vida y las dietas, así como la creciente demanda de agua para diversos usos, hayan hecho de estos dos elementos pilares fundamentales en la formulación de una agenda de desarrollo sostenible para la humanidad, que se viene construyendo desde el año 2015 y que deberá fijar metas y compromisos muy precisos de la comunidad internacional en aras de preservar el líquido vital.</p> <p>Es muy importante considerar el reconocimiento que se hace en este informe de la diversidad de perspectivas desde las que se puede analizar la problemática de la “escasez de agua”; en particular una perspectiva que para el caso del territorio colombiano podría aplicar de manera muy precisa: “puede existir escasez de agua en regiones ricas en recursos hídricos en las que hay un exceso de demanda de agua y, a menudo, una competencia creciente por su uso entre distintos sectores (agricultura, energía, industria, turismo, uso doméstico) que no se gestiona de manera adecuada”.</p> <p>Las dos premisas fundamentales de las que partió este grupo de expertos para abordar su</p>	<p>análisis, reafirman y dan cuenta de la importancia de promover un Acto Legislativo como el que hoy le estamos presentando al país, toda vez que se establece que: 1. “El agua potable y el saneamiento son fundamentales para la buena nutrición, la salud y la dignidad de todos”; y 2. “Contar con agua suficiente y de calidad adecuada es indispensable para la producción agrícola y para la preparación y elaboración de los alimentos”.</p> <p>Si a estos elementos les sumamos el análisis de la difícil coyuntura por la que atraviesa el país en materia de generación de energía, por cuenta de la disminución de las precipitaciones y el bajo nivel de los principales embalses, tenemos un escenario que hace no solamente pertinente sino indispensable que le brindemos a los colombianos y colombianas de hoy y del mañana una herramienta constitucional que les permita la defensa de un derecho que quizá hace mucho tiempo debió haber sido considerado fundamental por nuestra carta política.</p> <p>3.3 El agua es un derecho fundamental por conexidad con los derechos a la vida y al ambiente sano</p> <p>La jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias ocasiones y en diferentes casos ha hecho referencia al carácter de derecho fundamental del derecho al agua por conexidad. La Corte Constitucional definió en la Sentencia T-413 de 1995¹¹ al agua como un derecho fundamental en conexidad, manifestando lo siguiente:</p> <p><i>“En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente contra 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 (C. P. C. Artículo 11), la salubridad pública (C. P. C. artículos 365 y 366) o la salud (C. P. C. Artículo 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela.”</i>¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-413 de 1995 (M. P. Martínez Caballero, Alejandro.)</p> <p>Así mismo, la Sentencia T-418 de 2010¹² abarca un amplio y detallado recuento histórico sobre la dimensión del derecho al agua asegurando que:</p> <p><i>“Aunque no se trata de un derecho expresamente señalado por la Constitución Política, se ha de entender incluido, teniendo en cuenta el texto Constitucional aprobado por el Constituyente de 1991, y, en especial, sus posteriores reformas, al respecto.”</i></p>
<p><i>“De acuerdo con la Constitución Política, la no mención expr esa de un derecho en la Constitución, en modo alguno implica que éste no se encuentre considerado. Constitución Política, artículo 94”. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.</i></p> <p>Por otro lado, en Sentencia T-578 de 1992, la Corte admitió que la acción de tutela es procedente para proteger el derecho al agua si reúne los siguientes requisitos:</p> <p>(i) “que la vulneración o amenaza recaiga sobre un derecho constitucional fundamental”; (ii) “que no exista otro medio de defensa judicial”; y (iii) “que la acción de tutela a pesar de existir otro medio de defensa judicial, sea procedente como mecanismo transitorio”. En aquella ocasión la Corte sostuvo que:</p> <p>“[“] 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 <u>servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado</u> en tanto que afecte la vida de las personas (C. P. artículo 11), la salubridad pública (C. P. artículos 365 y 366) o la salud (C. P artículo 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela”. (Subrayado fuera del texto).</p> <p>“Es de resaltar el lenguaje categórico empleado por la Corte: “<u>el agua constituye fuente de vida</u>”. El carácter fundamental del derecho al agua es la decisión de querer reconocer un estado de cosas, no de crearlo. Colombia, al haber adoptado como modelo constitucional un Estado social de derecho, fundado en la defensa de la dignidad de toda persona y en el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales, en especial, su derecho a una vida digna, adoptaba a la vez, tutelar el derecho fundamental al agua a todas las personas. <u>Ningún sentido tendría pretender asegurar la vida, bien sea humana o de cualquier otra especie, sin asegurar el derecho al agua, en sus dimensiones básicas, como fundamental</u>. No solo desde el punto de vista científico existe un consenso sobre lo esencial que es el agua para la vida. Muchas de las culturas indígenas y negras de la Nación, siguen aportando sus conocimientos ancestrales al respecto, los cuales no han hecho más que insistir en la importancia del agua dentro de nuestro entorno vital; se trata de ideas que anunciaban muchos de los contemporáneos discursos ecologistas”. (Subrayado fuera del texto).</p> <p>Si bien la Corte Constitucional ha considerado que el derecho de toda persona al agua es un derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida y el ambiente sano y que es</p>	<p>objeto de protección constitucional mediante la acción de tutela en muchas de sus dimensiones, <u>no se ha pronunciado sobre la protección del recurso natural en sí</u>, pues su fundamento está enfocado en la prestación del agua como servicio público y como un recurso estratégico para la vida social, económica y cultural del país, que debe ser garantizado por el Estado tal y como corresponde en un Estado Social de Derecho.</p> <p>Por otro lado, el acceso al agua potable como servicio público domiciliario ha sido protegido en Colombia por la acción de tutela, en muchos casos, la Corte Suprema de Justicia ha obligado al Estado a garantizar la prestación del servicio con la mejor calidad en cuanto a captación de agua, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte; bajo estos postulados la Corte ha buscado proteger el derecho fundamental al agua en conexidad con el derecho a la vida y a un medio ambiente sano y saludable.</p> <p>En estos fallos la Corte Suprema de Justicia reiteró el carácter “ius fundamental” del derecho al agua potable, al advertir que: “<i>El servicio público de acueducto tiene como finalidad la satisfacción de necesidades vitales de las personas, lo que exige, naturalmente, el suministro de agua apta para el consumo humano pues no podrá considerarse que el servicio se presta con el mero transporte del líquido, sin aplicarle ningún tipo de tratamiento cuando no reúne las condiciones físicas, químicas y bacteriológicas mínimas exigidas para su uso, sin que ponga en riesgo la salud y la vida de sus consumidores</i>”.</p> <p>Esta protección también se ha dado en casos en que particulares vierten desechos sobre las fuentes de agua, limitando, no el acceso sino la calidad. Así, en la Sentencia T-523 de 1994¹³ la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida y a la salud, y al medio ambiente sano a través de la garantía del ambiente sano en relación con la protección del agua de otras actividades humanas económicas y sociales.</p> <p>3.4 Posiciones subjetivas u objetiva de la Corte Constitucional</p> <p>Se ha dejado a un lado la protección al propio recurso “agua” el cual es vital para la vida y el desarrollo económico, social y cultural de una sociedad en crecimiento como la nuestra, donde la importancia del recurso es incuestionable.</p> <p>La titularidad del derecho al agua como derecho subjetivo está en cabeza tanto de los individuos como de la comunidad; por ello la jurisprudencia ha precisado que este derecho es tanto individual y colectivo. El derecho al agua es un derecho colectivo, por ejemplo, respecto de la obligación de protección y conservación de las fuentes hídricas para las</p>

generaciones futuras. Estas obligaciones serán, en consecuencia, reclamables por medio de mecanismos judiciales como las acciones populares; sin embargo, a través de los años nos hemos dado cuenta que estas acciones de protección no garantizan la preservación del recurso ya que el abuso indiscriminado y explotación minera, energética, agrícola e industrial ha hecho que las decisiones de la Corte sean limitadas por el carácter estratégico de estas actividades del mercado. A esto se suma una situación de desequilibrio en la que el ordenamiento jurídico colombiano no cuenta con una legislación contundente en materia de protección al recurso hídrico, pero sí se enfrenta a modelos de crecimiento económico basados en la explotación indiscriminada y no regulada del agua.

Por lo tanto, es indispensable, con el ánimo de esclarecer tanto los derechos de propiedad de los recursos hídricos, como para darle el lugar que le corresponde en la sociedad, el mercado y el Estado, desarrollar una dimensión objetiva de los derechos fundamentales los cuales hacen referencia a su poder vinculante frente a todos los poderes públicos.

En efecto, los derechos fundamentales constituyen un sistema de valores positivados por la Constitución que guía las decisiones de todas las autoridades, incluido el Legislador; dada esta doble dimensión de los derechos, la Corte Constitucional ha reconocido que su realización depende tanto de la actividad judicial, como de la existencia de leyes, normas administrativas y, en general, de políticas públicas que desarrollen sus contenidos y prevean mecanismos de seguimiento y vigilancia de la realización de los derechos.

Al respecto la Corte expresó lo siguiente en la Sentencia T-704 de 2006¹⁴: Que los derechos constitucionales fundamentales se consi-gnen en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, pero no es suficiente. Es preciso el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones por parte del Estado, tanto en el nivel nacional como en el territorial, orientadas a garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica.

Sobre el mismo punto, la Corte señaló lo que sigue en la Sentencia T-418 de 2010¹⁵: “La protección y garantía adecuada de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales constitucionales, bien sean de libertad o sociales, depende en buena parte de las políticas públicas que, dentro del orden constitucional vigente, sean diseñadas, elaboradas, implementadas, evaluadas y controladas, en un contexto de democracia participativa”. En consecuencia, es una obligación del Legislador expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes (social, económico, político, cultural, etc.), no solamente en el contexto de controversias subjetivas que se sometan a la jurisdicción. Esas leyes deben estar acompañadas de mecanismos administrativos, políticos, económicos y de otra índole que

hagan realidad sus cometidos, así como de instrumentos de seguimiento, vigilancia y control de la adecuada actuación de todos los poderes públicos desde una perspectiva dederechos.

Sentencia T-223/18

Al ser el agua una necesidad básica y un elemento indispensable para la existencia del ser humano, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que este derecho fundamental, tiene un carácter: (i) universal, por cuanto todos y cada uno de los hombres y mujeres, sin discriminación alguna, requieren de este recurso para su subsistencia; (ii) inalterable, ya que en ningún momento puede reducirse o modificarse más allá de los topes biológicos; y (iii) objetiva, puesto que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o de subsistencia, sino que se instituye como una condición ineludible de subsistencia para cada una de las personas que integran el conglomerado social.

Al Estado le corresponde el deber de garantizar la provisión del servicio de agua, en principio, a través del municipio, quien debe asegurarse de la prestación efectiva del servicio de acueducto, y cuando no hubiere la infraestructura necesaria para ello, ofrecer soluciones alternativas de mediano y largo plazo que garanticen el acceso al recurso hídrico para consumo humano.

Como se expuso en las consideraciones de esta providencia, aunque no haya una mención expresa sobre la entidad obligada a garantizar el derecho fundamental al agua, es claro que, a partir de una lectura sistemática de la Constitución, la ley y la jurisprudencia se ha establecido que la unidad territorial encargada de garantizar la prestación efectiva de los servicios públicos es el municipio, bien sea directamente o través de particulares o comunidades organizadas. 15 (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-418 de 2010. M. P. Calle Correa, María Victoria.)

Sentencia T-188/18

El derecho al agua potable para consumo humano adquiere carácter fundamental cuando su ausencia afecta otros derechos como la vida digna o la salud de personas que gozan de especial protección constitucional.

En este caso, la Sala de Revisión consideró que se cumplieron los presupuestos jurisprudenciales para obtener el suministro de agua por vía de tutela al comprobarse que (i) en el inmueble habita la madre del actor, sujeto de especial protección en razón

de la edad y del estado de salud; (ii) la suspensión del servicio de acueducto ha afectado sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna y (iii) la falta de pago de las facturas obedece a una situación involuntaria de los habitantes del inmueble, quienes subsisten con menos de un salario mínimo mensual.

En consecuencia, el presente proyecto de Acto Legislativo tiene por objeto el reconocimiento constitucional al **derecho al agua, a partir de un enfoque biocéntrico en el que se respeta tanto el derecho a acceder al agua de los seres humanos** como la correlativa garantía de protección y conservación de los ecosistemas que producen dicho recurso natural, esencial para la supervivencia del medio ambiente y de los seres que lo habitan, en seguimiento a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

6.1 INTERNACIONAL

6.1.1. En el Derecho Internacional de Derechos Humanos

En este cuerpo normativo se encuentra contemplado el derecho humano al agua de tres formas principales. De manera implícita, relacionada con otros derechos especiales y de manera autónoma y explícita como en la doctrina de las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

a) De manera implícita o indirecta¹⁰ está en la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas en 1948¹¹, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y otros, donde se expresa que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud, el bienestar y la alimentación; lo cual sin agua no es posible.

b) Relacionada con otros derechos está en la Convención¹² sobre los Derechos del Niño¹³, el cual expresa la necesidad imperante de los Estados de “combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”. Nótese que la norma expresa la obligación del Estado en términos de suministro, sin interesar la manera de realizarlo. Por tanto, se deberá garantizar de manera física la entrega del líquido a la población infantil.

6.1.2 En las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Estas son las interpretaciones autorizadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre las cuales tres están relacionadas con el agua la número 15, la 12 y la 14.

La Observación General no. 15, es tal vez el cuerpo más importante respecto del derecho humano al agua que nace en interpretación de lo dispuesto en los artículos 11 y 12¹⁴ del Pacto. Esta, parte de una visión amplia del derecho a la vida digna donde el agua es una condición para la supervivencia de los seres humanos y ayuda a la realización de otros derechos del pacto como la alimentación, la vivienda, la educación y la cultura.

Para su realización establece que se debe tener en cuenta:

a) La utilización del principio de no discriminación e igualdad de tal manera que genere la obligación especial del Estado de eliminar las diferencias no justificadas en el acceso al agua apta para el consumo humano, con atención de aquellas personas de especial protección como los menores, los pueblos indígenas, los desplazados, los presos, entre otros.

¹² Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Esté en el literal c) del artículo 24

¹³ Véase en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>, consulta del 19 de mayo de 2012. 14:37.

¹⁴ Artículo 11 1. “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. [...] Artículo 12 1. “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad infantil y de la mortalidad de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”

¹⁰ Los que se presentan no son los únicos, véase igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos y más

¹¹ Artículos 3 y 25.

- b) Debe existir una prelación en los usos del agua en donde los abastecimientos personales y domésticos deberán desplazar a los demás como industriales, prácticas culturales y otros.
- c) Se debe garantizar la seguridad de las condiciones salubres de las fuentes hídricas y eliminar la contaminación que presente un riesgo para el hábitat humano.

Derivado de lo anterior, el derecho debe comprender: i) la disponibilidad, la continuidad y la suficiencia del recurso teniendo en consideración el clima, el trabajo, la ubicación geográfica de acuerdo con los lineamientos establecidos en por la Organización Mundial de la Salud. ii) la calidad vista en páginas anteriores, iii) la accesibilidad física, económica y no económica.

6.1.3 En el Derecho Internacional Humanitario

En este cuerpo normativo se encuentra el derecho humano al agua relacionado con la defensa de bienes y personas protegidas en situación de conflicto, con el fin de limitar las conductas y medios militares¹⁵ de quienes participen en las hostilidades, lo cual comprende tres ópticas:

Una bajo la cual se pretende la protección del medio ambiente incluido el recurso hídrico mediante restricciones a la utilización de "técnicas de modificación ambiental"¹⁶ con fines militares estratégicos; entre las cuales está el uso de armas biológicas o químicas, tóxicos, gases asfixiantes entre otros. Otra que responde al mantenimiento del derecho sobre personas intervinientes en el conflicto como los prisioneros¹⁷, a los cuales el Estado retenedor deberá suministrar agua potable y alimentos suficientes para el mantenimiento de su vida.

Por último, aparece la protección bienes y personas relacionadas con el conflicto. Según el Protocolo Adicional a los Convenios de 1949 y otros, se prohíbe inutilizar y atacar obras indispensables para el mantenimiento de la población civil como las reservas de agua y las instalaciones para de ella surtirse. Lo cual será de vigilancia de los organismos de asistencia humanitaria.

¹⁵ Cuarto Convenio de la Haya de 1907, artículo 22 del anexo.

¹⁶ O "todas aquellas que tienen por objeto alterar -mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales- la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio exterior" Véase el artículo segundo de la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD).

¹⁷ Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), de 1949

6.1.4 En el Derecho internacional público ambiental

A partir de la publicación "la primavera silenciosa"¹⁸ que introdujo las bases de la ecología moderna, los Estados comenzaron a implementar una serie de medidas jurídicas para la protección del medio ambiente, que en materia internacional han hecho parte del derecho público.

La protección de las aguas se ha presentado en diversos cuerpos, sin que esté necesariamente relacionada con el derecho que nos ocupa, ya que vigila y cuida el recurso hídrico *per se*, entre éstos se destacan:

- a) En la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, realizada en Estocolmo en 1972 se reconoció que las condiciones de vida adecuadas son un derecho humano, entre las cuales podemos incluir el acceso al agua apta para consumo.
- b) A su vez la declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en 1977, estableció que en 1990 la humanidad debería contar con los servicios de agua y saneamiento, lo cual implicaba una serie de acciones positivas por parte de los Estados.
- c) La Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente de Naciones Unidas insistió sobre la importancia de asumir y enfrentar la escasez del agua, así como su utilización insostenible. A su vez proclamó por la consideración del recurso hídrico como un bien económico, finito y fundamental para la vida del hombre por tanto solicitó mecanismos de participación para la toma de decisiones sobre sus cuestiones.
- d) La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo como marco primario del Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible o Agenda XIX, el Convenio sobre Diversidad Biológica, Cambio Climático, la Declaración de Principio de los Bosques entre otros, vinculó la visión ambiental de los recursos naturales a los derechos humanos entendiendo por estos últimos la condición bajo la cual se desarrolla el hombre y la calidad de vida.
- e) La Agenda XIX establece a su vez que el suministro de agua dulce a la totalidad de la población acorde con sus necesidades básicas debe ser una meta global.
- f) En el derecho marítimo también encontramos las siguientes manifestaciones sobre la protección de los recursos hídricos que estarían relacionadas con la disponibilidad: la Convención de Naciones Unidas sobre los usos de los cursos de aguas internacionales de 1997, las Reglas de Helsinki de 1996 entre otros.

¹⁸ CARSON, Rachel. Silent Spring. Mariner Books, Boston. 2002.

- g) En 2002, en Johannesburgo, mediante los resultados de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, se trataron como aspectos principales el acceso al agua potable y el saneamiento básico por cuanto representan un modo de calidad de vida sostenible. Por tanto, fue la oportunidad de adoptar compromisos ciertos y concretos en la ejecución de la Agenda XXI y en general del desarrollo sostenible.

Adicionalmente, se planteó la necesidad de garantizarle a más de cien millones de personas que no cuentan con agua potable el DHA y proveerlos de igual manera del saneamiento básico adecuado. "En esta cumbre se refleja un consenso internacional en el sentido de considerar el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho fundamental."¹⁹

Derecho comparado

Los esfuerzos de Colombia en materia ambiental son insuficientes. Hace tan solo apenas unos años se ha empezado a dar importancia a la protección del medio ambiente y lograr que los recursos sean sostenibles. Contrario a otros países que ya incluyen el agua como un derecho fundamental, Colombia sigue atrasada en estas medidas, a pesar de estar sufriendo las consecuencias del calentamiento global y los fenómenos del cambio climático que están afectando a varias regiones en todo el país. Algunos países que han establecido el derecho al agua como fundamental desarrollan:

PAÍS	REFERENCIA CONSTITUCIONAL
Argentina	El poder judicial de la República de Argentina haciendo uso de la cláusula de apertura de la Constitución consagrada en el numeral 22 del artículo 75 de la Carta Política, que otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, ha establecido que el acceso al servicio de agua es un derecho fundamental.

¹⁹ DEFENSORIA DEL PUEBLO. El Derecho Humano al Agua en la Constitución, la Jurisprudencia y Los Instrumentos Internacionales" PROSEDHER. Bogotá. 2005.

PAÍS	REFERENCIA CONSTITUCIONAL
Bolivia	La Constitución Política de la República de Bolivia incorpora, dentro de su texto, el derecho fundamental al agua potable en varios de sus artículos. El artículo 16 establece: "Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación" y en el artículo 20 consagra que: "Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley".
Ecuador	La República del Ecuador, en el artículo 12 de su Constitución, consagra el derecho al agua en los siguientes términos: "El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida".
Italia	En Sentencia número 259 de 1996 la Corte Constitucional italiana sostuvo que "el agua es un bien primario en la vida del hombre, configurado como recurso para salvaguardar, caracterizado por ser un derecho fundamental tendiente a mantener íntegro el patrimonio ambiental".
Bélgica	El Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional del Estado Federal de Bélgica, en Sentencia número 036 de 1998, reconoció la existencia de un derecho al agua. Esta Corporación señaló que este derecho "se deriva del artículo 23 de la Constitución y de Capítulo 18 del Programa 21 aprobado en junio de 1992 en Río de Janeiro por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo".

En el Derecho internacional público ambiental

A partir de la publicación "la primavera silenciosa"²⁴ que introdujo las bases de la ecología moderna, los Estados comenzaron a implementar una serie de medidas jurídicas para la protección del medio ambiente, que en materia internacional han hecho parte del derecho público.

La protección de las aguas se ha presentado en diversos cuerpos, sin que esté necesariamente relacionada con el derecho que nos ocupa, ya que vigila y cuida el recurso hídrico *per se*, entre éstos se destacan:

- a) En la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, realizada en Estocolmo en 1972 se reconoció que las condiciones de vida adecuadas son un derecho humano, entre las cuales podemos incluir el acceso al agua apta para consumo.
- b) A su vez la declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en 1977, estableció que en 1990 la humanidad debería contar con los servicios de agua y saneamiento, lo cual implicaba una serie de acciones positivas por parte de los Estados.
- c) La Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente de Naciones Unidas insistió sobre la importancia de asumir y enfrentar la escasez del agua, así como su utilización insostenible. A su vez proclamó por la consideración del recurso hídrico como un bien económico, finito y fundamental para la vida del hombre por tanto solicitó mecanismos de participación para la toma de decisiones sobre sus cuestiones.
- d) La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo como marco primario del Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible o Agenda XIX, el Convenio sobre Diversidad Biológica, Cambio Climático, la Declaración de Principio de los Bosques entre otros, vinculó la visión ambiental de los recursos naturales a los derechos humanos entendiendo por estos últimos la condición bajo la cual se desarrolla el hombre y la calidad de vida.
- e) La Agenda XIX establece a su vez que el suministro de agua dulce a la totalidad de la población acorde con sus necesidades básicas debe ser una meta global.
- f) En el derecho marítimo también encontramos las siguientes manifestaciones sobre la protección de los recursos hídricos que estarían relacionadas con la disponibilidad: la Convención de Naciones Unidas sobre los usos de los cursos de aguas internacionales de 1997, las Reglas de Helsinki de 1996 entre otros.
- g) En 2002, en Johannesburgo, mediante los resultados de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, se trataron como aspectos principales el acceso al agua potable y el saneamiento básico por cuanto representan un modo de calidad de vida sostenible. Por tanto, fue la oportunidad de adoptar compromisos ciertos y concretos en la ejecución de la Agenda XXI y en general del desarrollo sostenible.

Adicionalmente, se planteó la necesidad de garantizarle a más de cien millones de personas que no cuentan con agua potable el DHA y proveerlos de igual manera del saneamiento básico adecuado. "En esta cumbre se refleja un consenso internacional en el sentido de considerar el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho fundamental."²⁵

Es posible observar que la lista de derechos fundamentales de la Carta de 1991 no es taxativa o limitante y por ende se encuentran en ella inmersos los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y otros. Esta figura se conoce como bloque de constitucionalidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al ser un instrumento que contempla derechos humanos que no pueden ser limitados en estados de excepción, hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio. La Defensoría Del Pueblo propone que, las observaciones del Comité al ser las interpretaciones oficiales del Pacto tendrán igual suerte y harán parte de nuestro ordenamiento por adscripción²² ya que son preceptos internacionales que poseen la posibilidad de modificar el actuar de los Estados, bien sea por pertenecer a clasificaciones especiales de países garantistas, costumbre como fuente del derecho y otros. Dicho bloque en palabras de la Corte posee dos ópticas. La primera denominada *strictu sensu*, conformada por principios y normas de valor constitucional que se reflejan en el texto *ius fundamental* y los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida en los estados de excepción²³. La segunda o *lato sensu* comprendida por normas de diversa jerarquía que permiten realizar control de constitucionalidad como tratados internacionales, incluidos los limitrofes, las leyes orgánicas y las estatutarias²⁴.

De ahí que, el contenido del bloque no se limite únicamente a lo visto. En diversas sentencias de la Corte Constitucional se han contemplado como parte del bloque de constitucionalidad, el derecho a la protección de la mujer embarazada²⁵, los convenios de la OIT²⁶, los derechos sociales²⁷, los derechos de los niños, algunos principios procesales como el debido proceso y la presunción de inocencia²⁸; los derechos de las víctimas del desplazamiento interno forzado, el agua para consumo humano directo²⁹ y otros. Por tanto,

²² Sin embargo, se encuentra en la doctrina que establece que las observaciones no hacen parte del ordenamiento interno ya que se tratan únicamente de criterios de interpretación o hermenéuticos para la validez el alcance de los preceptos constitucionales.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 de 1994. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y otras.

²⁶ Tales como los contemplados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Protocolo de San Salvador, los de la OIT entre otros. Véase: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y otras.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 1999 M.P.: Carlos Gaviria Díaz y otras.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ La Corte en Sentencia T-381 de 2009 y otras, refiere el derecho al agua para consumo humano, como un derecho reconocido en tratados internacionales—que se estudiarán en capítulos posteriores— integrándolo así en el bloque de constitucionalidad.

6.2 NACIONAL

En Colombia las aguas se encuentran reguladas en diversas normas, unas para las marítimas, otra para las continentales, otras para las lluvias y atmosféricas y así sucesivamente, lo cual contempla una falta de integralidad del régimen entre el cual se desenvuelve el derecho objeto de estudio.

Por otra parte, el DHA se encuentra consagrado de manera adscrita en la Constitución Política de Colombia, en las normas del derecho ambiental y en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Veamos:

6.2.1. De la adscripción del DHA a la Constitución Política de Colombia de 1991.

Como se dijo en páginas anteriores, el DHA en Colombia no se encuentra expresamente consagrado en nuestro texto constitucional, por tal razón corresponde ahora el estudio de las maneras o formas²⁰ de vinculación con nuestra norma *ius fundamental*: la inmersión en el bloque de constitucionalidad, tener conexidad con otros derechos fundamentales y tratarse de un derecho subjetivo innominado.²¹

6.2.2 En el bloque de constitucionalidad.

A partir de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Constitución que rezan:

"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"

"La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

²⁰ Véase criterios clásicos para determinar la existencia de derechos fundamentales en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-402 de 1992. M.P.: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

²¹ De lo que se verá en este aparte que podría predicarse un criterio adicional del DHA y sería la expresa consagración como derecho fundamental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

el DHA, hace parte del bloque también por inclusión directa por parte de la jurisprudencia constitucional³⁰.

Por lo anterior, no existe duda alguna que el DHA es uno fundamental que hace parte de nuestro ordenamiento interno, en otras palabras, el contenido normativo del derecho y por ende de las obligaciones del Estado para realizarlo se encuentra basado primordialmente en el concepto de bloque de constitucionalidad³¹ Adicionalmente, encontramos que el DHA por estar en el bloque goza de la regla hermenéutica de favorabilidad, mediante la cual, no se puede restringir el ejercicio del derecho fundamental en virtud de disposiciones internas que le sean contrarias³².

6.2.3. Los derechos fundamentales por conexidad.

La adscripción del DHA a la Constitución Política de Colombia también puede observarse por una figura denominada "conexidad", mediante la cual algunos derechos adquieren el carácter de fundamental por su relación con éstos.

Esta es la relación que se predica del agua de manera permanente con la vida y la salud de las personas, cuando sea utilizada de manera directa para consumo humano. Es decir: a) el derecho al agua es fundamental cuando esté destinada al consumo humano, ya que solo en este evento estará en conexión con la vida digna y la salud; b) Por ende la acción de tutela será la llamada a la protección del DHA y desplazará a la acción popular. No lo será en cambio cuando el agua esté destinada a usos como el industrial y el agropecuario; c) dicha acción de tutela podrá ser interpuesta contra autoridad pública como contra cualquier particular que afecte el derecho; d) "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 domésticos, la calidad salubre del agua, y la accesibilidad física, económica e igualitaria a ella"³³

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-270 de 2007. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

³¹ DEFENSORIA DEL PUEBLO. El Derecho Humano al Agua en la Constitución, la Jurisprudencia y Los Instrumentos Internacionales" PROSEDER. Bogotá. 2005. Página:

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 251 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Dijo en su momento la Corte "No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que tratados de derechos humanos internacionales ratificados por Colombia no los reconocen o los reconoce en menor grado"

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-381 de 2009. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<p>Por ende, el agua por su relación con la vida y la salud es un derecho fundamental por conexidad y de esta manera se encuentra también adscripto a la norma <i>iusfundamental</i>.</p> <p>6.2.4. Por expresa consagración de la jurisprudencia constitucional. Para tratar la cuestión se cita y seguirá a la Corte Constitucional en Sentencia T-418 de 2010 ya que lo desarrolla ampliamente.</p> <p>“Aunque no se trata de un derecho expresamente señalado por la Constitución Política, se ha de entender incluido, teniendo en cuenta el texto Constitucional aprobado por el Constituyente de 1991, y, en especial, sus posteriores reformas, al respecto.”³⁴</p> <p>La Corte narra como la Constitución se decretó, sancionó y promulgó con el fin de asegurar a los colombianos la vida, la justicia y la igualdad, organizando un estado social de derecho fundado en cuatro pilares: el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general.</p> <p>Por ende, se fijaron como fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos de la Constitución sin discriminación alguna; el saneamiento ambiental a cargo del Estado, el derecho a gozar de un ambiente sano y “la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”</p> <p>Terminando por concluir que “El derecho al agua, por tanto, es un derecho constitucional complejo que se ha venido desarrollando a lo largo de los últimos años, en especial, en atención a la importancia que el mismo tiene como presupuesto de los demás derechos fundamentales y del desarrollo. El derecho al agua está interrelacionado y es indivisible e interdependiente de los demás derechos fundamentales. De hecho, la complejidad del derecho al agua incluye, incluso, dimensiones propias de un derecho colectivo, con las especificidades propias de este tipo de derechos. Pero esta es una cuestión que la Sala tan sólo menciona y no entra a analizar, por no ser relevante para la solución del problema jurídico concreto.”³⁵</p> <p>6.2.5 En el Derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios.</p> <p>Los artículos primero y segundo de la Constitución Política de 1991 disponen que Colombia es un Estado Social de Derecho y por ende reconoce, consagra y respeta los</p> <p>³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 818 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla. ³⁵ Ibidem.</p>	<p>derechos y garantías de los ciudadanos, entre ellos el DHA. Más aun, es un fin esencial del Estado garantizar su ejercicio, mediante los servicios públicos domiciliarios³⁶ que son acueducto, alcantarillado, aseo, gas y energía eléctrica, donde los dos primeros tendrán nuestra mayor atención.</p> <p>En palabras de la Corte Constitucional “La realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas”³⁷</p> <p>El sistema de prestación de los servicios permite que sean llevados a cabo tanto por particulares como por el Estado. En este sentido podrán prestarlo únicamente³⁸ las sociedades por acciones, las organizaciones autorizadas, las empresas industriales y comerciales del Estado y los municipios de manera directa³⁹ cuando no exista particular dispuesto a hacerlo.</p> <p>7. ALCANCE DEL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO</p> <p>7.1 Acceso al agua como derecho fundamental. Uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) presentados por la Organización de Naciones Unidas, concretamente el sexto objetivo es “garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible”. Para la Organización de Naciones Unidas “el agua libre de impurezas y accesible para todos es parte esencial del mundo en que queremos vivir” y “hay suficiente agua dulce en el planeta para lograr este sueño”.</p> <p>La protección del recurso hídrico es una necesidad urgente a nivel global. Según la Organización de Naciones Unidas (ONU) “para 2050, al menos una de cada cuatro personas probablemente viva en un país afectado por escasez crónica y reiterada de agua dulce”⁴⁰.</p> <p>³⁶ Son domiciliarios por cuanto se entiende que deben llegar de manera efectiva a la residencia de las personas, lo cual tiene como excepción en acueducto: la venta de agua en bloque y la prestación por pilas públicas. ³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-636 de 2000, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL. ³⁸ Artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994 ³⁹ Los municipios podrán prestar los servicios siempre y cuando agoten el procedimiento descrito en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994. ⁴⁰ Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos Disponible en línea, en http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/</p>
<p>Este objetivo de desarrollo sostenible, junto con los otros 16 objetivos, son una base para la construcción de una paz sostenible en nuestro país.</p> <p>El derecho al agua, cuyo contenido ha sido desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en reiterada jurisprudencia, es un derecho polifacético. Así, la Corte Constitucional ha mencionado que entre los derechos constitucionales relevantes en materia del agua “vale la pena al menos mencionar los siguientes: el (1) derecho a la vida, que se consagra como inviolable y (2) a que nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, (3) el derecho a la igualdad (“), (4) los derechos de las niñas y de los niños; (5) al saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado; (6) a una vivienda digna; (7) el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y a que la comunidad participe en las decisiones que puedan afectarlo”⁴¹.</p> <p>En este sentido, las distintas dimensiones del derecho al agua podrían clasificarse en al menos dos grupos, la primera dimensión hace de este derecho una condición necesaria del derecho a la vida de los seres humanos, y todos los aspectos y garantías que se relacionan con esta dimensión: igualdad, derechos de las niñas y los niños, vivienda digna, etc. La segunda dimensión relaciona directamente el derecho al agua como recurso natural esencial del medio ambiente con el derecho a gozar de un ambiente sano. Ambas dimensiones quedan plasmadas en el texto de artículo 11 A que propone el presente proyecto de acto legislativo, pues no solo se establece que todo ser humano tiene derecho al acceso al agua sino y que su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, con lo que se recoge la dimensión humana del derecho al agua, sino que, además, se establece que se trata de un recurso público esencial para el desarrollo social, ambiental, económico y cultural y que corresponde al Estado colombiano garantizar la protección, conservación, recuperación y manejo sostenible tanto del recurso como de los ecosistemas.</p> <p>El derecho al agua ha sido definido por Naciones Unidas como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”⁴² que comprende (i) el derecho a disponer, y a (ii) acceder a cantidades suficientes de agua, y, además, que el mismo sea (iii) de calidad “para los usos personales y domésticos”. Por otro lado, como ya se mencionó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha indicado una serie de elementos necesarios</p> <p>⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014. ⁴² Decenio del Agua: El derecho humano al agua y al saneamiento. Disponible en línea en : http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml</p>	<p>para garantizar efectivamente el derecho al acceso al agua⁴³. Siguiendo nuevamente la doctrina nacional⁴⁴:</p> <p>“De las definiciones propuestas se vislumbra que los principales elementos del derecho humano al agua son aquellos que permiten la vida en condiciones dignas por parte de los asociados.⁴⁵ El DHA posee tres tipos de obligaciones principales de acuerdo con lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (siendo comunes a los derechos humanos): proteger, respetar y cumplir.</p> <p>La obligación de proteger hace referencia al amparo del derecho frente a terceros que directa o indirectamente puedan afectarlo o disminuir su ejercicio. Por ende, se exige del Estado crear las medidas necesarias para su satisfacción, entre ellas, una normatividad que regule el comportamiento de las personas y, de esta manera, se impidan las posibles interferencias en el goce del derecho. En palabras de la Observación en cita, esta obligación implica “adoptar las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo con las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros”.</p> <p>Sobre el particular, la Corte Constitucional ha dicho que “esta obligación implica (i) la adopción de medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten de forma no equitativa los recursos de agua; (ii) demanda a los Estados impedir que terceros menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables, cuando éstos controlen los servicios de suministro de agua; y (iii) exige la promulgación de legislación en aras de la protección y funcionamiento eficaz del sistema judicial con el fin de resguardar el goce del derecho al agua potable frente a afectaciones provenientes de terceros”⁴⁶.</p> <p>⁴³ ONU. Observación general número 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). ⁴⁴ Gómez-Rey, A. y Rodríguez, G. El derecho fundamental al agua. Desde el derecho ambiental y los servicios públicos domiciliarios. Legis Editores. Bogotá, 2013 ⁴⁵ Como se ha venido planteando a lo largo del documento, el acceso al agua en condiciones de salubridad, ha sido entendido como un derecho fundamental, pues este permite la vida en condiciones dignas. Desde una perspectiva más amplia, el agua como elemento del ambiente también hace parte del derecho. ⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p>

<p>Por su parte, la obligación de respetar, en palabras de Rodríguez, Lozano y Gómez⁴⁷, implica directamente al Estado en el compromiso de no interferir en el disfrute del derecho al agua, bien sea de manera directa o indirecta, incluso en lo relativo a las formas autóctonas de distribución del recurso hídrico. Esto comporta la proscripción de ataques a la infraestructura de suministro, lo que representa en algún grado una intersección con el catálogo de prohibiciones previsto por el derecho internacional humanitario. Por ende, comprende las siguientes prohibiciones dirigidas al Estado: i) inmiscuirse en las formas tradicionales y culturalmente adecuadas de las comunidades en su gestión comunitaria del agua; ii) realizar cualquier práctica que restrinja su acceso; iii) contaminar o permitir la contaminación del recurso; y iv) limitar el acceso a servicios, redes o infraestructura necesaria para el abastecimiento de las aguas⁴⁸.</p> <p>Por último, la obligación de cumplir exige que el derecho sea reconocido en los mecanismos legales existentes y se traduzca y garantice a través de políticas públicas coherentes que permitan su pleno ejercicio. Para ello se requiere el cumplimiento de tres sub-obligaciones (facilitar, promover y garantizar) así descritas por el Comité en la Observación General No. 15:</p> <p>“La obligación de facilitar exige que los Estados parte adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho. La obligación de promover impone al Estado parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua. Los Estados parte también tienen la obligación de hacer efectivo (garantizar) el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de medios a su disposición”.</p> <p>Efectuadas las anteriores precisiones, veamos entonces cada componente del derecho humano al agua:</p> <p>7.1.1. Disponibilidad</p> <p>Por disponibilidad se entiende, según el Diccionario de la Real Academia Española, la condición de estar lista para utilizarse, por ende, requiere que la cosa (en nuestro caso el</p> <p>⁴⁷ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, LOZANO, Carlos y GÓMEZ REY, Andrés. La protección jurídica del agua en Colombia. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.</p> <p>⁴⁸ Se debe hacer la siguiente precisión: En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el agua en el marco del conflicto debe ser respetada por todos los actores. En el Derecho Internacional Humanitario es obligación del Estado no interferir, como bien podría serlo, destruir los páramos o las tuberías.</p>	<p>agua) exista y se pueda usar. Teniendo en cuenta que el agua no se encuentra en todos los lugares de nuestra geografía nacional⁴⁹, será obligación del Estado diseñar los sistemas necesarios para su transporte a zonas que no cuentan con este líquido vital. Ahora bien, “que se pueda usar” requiere el cuidado de las aguas y el recibo de estas en cantidades suficientes y de manera continua, lo cual contempla los subcomponentes de la disponibilidad que son: sostenibilidad, continuidad y cantidad, que desarrollaremos a continuación.</p> <p>7.1.1.1. Disponibilidad como sostenibilidad</p> <p>La sostenibilidad de las aguas se garantiza a través de un ordenamiento jurídico dispuesto al cuidado, protección, preservación, conservación y recuperación de los recursos naturales. En Colombia ha sido regulado a través del derecho ambiental⁵⁰ y es principalmente ejercido por las entidades que hacen parte del Sistema Nacional Ambiental. Esto con el fin de garantizar a los habitantes del territorio nacional y aquellos vendedores (principio de responsabilidad intergeneracional procedente de la Declaración de Río de Janeiro de 1992⁵¹), la existencia del recurso en condiciones adecuadas.</p> <p>Sobre este punto, será entonces obligación del Estado⁵² cuidar y proteger los recursos naturales de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 79 y 80 de la Constitución Política, ya que es “un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren las siguientes dimensiones: (i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad</p> <p>⁴⁹ A manera de ejemplo en el Departamento de la Guajira.</p> <p>⁵⁰ Sobre este particular debemos resaltar que el artículo del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (decreto Ley 2811 de 1974), reza en su artículo 9 que el uso de los recursos y demás elementos ambientales deben ser utilizados en forma eficiente para lograr su máximo provecho.</p> <p>⁵¹ En este sentido, existe un componente ético que implica responsabilidad no solo con las personas que actualmente tienen derecho. En consecuencia, el DHA debe garantizarse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de las generaciones presentes y futuras.</p> <p>⁵² Aunque los particulares también poseen la obligación de cuidado. Véanse los artículos 79, 80 y 95 de la Constitución Política de Colombia.</p>
<p>directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección⁵³.</p> <p>7.1.1.2. Disponibilidad como continuidad.</p> <p>La continuidad hace referencia a la regularidad con la cual se reciben las aguas. Esta frecuencia en el tiempo deberá permitir la satisfacción de las necesidades básicas (humanas y domésticas) de las personas.</p> <p>Así las cosas, “este subnivel obligacional insta al Estado a: (i) abstenerse de interrumpir o desconectar de manera arbitraria o injustificada los servicios o instalaciones de agua; (ii) regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua; (iii) garantizar que los establecimientos penitenciario y servicios de salud cuenten con agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas; y (iv) asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes⁵⁴”.</p> <p>7.1.1.3. Disponibilidad como cantidad.</p> <p>La cantidad hace referencia al volumen de agua recibida por las personas, el cual deberá ser suficiente para el mantenimiento de la vida y la salud. Por ende, las personas requerirán agua para consumo directo o bebida, preparación de alimentos y alimentación, aseo personal y doméstico y saneamiento básico.</p> <p>Con relación a la disponibilidad como cantidad la Corte Constitucional ha señalado que, “el Estado está obligado, de acuerdo con este subnivel obligacional, entre otras cosas, a (i) abstenerse de privar a una persona del mínimo indispensable de agua; (ii) facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes; y (iii) garantizar que todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada tengan acceso permanente a agua potable, a instalaciones sanitarias y de aseo, de eliminación de desechos y de drenaje⁵⁵”.</p> <p>Para lograrlo, se espera que el Estado adopte políticas públicas para promover el uso eficiente y el ahorro de agua⁵⁶, así como el efectivo cuidado del recurso hídrico a través de la interdisciplinaria rama del derecho ambiental.</p> <p>⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-632 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.</p> <p>⁵⁴ Ibidem.</p> <p>⁵⁵ Ibidem.</p> <p>⁵⁶ Adelante se observará como este punto ha sido abarcado por el derecho ambiental al contemplar la obligación de realizar programas para el uso eficiente y ahorro del agua.</p>	<p>7.1.2. Accesibilidad</p> <p>La accesibilidad, de manera general implica tener en cercanías mediatas del hogar, lugar de trabajo, estudio o desenvolvimiento personal bien sea el agua o las instalaciones necesarias para su abastecimiento. Lo cual a su vez requiere que se haga sin discriminación alguna y con el acceso a la información suficiente. A su vez, la accesibilidad posee dos aspectos primordiales, el físico y el económico, que serán desarrollados a continuación.</p> <p>7.1.2.1 Accesibilidad física</p> <p>Dejaremos que la Corte Constitucional explique el componente así: la accesibilidad física hace referencia a que el agua y las instalaciones de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. En esta medida debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Además, los servicios e instalaciones de agua deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, al ciclo vital, a la cultura y a la intimidad⁵⁷.</p> <p>Para este alto tribunal, las principales obligaciones por parte del Estado son: (i) garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y para prevenir las enfermedades; y (ii) garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar.</p> <p>Aunado a lo anterior, el Estado también está obligado, de acuerdo con este subnivel obligacional a: (iii) abstenerse de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva; (iv) abstenerse de generar obstáculos que impliquen la inexistencia de los servicios públicos domiciliarios o impidan su prestación; (v) adoptar medidas para velar por que las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación; (vi) proporcionar o asegurar que los desplazados internos disfruten de libre acceso al agua potable; (vii) adoptar medidas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad; (viii) velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua; (ix) adoptar medidas para velar por que se suministre agua salubre suficiente a los grupos que tienen dificultades físicas para acceder al agua, como las personas de edad, las personas con discapacidad, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en</p> <p>⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.</p>

zonas propensas a desastres y las que viven en zonas áridas y semiáridas o en pequeñas islas; (x) facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas; y (xi) brindar a las personas que no pueden acceder a los servicios públicos de acueducto y alcantarillado los medios y condiciones adecuados para que satisfagan ellas mismas sus necesidades básicas⁵⁸.

7.1.2.2. Accesibilidad económica o asequibilidad

La asequibilidad, a su vez, hace referencia a que el agua o las actividades necesarias para su distribución puedan ser sufragadas por las personas en términos económicos, es decir, que sea posible pagar por ellas sin comprometer, amenazar o poner en peligro otros derechos como la alimentación, la educación, la vivienda, entre otros.

Al respecto, la Corte Constitucional⁵⁹ ha señalado que “el subnivel obligacional de accesibilidad conmina al Estado a: (i) abstenerse de efectuar aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua; (ii) abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad; (iii) impedir que terceros menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables; (iv) establecer un sistema normativo para garantizar el acceso físico al agua en condiciones de igualdad y a un costo razonable, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento; (v) velar por que el agua sea asequible para todos; (vi) adoptar las medidas necesarias para que el agua sea asequible, se sugieren: a) la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas. b) políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo. c) suplementos de ingresos; y (vii) garantizar que todos los pagos por suministro de agua se basen en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos”.

7.1.2.3. No discriminación

De acuerdo con el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos toda persona tiene los derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Esto quiere decir que todas las personas tienen el derecho a estar libres de discriminación, así como de otras garantías como el DHA.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
⁵⁹ Ibidem.

El derecho a la no discriminación implica entonces, la exclusión, restricción o preferencia por dichos motivos o por cualquier otra condición que tenga el propósito de afectar o deteriorar el goce completo del DHA y en especial, el derecho a altos índices de salud y de la calidad del agua, además del acceso y la disponibilidad de dicho recurso.

Bajo los anteriores preceptos, el grado de importancia del DHA hace que éste sea reconocido a toda persona, sin excepción alguna. Es decir, las condiciones subjetivas de género, raza, religión, sexo, opción política, estratificación socioeconómica y otras no deben ser tenidas en cuenta al momento de garantizar el suministro y abastecimiento del agua. En palabras de la Observación General No. 15, “el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos internacionalmente”.

De aquí, que se espera un especial interés en la garantía del derecho al agua por parte de la población históricamente discriminada como la que habita la ruralidad, los refugiados, los desplazados y los pueblos indígenas.

7.1.2.4. Acceso a la información y participación

La participación es el derecho que tienen “(...) todas las personas a conocer, intervenir e incidir en la decisiones respecto de actividades, obras o proyectos que involucren sus intereses (...)”⁶⁰ y como deber tiene dos acepciones, la primera como “(...) la obligación del Estado a respetar otros derechos tales como el derecho a ser escuchado, al debido proceso y a obtener respuesta por parte de la Administración(...)”⁶¹; permitir y desarrollar espacios idóneos para su desarrollo y ejecución; así como la obligación o deber de los ciudadanos a coadyuvar en la toma de decisiones que a todos nos interesa como el ambiente.

La eficiencia de la participación está relacionada además con la información que es además un derecho fundamental. Dicho derecho “comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua. Así se debe tener el derecho de contar con sistemas de información adecuados y oportunos por medio de los cuales sea posible solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con el agua potable y el saneamiento básico”⁶².

⁶⁰ RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y MUÑOZ AVILA, Lina Marcela. “La Participación en la Gestión Ambiental. Un Reto para el Nuevo Milenio”. Universidad del Rosario. Bogotá 2009.
⁶¹ Ibidem.
⁶² CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

7.1.3. Calidad

Este componente hace referencia a las condiciones de pureza que debe mantener el agua para evitar afectaciones a la salud y la vida de las personas. De tal manera implica:

- Que las aguas para consumo humano o doméstico cumplan con parámetros de salubridad, es decir, que no posean microorganismos o sustancias fisicoquímicas que puedan afectar la salud de las personas, incluidos los olores, sabores o colores que impidan su uso personal o doméstico.
- El diseño y existencia de políticas públicas que permitan la medición o control de la calidad del agua, y
- Que las descargas que se realicen a las aguas no contaminen las fuentes.

Para lograr garantizar la calidad, el Estado debe cumplir con las siguientes obligaciones: “(i) abstenerse de reducir o contaminar ilícitamente el agua; (ii) promulgar y hacer cumplir leyes que tengan por objeto evitar la contaminación y la extracción no equitativa del agua; (iii) garantizar a la población el suministro efectivo del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad que exigen la Constitución y la ley; (iv) adoptar medidas para impedir que terceros contaminen o exploten en forma indebida los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de disposición de agua; (v) proteger los sistemas de distribución de agua de la injerencia indebida, el daño y la destrucción; (vi) adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados; (vii) velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas como componente de la higiene ambiental e industrial; (viii) garantizar que todos tengan acceso a servicios de tratamiento adecuados, para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable; (ix) garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo para garantizar la realización del derecho a la salud pública; (x) llevar a cabo el manejo y disposición de basuras bajo criterios técnicos que protejan el medio ambiente y preserven la salubridad colectiva”⁶³.

En consecuencia, la calidad del agua debe permitir los siguientes usos: a) los personales, como el consumo humano, el saneamiento o evacuación de residuos orgánicos humanos;

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-188 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

b) el lavado y aseo personal y doméstico; de ropa y accesorios personales, c) la conservación y preparación de alimentos; d) los vinculados como la producción de alimentos bien sea para explotación primaria o autoconsumo y aquellos que permitan evitar las enfermedades.

7.2 Busca la disminución de impactos ambientales por el uso del agua en actividades productivas

Es necesario implementar un verdadero modelo de desarrollo sostenible en Colombia en el que la protección ambiental sea un tema prioritario y que no desconozca el derecho internacional cuando se establezcan las líneas de crecimiento económico nacionales.

Es indispensable no solo crear estrategias de sanción y de penalización a quienes contaminen, sino establecer las pautas necesarias para la prevención y mitigación de la contaminación medioambiental.

7.3 No busca la gratuidad del Servicio Público

Este Proyecto de acto Legislativo atiende la Observación número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sentido en que debe atender a las condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad conforme al principio de progresividad. Con ello, se resuelve la inquietud frente al tema de la gratuidad y mínimo vital por las siguientes razones:

La accesibilidad en sentido amplio implica que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte; y en sentido específico, la accesibilidad económica implica que los costos deben estar al alcance de todos y no ser un obstáculo. Por lo tanto, la accesibilidad no implica gratuidad ni implica la inexistencia de un costo por el servicio; lo que implica es que dicho costo cumpla con ciertas características.

Cabe anotar que de acuerdo con el estudio “Avance del derecho humano al agua en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales” de la Defensoría del Pueblo, en materia de accesibilidad económica es evidente que el abastecimiento de agua supone la existencia de costos directos e indirectos derivados del transporte, aducción, tratamiento, almacenamiento, distribución y comercialización de líquido. Por ende, es claro que los costos no provienen del agua, sino de las actividades requeridas para su distribución

<p>en óptimas condiciones, y estos costos en ningún momento se desconocen en el presente proyecto.</p> <p>Adicionalmente, tal y como lo manifestó el DNP en el concepto enviado en el acto legislativo anterior que fue archivado, la asequibilidad desde el punto de vista de accesibilidad económica no indica un servicio gratuito. Ello por cuanto la ley es clara al consagrar como indebida competencia a la hora de prestar el servicio público de agua potable, la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo.</p> <p>En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-041 de 2003 señaló que “el concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (artículo 367) y ha surgido en cabeza de los particulares, la obligación a contribuir en el financiamiento de los gastos en que incurra el prestador del servicio dentro de los criterios de justicia y equidad (artículos 95, 367, 368 y 369 C. P.). Por ende, el reconocimiento del derecho al agua como fundamental no implica que el servicio de acueducto deba ser gratuito para la población.</p> <p>Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior y partiendo de la no gratuidad del servicio y de la existencia de unos costos asociados al mismo, es claro que al derecho al agua también le son aplicables los mandatos generales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación con su aplicación. <u>Por lo tanto, debe haber una aplicación progresiva del derecho.</u></p> <p>Por lo tanto, para evitar interpretaciones erróneas y para que el Estado pueda responder a las obligaciones que se generan con el reconocimiento de este derecho se incluyó de manera explícita el principio de progresividad. También se hizo con el fin de reafirmar el pronunciamiento de la Corte en su sentencia T-760 de 2008 según el cual “Las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho”.</p> <p>7.4 La Regla de Sostenibilidad Fiscal no se puede invocar como un impedimento para reconocer Derechos Fundamentales.</p> <p>Frente a este punto es importante destacar que la regla de sostenibilidad fiscal no es un impedimento para reconocer derechos fundamentales. En el año 2011 se aprobó el Acto</p>	<p>Legislativo número 3 relacionado con la sostenibilidad fiscal que, en su primer artículo, hoy artículo 334 de la Constitución establece que:</p> <p>“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.</p> <p>Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público será prioritario (“).</p> <p>Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, en ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.</p> <p>En este sentido, el cumplimiento y garantía plena de los derechos fundamentales es la principal excepción a la regla de sostenibilidad fiscal.</p> <p>7.5 No generará una Tutelación</p> <p>La acción de tutela para amparar el derecho fundamental de acceso al agua es un mecanismo existente que no depende de la consagración de éste en la Constitución para su activación efectiva. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que “<i>se ha ocupado en varias ocasiones de la procedencia de la acción de tutela para la salvaguarda del derecho al agua, entendiendo que cuando se destina al consumo humano se realiza su propio carácter de derecho fundamental y su protección puede ser garantizada a través del mecanismo constitucional</i>”. La Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que es necesario “<i>estudiar a fondo las particularidades propias de cada caso</i>”.</p> <p>Más allá de las posibilidades de activación de mecanismos de protección que se puedan activar al consagrar el derecho al agua como derecho fundamental en el texto de la</p>									
<p>Constitución, cabe resaltar que Colombia se ha comprometido a nivel internacional a cumplir con las metas asociadas al objetivo número 6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Es decir, el Gobierno nacional ya ha adquirido unos compromisos y se ha propuesto unas metas en términos de protección del recurso hídrico que en nada se modifican con la consagración del derecho al agua como derecho fundamental en la Constitución. En este sentido, a continuación, se mencionan algunas de las metas a las que se compromete Colombia asociadas al objetivo de desarrollo sostenible consistente en “garantizar la disponibilidad del agua y su gestión sostenible”:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Para 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos. • Para 2030, mejorar la calidad del agua mediante la reducción de la contaminación, la eliminación del vertimiento y la reducción al mínimo de la descarga de materiales y productos químicos peligrosos, la reducción a la mitad del porcentaje de aguas residuales sin tratar y un aumento sustancial del reciclado y la reutilización en condiciones de seguridad a nivel mundial. • Para 2030, aumentar sustancialmente la utilización eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir sustancialmente el número de personas que sufren de escasez de agua. • Para 2030, poner en práctica la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda. • Para 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos. • Apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento”. <p>Asimismo, el documento de Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 estableció que “El acceso a los servicios de Agua Potable y Saneamiento Básico (APSB) genera efectos positivos sobre el desarrollo económico, debido a que mantiene la salud y la productividad laboral, alcanzando relaciones de beneficio-coste de hasta siete a uno en países en desarrollo (UNESCO, 2016). En contraste, y de acuerdo con diversos estudios, un limitado acceso a estos servicios guarda relación con poblaciones más propensas a una baja atención sanitaria y a un menor acceso a trabajos estables²⁰, lo que reduce en mayor pobreza y desigualdad para los habitantes urbanos y rurales. Por ello, se debe expandir la cobertura de APSB en zonas remotas y marginales, mediante el aprovechamiento de las nuevas tecnologías (Duque & Ramirez, 2018)”.</p>	<p>Adicionalmente las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 señalan que “Debido al crecimiento de la población y la presión de la demanda sobre la oferta de agua en algunas zonas del país, (medida por el índice del uso del agua²¹ y en concordancia con el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 6, lograr el acceso universal al agua y saneamiento básico. Colombia deberá asegurar el uso eficiente del recurso hídrico y garantizar la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento en el largo plazo”.</p> <p>Entre los datos presentados por el Gobierno se encuentra que “la provisión de agua y saneamiento básico en zonas rurales tiene en la gobernanza comunitaria la oportunidad para el necesario cierre de brechas con respecto al ámbito urbano²³ (mapa VIII-1). Además de las brechas en coberturas, el alto número de prestadores registrados en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) 2.507, de los cuales 2.436 atienden el 61,3% de los suscriptores de acueducto (SSPDa, 2017, pp. 10 -11) dificulta el desarrollo de economías de escala, la vigilancia, el control y la posibilidad de asistencia técnica por parte del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (MinVivienda), especialmente a los que presentan baja eficiencia operativa y administrativa (DNP, 2014, p. 97)”.</p> <table border="1" data-bbox="846 1895 1417 2114"> <thead> <tr> <th>Indicador</th> <th>Línea base</th> <th>Meta del Cuatrienio</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Personas con acceso a soluciones adecuadas de agua potable (T)</td> <td>44.214.643</td> <td>47.2442.643</td> </tr> <tr> <td>Personas con acceso a soluciones adecuadas para el manejo de aguas residuales (T)</td> <td>42.221.155</td> <td>45.501.155</td> </tr> </tbody> </table> <p>Por otro lado, si revisamos los datos del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, podemos encontrar que el Gobierno no cumplió la meta establecida, en contraste con la línea base del 2018:</p>	Indicador	Línea base	Meta del Cuatrienio	Personas con acceso a soluciones adecuadas de agua potable (T)	44.214.643	47.2442.643	Personas con acceso a soluciones adecuadas para el manejo de aguas residuales (T)	42.221.155	45.501.155
Indicador	Línea base	Meta del Cuatrienio								
Personas con acceso a soluciones adecuadas de agua potable (T)	44.214.643	47.2442.643								
Personas con acceso a soluciones adecuadas para el manejo de aguas residuales (T)	42.221.155	45.501.155								

Producto (asociado a la meta intermedia de IPM)	Línea de base (2013)	Meta a 2018
Personas con acceso a agua potable	41.877.000	44.477.000
Personas con acceso a una solución de alcantarillado	39.469.000	42.369.000

Es decir, el Gobierno Nacional actualmente tiene previsto en su Plan Nacional de Desarrollo como meta a 2022 el aumentar el número de personas con acceso a agua potable y con acceso a una solución de alcantarillado en el país. A pesar de no haber cumplido la meta del anterior cuatrienio, mantiene la voluntad de aumentar el número de personas con acceso a estos servicios. El cumplimiento y exigibilidad de las metas establecidas por el Gobierno es independiente de la promulgación del derecho al agua como derecho fundamental en la Constitución.

8. IMPACTO FISCAL EL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO

El proyecto de Acto legislativo en mención no requiere estudio de impacto fiscal ya que como lo establece el parágrafo del artículo 336 de la Constitución Política de Colombia.

“Artículo 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

de su condición o no de parlamentario, es inusual que algún congresista se encuentre particularmente privilegiado o perjudicado por un acto legislativo, y que, por lo mismo, de él se predique un conflicto de intereses. No se deben confundir, de un lado, los intereses políticos -inevitables en el ámbito parlamentario y sobre todo cuando se trata de reformar la Constitución- los cuales pueden concurrir con los intereses generales, con los denominados intereses meramente privados que, de otro lado, sí están excluidos por la figura del conflicto de intereses -tales como los intereses económicos particulares del congresista o los intereses meramente personales y subjetivos de orden no político-. De admitirse que los intereses políticos a favor o en contra de una reforma constitucional inhiben a los congresistas de participar en su tramitación, muchas normas de la Carta se tornarían irreformables o pétreas, como por ejemplo todas las normas sobre el Congreso de la República, las elecciones, los partidos, la relación entre el gobierno y la oposición y las entidades territoriales.”⁵⁶

⁵⁶ Corte Constitucional De Colombia. Sentencia C-1040 De 2005. Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

10. CONSIDERACIONES DEL PONENTE

La normatividad colombiana debe reestructurarse para dar la importancia que merece el agua ya que sin ella será imposible nuestra supervivencia como especie. El derecho al agua debe estar incluido dentro de los derechos fundamentales de la Constitución Política por su conexión directa con los principios constitucionales, especialmente los relativos a vida y a la dignidad de la persona humana, que tienen una implicación inmediata sobre la seguridad alimentaria de la población. Lo anterior, debido a la necesidad de garantizar la eficacia directa del derecho y no depender casuísticamente para su protección del establecimiento de conexidad con otro derecho fundamental.

Por su contenido esencial, el derecho fundamental al agua no puede depender para su realización de la voluntad de mayorías políticas coyunturales; por la obligación de incorporar a la normatividad interna los mecanismos que hagan efectivos los compromisos asumidos por el Estado colombiano como parte de la comunidad internacional, tales como el Pacto

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licoros estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso, se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores”.

9. CONFLICTO DE INTERESES – ARTÍCULO 291 LEY 5 DE 1992

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 291 de la ley 5 de 1992, modificado por la ley 2003 de 2019, se indicarán las circunstancias o eventos que potencialmente pueden generar un conflicto de interés para los honorables congresistas que discutan y decidan el presente proyecto de acto legislativo.

Considero que bajo ninguna razón se constituye un conflicto de interés sobre algún parlamentario, toda vez que la presente reforma busca hacer modificaciones de orden institucional que afectan la elección de cargos de elección popular, sin que por ella se constituya algún beneficio actual, directo y particular. Como ha señalado la Corte Constitucional, por regla general, los actos legislativos no constituyen conflictos de interés. Sobre este asunto, afirmó el tribunal constitucional en sentencia C-1040 de 2005:

“la regla general es que no cabe plantear impedimentos o recusaciones por conflicto de intereses con motivo del trámite de una reforma constitucional; estas figuras únicamente son procedentes en casos excepcionales en los que aparezca claramente demostrada la existencia de un interés privado concurrente en cabeza de un miembro del Congreso. Como por regla general las reformas constitucionales afectan por igual a todos los colombianos, independientemente

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1992, la Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de la Unesco de 1997 y la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Declaración de Johannesburgo) de 2002.

Siguiendo nuevamente a la doctrina nacional⁶⁴:

“Sin embargo, aunque en estos momentos no se discute la integración del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, el contenido de este sigue siendo discutido. Como una primera opción interpretativa pudiésemos pensar que el derecho está inmerso tal cual fue conceptualizado por la observación No. 15, es decir, como explicamos con anterioridad. Sin embargo, algunos operadores jurídicos han entendido el derecho con variadas y curiosas significaciones. Véase a manera de ejemplo como la Corte Constitucional ha planteado que el agua puede constituir o un derecho o un servicio público domiciliario⁶⁵ confundiendo entonces que es un derecho humano que se recibe por los regímenes jurídicos: ambiental, los servicios públicos domiciliarios y posiblemente los distritos de riego⁶⁶ (Ubajoa, 2016; Gómez y Rodríguez, et. al). En otras palabras, es un derecho que puede ser garantizado por las ramas del derecho antes citadas y no son estas las que constituyen el derecho.

Para evitar entonces esta variedad interpretativa se ha visto necesario que el derecho humano al agua se exprese de manera precisa en la Constitución, al parecer para “delimitar” su contenido y así comenzar su construcción legal y jurisprudencial. Por ello el país ha intentado en varias ocasiones su expresión escrita; a manera de ejemplo en el año 2007 la Defensoría del Pueblo propuso incluir el siguiente texto:

“Artículo 11-A. Todos los habitantes del territorio nacional tienen derecho a la cantidad de agua suficiente para satisfacer sus necesidades básicas en condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad. El derecho humano al agua es indispensable

⁶⁴ Gómez-Rey, A. e Ibáñez, A. La oposición tecnócrata sobre la inclusión del derecho humano al agua en la Constitución. Texto sin publicar, presentado ante la Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2018

⁶⁵ Fueron sus palabras exactas “El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público.” Corte Constitucional (2011)

⁶⁶ Reza la crítica de Gómez y Rodríguez (2013, p.47): “El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación, pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público”. Lo cual no comparten del todo los autores, ya que una cosa es el derecho y otra la forma política o sistema normativo mediante el cual se satisface...”

para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.

PARÁGRAFO. Nadie puede ser privado de la cantidad de agua necesaria para satisfacer sus necesidades básicas”.

Igualmente, el referendo constitucional aprobatorio por el derecho al agua (2008-2010 aproximadamente) planteó según Mira (2011, p.65) este texto:

“El acceso al agua potable es un derecho humano fundamental. El Estado tiene la obligación de suministrar agua potable suficiente a todas las personas, sin discriminación alguna y con equidad de género. Se debe garantizar un mínimo vital gratuito”⁶⁷

Siendo el último intento, el proyecto de acto legislativo 08 de 2020 Senado “Por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del capítulo I del título II de la Constitución Política de Colombia”, que rezó en su última versión:

“Todo ser humano en el territorio nacional tiene derecho al agua, en condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad, su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, para lo cual el Estado garantizará la protección y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico conforme al principio de progresividad”

Cabe señalar, que si bien los textos son similares tienen factores diferenciales que modifican estructuralmente tanto el contenido como sus posibles consecuencias, entre las cuales están: la gratuidad, la obligación del Estado de protección y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico, el principio de progresividad; la obligación del estado de suministrar agua a toda la población, la equidad de género, el mínimo vital gratuito y la función ecológica del agua.

Teniendo en cuenta que son varias las posibles visiones del derecho, la disputa por su contenido preciso no fue unánime entre sus negociadores (congreso, presidencia, academia, sociedad civil, ministerios, las entidades de las carteras de vivienda y ambiente, aquellas del sector de infraestructura, entre otros); por ello, en este punto se debe llamar la atención que, como el derecho ya hace parte de nuestro ordenamiento, tenemos algunos de sus presupuestos contenidos en la jurisprudencia constitucional pero existen aún

⁶⁷ Comité Nacional en Defensa del Agua y de la Vida

muchas imprecisiones, cuestiones, problemáticas y preguntas que se pretendían resolver son su consagración textual o expresa.

Por ello, aunque cabe señalar, que este proyecto de ley fue formulado a partir de las anteriores experiencias y así con los aportes de congresistas de diversos partidos, expertos, academia, y asesores del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Durante el proceso de formulación del presente acto legislativo se delimitó al territorio nacional para evitar confusiones derivadas de los conflictos ambientales transfronterizos asociados con cuerpos de agua que se encuentran en el territorio colombiano y de otros países.

Se incluyeron los elementos necesarios (accesibilidad, calidad y disponibilidad) para garantizar efectivamente el derecho al acceso al agua de acuerdo con la Observación General No. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Observación General tiene plena aplicación por cuanto se ha utilizado como criterio de interpretación por la Corte Constitucional tal y como se expuso en la Sentencia T -312 de 2012: “El estudio del derecho fundamental al agua, debe hacerse a la luz de los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional, en conjunto con las garantías contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como las interpretaciones y recomendaciones que de éste realiza el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales”.

Ahora bien, contar con el derecho de manera expresa en la constitución aparte de ayudar en su alcance, contenido y precisión, si bien plantea retos para el Estado colombiano, traerá grandes avances como el cumplimiento de metas OCDE, objetivos de desarrollo sostenible y permitirá el acceso progresivo a agua en condiciones de calidad y disponibilidad a la población del país.

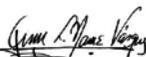
Así, la garantía del acceso al agua también tendrá como consecuencia que la población pueda enfocar sus esfuerzos en educación y otras variables que permitirán el crecimiento de la fuerza laboral, la tecnología y la invención al no destinar esfuerzos propios en la satisfacción de una necesidad básica como el agua.

Adicionalmente permitirá la ordenación coherente de los sectores, ambiente, vivienda, ciudad y territorio, infraestructura, minas y energía en torno a un tema común, vital para los pobladores de nuestro territorio nacional.

PROPOSICIÓN

De acuerdo con las consideraciones anteriores, se propone a la Comisión Primera del Senado de la República dar primer debate con el texto original del **Proyecto de Acto Legislativo No. 28 de 2021 Senado**, “por el cual se incluye el artículo 11 A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia”.

Cordialmente


Iván Leónidas Name Vásquez
Senador de la República
Alianza Verde

CONTENIDO

Gaceta número 223 - martes 6 de abril de 2021

SENADO DE LA REPÚBLICA

Págs.

PONENCIAS

Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley estatutaria número 263 de 2020 Senado, por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica, se frena la ‘cosificación de los bebés’, y se dictan otras disposiciones	1
Informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo número 28 de 2021 Senado, por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia	3