

VIVIANA MELISA BURGOS CÁRDENAS

**CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL
ESTADO COLOMBIANO POR LA EXISTENCIA DE UN ESTADO DE COSAS
INCONSTITUCIONAL – ECI FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA**

**(Maestría en derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil
y del Estado)**

BOGOTÁ

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL, CIVIL Y DEL ESTADO

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Secretaria General:	Dra. Martha Hinestrosa Rey
Director de Departamento de Derecho Civil:	Dr. Felipe Navia Arroyo
Directora de tesis:	Dra. María del Pilar García Pachón
Presidenta de tesis:	Dra. María del Pilar García Pachón
Examinadores:	Dr. Oscar Amaya Navas Dr. Julián Pimiento Echeverri

DEDICATORIA

*A Álvaro, María Mercedes y Javier.
Porque ustedes son el principio y el fin.*

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar quiero agradecer a la Dra. María del Pilar García Pachón, quién desde el principio creyó en la esencia del tema de investigación aquí planteado y que gracias a su valioso apoyo, verdadero fundamento del presente escrito, se alcanzó la perfilación conceptual de la investigación que se presenta.

Finalmente un agradecimiento especial a mi padre, Álvaro Burgos Arcos por su apoyo constante e incansable en la lectura de los borradores de este trabajo

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	ix
CAPITULO I	
EL DERECHO AL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	1
1.1 Alcance del Modelo Estado Social de Derecho Frente a los Derechos Fundamentales 1	
1.1.1 Antecedentes de la fórmula del Estado Social de Derecho.....	1
1.1.2 Sobre Los Derechos Fundamentales	4
1.1.3 Criterios para determinar la fundamentabilidad de un derecho	5
1.1.4 Obligaciones del Estado Social de Derecho Frente a Los Derechos Fundamentales ..	15
1.2 El Derecho al Agua Como Derecho Fundamental.....	17
1.2.1 Por su reconocimiento expreso	18
1.2.2 Por bloque de constitucionalidad	19
1.2.2.1 Instrumentos internacionales no vinculantes (soft law).....	20
1.2.3 Instrumentos internacionales que consagran el derecho fundamental al agua	26
1.2.4 Por su conexión directa con otros derechos y por ser inherente a la persona.....	31
1.3 Contenido y Obligaciones Que se Derivan del Derecho Humano al Agua Para el Estado Colombiano	33
1.3.1 Contenido del Derecho Fundamental al Agua	33
1.3.1.1 Disponibilidad.....	34
1.3.1.2 Calidad	35
1.3.1.3 La Accesibilidad	36
1.3.2 Desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional frente al Derecho al Agua	41
1.3.2.1 Primer momento jurisprudencial: las bases del derecho al agua	41
1.3.2.2 Segundo momento de la jurisprudencia relativa al Derecho al Agua	46

1.3.3 Recapitulación y conclusiones: exigibilidad del Derecho Fundamental al Agua en Colombia.....	51
--	----

CAPÍTULO II

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL – ECI FRENTE AL DERECHO HUMANO AL AGUA.....	56
--	-----------

2.1 Definición y Características de un ECI.....	56
2.2 Elementos Constitutivos de un Estado de Cosas Inconstitucional – ECI.....	60
2.3 Configuración de un Estado de Cosas Inconstitucional – ECI Frente al Derecho al Agua	64
2.3.1 La vulneración del derecho fundamental al agua genera una afectación de otros derechos constitucionales que ostentan un número significativo de personas.....	67
2.3.2 El constante incumplimiento de obligaciones en cabeza de las autoridades públicas que repercute en la garantía del derecho al agua	71
2.3.3 Creación de barreras para el disfrute del derecho fundamental al agua como la adopción de procedimientos por fuera de los establecidos para su consecución.....	78
2.3.4 Inexistente e insuficiente adopción de medidas legislativas, constitucionales, administrativas o presupuestales que consagren y protejan el derecho al agua.....	80
2.3.4.1 La solución a la problemática que trae la violación del derecho al agua requiere conjurar a varias entidades, con el fin de que adopten un conjunto complejo y coordinado de acciones	84
2.3.5 Si todas las personas a las que se le ha violado su derecho fundamental al agua o existe riesgo de daño por la afectación de este derecho acudieran a la acción de tutela para obtener la correspondiente protección, se produciría una mayor congestión judicial	87
2.4 El Estado de Cosas Inconstitucional Frente al Incumplimiento de las Obligaciones que Componen el Derecho Fundamental al Agua	90
2.5 Recapitulación y Conclusiones: Existencia de un ECI Frente al Derecho Humano al Agua	94

CAPÍTULO III

EXPLORACIÓN CONCEPTUAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL ECI FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA 97

3.1. Sobre la Justicia Medioambiental	97
3.1.1. Acerca de la Justicia Hídrica.....	99
3.1.2. Decisiones sobre el acceso al Agua en el Derecho Comparado	102
3.1.2.1. En Chile	102
3.1.2.3. En Argentina	103
3.1.2.3.1. Caso1. Menores Comunidad Paynemil.....	103
3.1.2.3.2 Caso 2. Matanza- Riachuelo	104
3.1.2.5 En Paraguay	105
3.2. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano por el ECI Frente al Derecho Fundamental al Agua	108
3.2.1. El Daño Antijurídico Producto de la Violación del Derecho Fundamental al Agua en Virtud del ECI	110
3.2.1.1 La configuración de un daño ambiental y ecológico por violación del derecho al agua	113
3.2.1.2. Algunas precisiones sobre los daños ecológicos y ambientales: amenaza y riesgo.....	121
3.2.3. Imputación de los Daños Configurados por Violación del Derecho al Agua.....	129
3.2.4. El Fundamento o Deber de Reparar en Cabeza del Estado	131
3.2.5. Medidas de Reparación por la Vulneración del Derecho Fundamental al Agua.....	137
3.3. Recapitulación y Conclusiones: Responsabilidad del Estado por los Daños Ambientales Producto del ECI.....	141
CONCLUSIONES.....	149
BIBLIOGRAFÍA.....	157

LISTA DE TABLAS**Pág.**

Tabla 1. Pronunciamientos iniciales sobre el acceso al agua.....	41
Tabla 2. Evolución sobre el derecho al agua, segundo momento jurisprudencial	46

INTRODUCCIÓN

La Organización de las Naciones Unidas – ONU (s.f), ha establecido que el agua es parte del desarrollo socioeconómico, es esencial para la producción de alimentos, permite la existencia de ecosistemas saludables y es vital en sí misma para la supervivencia de los seres humanos. Adicionalmente, el agua forma parte fundamental de la adaptación al cambio climático y en general es un vínculo crucial entre la sociedad y el medioambiente. Así mismo, esta organización destaca que el agua es una cuestión de derechos en tanto a medida que aumenta la población a nivel mundial, crece la necesidad de equilibrar la demanda comercial de los recursos hídricos y aquella requerida para la satisfacción de las necesidades de las comunidades para efectos de garantizar así una vida digna.

De la anterior manera, se vislumbra la importancia que se encuentra en poder del agua. Es un elemento transversal a todos los componentes del ser humano; económico, social, biológico y ambiental. Sin embargo, a pesar de su trascendencia se ha visto con preocupación que no toda la población tiene acceso para su consumo o para el desarrollo de tareas básicas, y no solo eso, sino más preocupante aún que las fuentes de agua están siendo contaminadas o se ha preferido priorizar su uso para el desarrollo de actividades económicas como la construcción de represas, el riego en el sector agroindustrial, así como para el desarrollo de actividades del sector minero energético o petrolero, entre otros, desconociendo así los usos esenciales definidos por el derecho internacional y el derecho Colombiano.

En ese contexto, consideramos que las situaciones mencionadas podrían constituir una vulneración del derecho fundamental al agua, por cuanto generan daños en las personas que las padecen, así como perjuicios irreparables al ambiente; situaciones que necesariamente conllevan a establecer una responsabilidad en cabeza del Estado y por consiguiente, la necesaria reparación de los perjuicios. Así, desde nuestro punto de vista, el desconocimiento de la garantía de acceso al agua potable va más allá de mostrar la ausencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, aunque claro está, no se desconoce su indiscutible relación.

De acuerdo con lo anterior y con base en los casos de agravio al derecho en comento que se estudiarán en este trabajo mediante la figura jurisprudencial denominada Estado de Cosas Inconstitucional – ECI, la pregunta que guía la presente investigación es: ¿la existencia de un estado de cosas inconstitucional frente al derecho fundamental al agua configura una responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado?.

En este orden de ideas, la hipótesis a defender en este trabajo es que a pesar de que el derecho al agua es un derecho fundamental reconocido por la Corte Constitucional, frente a esta garantía existe un Estado de Cosas Inconstitucional (García, 2017), lo cual deviene en una responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado Colombiano por cuanto existe un mandato de acción o de materialización positiva de los derechos por parte de las autoridades y del Estado en general, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

El Estado Colombiano acogió el modelo de un Estado Social de Derecho, en el cual entre sus principales principios están la justicia social, la dignidad humana y el bienestar general, además de la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T 622- 2016). De igual manera, en este modelo de Estado además de la enunciación positiva de los derechos se busca que haya goce y efectiva protección de éstos.

Al respecto Briceño (2017) ha afirmado que a partir de la constitución de 1991, el medio ambiente es uno de los fines del Estado y un derecho colectivo, haciendo notable la idea de la carga positiva que tiene el País en la defensa y protección de los derechos ligados al medio natural, el cual surge por la inmediata relación y repercusión que puede tener frente a derechos fundamentales tales como a la salud, a la vida y al derecho fundamental al agua, entre otros.

Así las cosas, resulta que del modelo de Estado adoptado por Colombia y de la naturaleza misma de los derechos humanos emana, además de una obligación negativa, es decir, un mandato de no interferencia de las autoridades, un deber de procurar efectivamente el bienestar de la comunidad. Por lo tanto, nos encontramos ante un escenario de exigir acciones, dejando a un lado la concepción de los derechos como simples mandatos formales.

Sobre lo expuesto, el profesor Briceño en el ya citado texto, manifiesta que se agrega una exigencia constitucional, según la cual la administración pública debe ejercer su actividad con eficiencia y eficacia y dar oportuno cumplimiento a las competencias legales y constitucionales que le son asignadas. En tal perspectiva, cobra fundamental importancia el papel de la Corte Constitucional, quien en sus más de 25 años de ejercicio, ha procurado crear herramientas que permitan precisamente la protección y efectividad de los derechos, entre las cuales se encuentra la figura del “Estado de Cosas Inconstitucionales”; mecanismo por el cual se declara que ciertos hechos resultan contrarios a la Constitución por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en ésta y en consecuencia insta a las autoridades para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas para corregir o superar ese estado de cosas (Josefina, Quintero & Lyons, 2011, p. 4).

De acuerdo a lo anterior, se propone que la declaratoria de un ECI genere una responsabilidad patrimonial del Estado dado que las autoridades no han actuado con diligencia, eficiencia y eficacia; y aunque los individuos y las autoridades realicen esfuerzos para garantizar él o los derechos en cuestión, las circunstancias irregulares no permiten que ellos se consoliden y por tanto cabe predicar la responsabilidad de la persona a cargo de garantizar esos derechos, en este caso, el Estado.

Cabe destacar que existen algunos precedentes como el del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del que se desprende que la eficiencia y eficacia son criterios para imputar responsabilidad al Estado. Al respecto Briceño (2017) cita lo siguiente: “la eficiencia exige en el administrador de bienes públicos que su actividad la desempeñe con vehemencia, con energía y en forma virtuosa” y en cuanto a la eficacia “conlleva el logro de la conducta prescrita por el orden jurídico, que implica [...] la efectiva aplicación de las sanciones por los órganos encargados de imponerlas”.

Respecto de las dificultades que se han presentado al momento de realizar esta investigación derivan principalmente en la consecución de información que revele el real estado de cumplimiento de las obligaciones del Estado frente al derecho al agua, en tanto el sustento del

ECI que se desarrolla en este trabajo se extrajo en mayor parte de sentencias de tutela, por considerarlas básicas.

Ahora bien, para lograr este análisis sobre la responsabilidad del Estado por la violación del derecho fundamental al agua en virtud del ECI, el presente escrito se ha dividido en tres capítulos. En el primero, se identifican y se analizan los diferentes criterios que existe para establecer cuándo se está frente a un derecho fundamental para así posteriormente pasar a estudiar si en el ordenamiento jurídico Colombiano, el derecho humano al agua ostenta tal calidad de fundamental, así como las obligaciones que de éste se derivan. En el segundo capítulo del trabajo, se estudia la figura del ECI, en general y posteriormente se identifican los elementos que conforman esta herramienta en relación con esta garantía y se determina entonces si existe tal estado de cosas y la consecuente vulneración del acceso al agua potable. Finalmente, en el tercer y último capítulo, se estudia si puede derivarse del ECI una responsabilidad patrimonial del Estado, estudiando la tipología de daños que se derivan del desconocimiento de obligaciones.

Para el desarrollo de este trabajo se utilizó una metodología jurídica y socio jurídica; el desarrollo del primer método se verifica en la construcción del primer capítulo, en el cual se acudió al estudio de la doctrina y la jurisprudencia para determinar el carácter fundamental de un derecho en general, para posteriormente abordar el que le corresponde al derecho humano al agua. En el siguiente capítulo, a raíz del estudio de diferentes estadísticas y situaciones sociales que constituyen el ECI en materia del derecho al agua, se considera que la metodología aplicada es la socio - jurídica. En lo concerniente al tercer capítulo, la metodología adoptada es nuevamente la jurídica dado que se analizan los diferentes preceptos en materia de responsabilidad aunque sin dejar de lado el estudio en la realidad social de los perjuicios que se pueden generar por vulnerar el derecho al agua.

CAPITULO I

EL DERECHO AL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

1.1 Alcance del Modelo Estado Social de Derecho Frente a los Derechos Fundamentales

1.1.1 Antecedentes de la fórmula del Estado Social de Derecho

Podríamos empezar diciendo que existen varias teorías y posiciones¹ sobre la aparición de la fórmula y los elementos que integran el Estado Social de Derecho, modelo de Estado que ha adoptado nuestro sistema jurídico (artículo 1 constitucional); encontramos que algunos teóricos señalan que el adjetivo *social* surgió como una fórmula para renovar el ya desgastado modelo de Estado de Derecho de acuerdo a las nuevas ideas y principios que se encontraban reivindicando las revoluciones sociales y la industrialización, tales como la igualdad material, bienestar general y justicia social² (Rivera, 1997). En este sentido, autores como Wolkmer explican que el concepto de Estado, se reestructura con el fin de atender los anhelos de sus ciudadanos, de modo que cada época reproduzca una determinada práctica jurídica vinculada a las necesidades humanas y las relaciones sociales (Wolkmer citado en Kalil, 2017, p. 335). Sin embargo, no es hasta la constitución de Weimar y la constitución de México que comienzan a esbozarse las primeras líneas de este modelo de Estado, al incluirse un catálogo de derechos sociales.

Posteriormente, después de la Primera Guerra Mundial, con el teórico Herman Heller se introduce y se redefine el modelo de Estado de Derecho a la fórmula de un Estado Social de Derecho, introduciendo el adjetivo *social* para con ello retomar los valores con los que había

¹ Verbigracia, El profesor Manuel Fernando Quinche sintetiza el avance hacía el Estado Social de Derecho señalando que fue una respuesta producto de ir agotando las etapas del Estado absoluto, el Estado gendarme y finalmente al Estado de derecho. En especial, sobre este último indica que este proceso tuvo como objetivo suprimir las arbitrariedades ejercidas por el aparato estatal sobre los ciudadanos. Fue una respuesta a la dominación previa del Estado absolutista (Quinche, 2009).

² Sobre este punto, conviene resaltar que para Bobbio los derechos humanos, incluso los derechos fundamentales son lo que este autor denomina como “derechos históricos”, es decir, nacen gradualmente, de acuerdo a determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de las nuevas libertades contra viejos poderes (Bobbio, 1991, p. 18)

iniciado el modelo de Estado de Derecho, es decir, reivindicando los relacionados con la justicia social, igualdad y libertad³ (Rivera, 1997) .

Sin embargo, tuvieron que pasar cerca de dos décadas, una Segunda Guerra Mundial, entre otros acontecimientos, para que el modelo concebido por Heller fuera acogido en una constitución–ley fundamental de Bonn en 1949 (Alemania)⁴. Siendo este evento, el acogimiento constitucional del mencionado modelo de Estado, entonces, una de los mayores avances en el constitucionalismo por cuanto implicó una transformación dado que puso a partir de ese momento en cabeza del Estado y sus instituciones, la obligación de satisfacer las necesidades⁵ y prestación de servicios públicos (Rivera, 1997). Aunado a lo anterior, una de las principales características de la fórmula del Estado Social de Derecho es la introducción de las tres generaciones de derechos fundamentales⁶, aunque delineado principalmente por los derechos económicos, sociales y culturales⁷ (Kalil, 2017, p. 335 y p. 342). De hecho, este modelo de Estado se define como aquel que “acepta e incorpora al orden jurídico, a partir de su propia Constitución, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles

³ Confróntese a Luis Villar Borda, quien sobre el estado de derecho y el estado social de derecho aclara: “El creador del concepto de Estado social de derecho es el jurista alemán Hermann Heller (1891-1933). Por primera vez en 1930 plantea la tesis al formular la alternativa entre Estado de derecho y dictadura. El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real” (Villar, p. 2007, p. 83).

⁴ Cabe aclarar que para el caso Colombiano, fue a través del derecho francés que el derecho colombiano conoció primeramente la doctrina del Estado de Derecho y no de su fuente Alemana (Villar, 2007, p. 77)

⁵ “(...) La teoría del Estado social perfila una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone, esta vez, no de un conjunto de facultades, sino de necesidades básicas. Según esta línea de pensamiento, ninguna concepción sobre el contenido de los derechos humanos, en cuanto fundamento del Estado, puede desconocer que «grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos»” (Bernal, 2018, p.38). De igual manera para Bernal, esta teoría de pensamiento argumenta que no basta con los deberes de abstención que recaen sobre el Estado a partir de los derechos fundamentales de libertad, sino que por el contrario debe partirse de la base de *la necesidad* o en otras palabras, de las necesidades básicas de la persona.

⁶ En este punto, vale la pena acotar que actualmente se ha desvanecido esa barrera o la diferenciación que existía entre los llamados derechos de primera, segunda y tercera generación. “ (...) hoy en día se hace hincapié más bien en los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.” (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas , 2005, p. 3) De igual manera, Norberto Bobbio sobre este término de los derechos de primera, segunda y tercera generación expresa: “Aun cuando las demandas de los derechos pueden ser dispuestas cronológicamente en distintas fases o generaciones, las especies son siempre, respecto a los poderes constituidos, solamente dos: o impedir sus maleficios u obtener sus beneficios. En los derechos de la tercera o de la cuarta generación puede haber derechos tanto de una como de otra especie” (Bobbio, 1991, p. 19).

⁷ En un sentido similar, se encuentra precisamente que es el Estado Social de Derecho aquel que incorpora en el ordenamiento jurídico, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles. Se habla de derechos de segunda generación y más adelante se vendrán a complementar con los derechos de tercera generación (Villar, 2007, p. 82).

(...). Los últimos son catalogados como derechos de primera generación, mientras que los derechos sociales se han calificado como derechos de segunda generación. Hoy se habla incluso de derechos de tercera generación⁸.” (Villar, 2007, p. 86).

El Estado Social de Derecho, también se caracteriza porque existe una obligación de otorgar unas condiciones de vida mínimas para toda la sociedad, seguridad social, igualdad entendiéndose que debe haber un trato desigual para los desiguales, equidad social en el entendido de que se deben eliminar los abusos originados en el poder económico, un sistema jurídico que garantice las indemnizaciones en el caso de intervenciones del Estado en los derechos de los individuos de la sociedad (Katz, 1987, p. 94 citado en Villar, 2007, p. 88).

En el caso Colombiano, se ha indicado por lo menos nominalmente el cambio de modelo de Estado, el cual surgió con la Constitución de 1991, es decir, que fue con ésta constitución que se pasó de un Estado de Derecho (Constitución de 1886) a un Estado Social de Derecho (Quinche, 2009). Sobre este tránsito, la Corte Constitucional (citado en Ramírez) señala que a diferencia del Estado liberal clásico, este modelo no solamente se limita a reconocer derechos individuales, sino que constituye su legitimidad en la eficacia, en la protección u otorgamiento efectivo de los mismos.

Adicionalmente, la Corte Constitucional indicó que básicamente esta nueva fórmula podía sintetizarse en dos esquemas; Estado bienestar y el Estado constitucional democrático. Sobre el primero, se dice que su filosofía está en suplir las necesidades básicas de la sociedad pero no por un hecho de caridad sino porque son garantías y/o derechos que le asisten al conglomerado social. En cuanto al segundo, el Estado constitucional democrático, está fundamentado en los valores, principios y en el catálogo de derechos fundamentales los cuales

⁸ En la fórmula del Estado Social de derecho se considera que la dimensión ambiental, en específico el derecho a gozar de un ambiente sano hace parte integral de derechos de tal importancia como el derecho a la vida, a la dignidad humana y el derecho a vivir bien. En especial, sobre el derecho a gozar de un ambiente sano, Bobbio considera que es uno de los derechos más importantes de este catálogo y lo traduce como el derecho a vivir en un ambiente no contaminado (Bobbio, 1991, p. 18). Sobre este tema, cabe resaltar que actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano el derecho al medio ambiente tiene la connotación de derecho fundamental y en general la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano (Corte Constitucional. Sentencia T- 622 de 10 de noviembre de 2016, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio).

inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política (Corte Constitucional. Sentencia T- 406 de 15 de junio de 1992, M.P.:Ciro Angarita Baron).

1.1.2 Sobre Los Derechos Fundamentales

Ahora, de acuerdo a lo mencionado, puede extraerse como primera conclusión que es la Constitución de 1991 la norma más importante en el ordenamiento, ya que en su artículo primero se estableció cuál es el modelo de Estado y además, porque en todo su contenido se encuentran los principios y valores que deben seguir y hacer efectivo tanto las autoridades como los particulares.

Al respecto, el Profesor Manuel Fernando Quinche (2009, p.97) indica que el artículo cuarto constitucional establece que las normas de la Carta Política son normas supremas del ordenamiento, de las que se derivan la validez, la vigencia y la exigibilidad del sistema normativo, característica que conlleva a que la Carta Política deje de ser tomada como un texto solamente con carácter declarativo o programático para ser considerado efectivamente como una norma aplicable de modo directo y exigible judicialmente. De hecho, esta interpretación ha llevado en muchos casos a hablar de la constitucionalización del Derecho, en tanto que ante un conflicto entre una norma ordinaria y la Constitución se entiende que prevalece esta última.

Ahora, en este entendido de que la Constitución es la carta de navegación del sistema jurídico se debe resaltar que dentro de sus principales contenidos están los derechos fundamentales, los cuales según la sentencia T- 406 de 1992 irradian todo el sistema y su realización y/o efectividad se entienden como fin último. De hecho, el profesor Julián Tole Martínez (2006) señala que no es posible concebir en la actualidad un estado constitucional sin derechos fundamentales, toda vez que la función básica del Estado es la protección y efectiva realización de estas garantías⁹.

⁹En igual sentido, sobre los derechos fundamentales de carácter nacional se ha dicho que son “derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. A diferencia de los derechos fundamentales internacionales y supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente” (Borowski, 2003,p.33).

Bajo esta perspectiva, se procederá a analizar los criterios de fundamentalidad, los principios y en términos generales la esencia de estos derechos. Sin embargo, tal y como se dice en el texto de Ramón Eduardo Madriñán (1997, p.127), no es una tarea fácil en tanto existan varias corrientes o interpretaciones doctrinales¹⁰, como se pasa a explicar a continuación:

1.1.3 Criterios para determinar la fundamentabilidad de un derecho

Ahora bien, teniendo presente estas posiciones, las cuales señalan las características o condiciones que definen si se está o no frente a un derecho fundamental se cumple al mismo tiempo con la explicación referente a cuál es el alcance que éstos tienen en el Estado Social de Derecho.

Sobre este acápite en particular, es importante mencionar que no se pretende con el presente apartado realizar o construir un concepto y un fundamento amplio sobre los derechos fundamentales, ni tampoco se tiene como pretensión realizar un análisis profundo sobre los criterios para determinar un derecho fundamental, en tanto ello daría lugar a formular un trabajo autónomo sobre la temática en cuestión. Sin embargo, se considera pertinente tratar este asunto dado que permite tener mayores bases para sostener que el derecho al agua es un derecho fundamental y en segundo lugar, porque la estructura y naturaleza de este tipo de derechos es un tema de trascendental importancia para la teoría de la obligación positiva del Estado, tal y como ya se ha manifestado con anterioridad¹¹.

Para la anterior tarea, es entonces pertinente exponer algunas teorías acerca de la definición de derechos fundamentales. Sobre el particular, en la doctrina se encuentran básicamente tres conceptos que son: 1. Concepto formal de derechos fundamentales, 2. concepto

¹⁰ De igual manera, sobre los derechos fundamentales de carácter nacional se ha dicho que son “derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. A diferencia de los derechos fundamentales internacionales y supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente” (Borowski, 2003,p.33).

¹¹ No sin antes reiterar que sobre la definición, estructura y alcance de los derechos fundamentales coexisten diversas líneas argumentativas, las cuales pueden ser abiertamente contradictorias entre sí, pues mientras en algunas decisiones se sigue reservando este carácter a los derechos de libertad, en otras se recurre al concepto de dignidad humana como clave para determinar la iusfundamentalidad de las pretensiones reclamadas, mientras que otras afirman la naturaleza fundamental de todos los derechos constitucionales.

material de derecho fundamental, 3. concepto procedimental de derecho fundamental, los cuales se pasan a explicar a continuación (Martin Borowski, 2003)¹²:

1. ***El concepto formal de derechos fundamentales.*** De acuerdo con este primer concepto, existe un criterio formal para delimitar esta categoría de derecho fundamental, según el cual si una garantía pertenece al catálogo de derechos que se encuentra en la constitución política, entonces nos encontramos frente a un derecho fundamental.

Sin embargo, a esta primera postura se contraponen el hecho de que existen otros derechos que si bien no se encuentran en la Constitución Política sí ostentan tal calidad, bajo el entendido que en la constitución se encuentra una prescripción que enuncie los derechos que pueden ser protegidos verbigracia por la acción de tutela.

Se encuentra entonces, frente a esta primera postura, que no es una definición suficiente o apropiada en tanto conlleva a que se formulen interrogantes como si realmente este criterio comprende todos los derechos fundamentales o solo alguno de ellos.

2. ***Concepto material de derecho fundamental.*** Para este caso, se parte desde la perspectiva que los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados, es decir, un intento de transformarlos en derecho constitucional.

Desde este punto de vista, se parte que existen dos tipos de relaciones entre los derechos humanos y los derechos fundamentales; el primero se denomina de naturaleza definitiva, según el cual los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo. Por consiguiente, solamente puede considerarse como contenido de los

¹² Martín Borowski en su texto “la estructura de los derechos fundamentales” desarrolla y perfecciona la *Teoría de los principios* de su maestro Robert Alexy. Por ello, cabe resaltar que los tres conceptos que sobre los derechos fundamentales se exponen, fueron ideados por el citado profesor Alemán, Robert Alexy. Cfr. Prólogo de “la estructura de los derechos fundamentales” (2003). Obra traducida por el Dr. Carlos Bernal Pulido. De igual manera, es importante manifestar que las teorías de Alexy han contribuido en la creación y en la fundamentación de varias sentencias de la Corte Constitucional, verbigracia Sentencia C – 022 del 23 de enero de 1996 (estructura del derecho de igualdad y la carga de la argumentación); Sentencia T- 139 del 27 de marzo de 2015 en lo referente a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, entre otras decisiones.

derechos fundamentales aquella sustancia normativa que ya tenía el carácter o pertenecía a la sustancia de un derecho humano.

Sobre el anterior planteamiento, el mismo autor (Martín Borowski) critica esta posición argumentando que al existir una indeterminación o varias definiciones sobre qué se entiende por derechos humanos, de igual manera entonces se va a generar una indefinición sobre que debe entenderse por derechos fundamentales.

El segundo tipo de relación es de naturaleza intencional, según esta posición los derechos fundamentales son aquellos que fueron incluidos en la constitución con la intención de otorgarle carácter positivo a los derechos humanos. Sobre este planteamiento, el jurista Martín Borowski señala que en esta teoría se elimina la indefinición que se planteó anteriormente.

3. **Concepto procedimental de derecho fundamental.** El criterio que subyace a esta definición es de naturaleza procedimental, por cuanto se refiere a quien puede decidir sobre el contenido de los derechos; si el constituyente o el legislador.

En un sentido similar a la teoría descrita, el profesor Ramón Madriñán (1997) comienza primero por afirmar que no puede o no es suficiente ligar a los derechos fundamentales con el criterio o concepto de dignidad humana por cuanto de una u otra manera todos los derechos están ligados a éste, mas sin embargo, no todos los derechos son fundamentales. Por consiguiente, el citado tratadista, establece unos criterios de fundamentabilidad, los cuales se acompasan en cierto sentido con las definiciones expuestas por el jurista Alemán (Martín Borowski). Los criterios de fundamentabilidad son:

1. **El criterio material.** Todo derecho humano es un derecho fundamental y en este mismo sentido, todo derecho fundamental es un derecho humano.
2. **El criterio formal.** Todos los derechos enunciados en la constitución o que sean susceptibles de proteger mediante acción de tutela, son fundamentales.

3. ***El criterio del contenido esencial.*** Según algunos tratadistas, es el criterio más importante pues es lo que determina su carácter de fundamental en tanto por éste el o los derechos logran auto conservarse y auto identificarse al quedar protegidos de cualquier reforma.

Según el Tribunal Español (citado en Madriñán, 1997, p.129) este criterio se refiere a aquella parte fundamental o aquella parte del derecho que caracteriza la prestación o el interés que consagra el derecho, es decir, que se refiere a aquella parte del contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten efectivamente salvaguardados.

Ahora bien, remitiéndonos al caso Colombiano, para determinar el criterio de fundamentabilidad, necesariamente debemos primero conocer que la Asamblea Nacional Constituyente aparentemente trató el tema de los derechos fundamentales en nuestra Constitución como sinónimo de derechos humanos. Adicionalmente a este hecho se encuentra que en el artículo 94 de la Carta Política se indica que los derechos consagrados en éste, no son los únicos ni son excluyentes, es decir, como indica el tenor literal de este artículo que expresa: “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.”

En este orden de ideas, partiendo de estos antecedentes, es preciso entonces pasar a exponer los criterios emitidos por la Corte Constitucional para determinar los requisitos esenciales que debe tener un derecho fundamental, así como aquellos factores que permiten distinguir, precisamente, dichos elementos y determinar cuándo se está frente a un derecho o no de tal naturaleza. Esto por cuanto es el Tribunal Constitucional quien ostenta principalmente la facultad para dirimir o para interpretar el contenido de los derechos fundamentales, en razón de que es el intérprete autorizado de la Constitución Política (Bernal, 2014) y en términos generales puede decirse que se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política (Corte Constitucional, s.f).

Es importante también referirse al hecho de que es el Tribunal Constitucional quien realiza la concreción de los derechos fundamentales, es decir, que en aquellos eventos en los cuales no se encuentra de manera directa ese derecho fundamental en el ordenamiento constitucional, es éste organismo quien pasa a determinar el contenido normativo del derecho en comento.

Adicional, sobre el pronunciamiento que realiza el organismo constitucional y específicamente respecto de la concreción que realiza la Corte respecto del derecho fundamental al agua, se tendría que no solamente se trata de una decisión que proviene de autoridad, por el hecho de provenir de la jurisdicción constitucional, sino por cuanto la misma se pretende así misma como una decisión correcta toda vez que dicho fallo tiene los fundamentos jurídicos, es decir, que adopta u ofrece razones, argumentos interpretativos acertados que precisamente respaldarían la postura asumida por el Tribunal Constitucional¹³ (Bernal,2014).

En virtud de lo expuesto y dado entonces la importancia y validez de los criterios que son expuestos por la Corte Constitucional para determinar los requisitos esenciales que debe tener un derecho fundamental, se pasa entonces a exponer los factores enunciados en la Sentencia T- 409 de 1992 (Corte Constitucional, sentencia T – 409 de 8 de junio de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo)¹⁴, de la siguiente manera:

¹³ Ahora, sobre lo expuesto es importante aclarar que dicha argumentación proviene del libro “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador” cuando en la fase introductoria del texto al referirse a las decisiones del tribunal Constitucional, explica que es este órgano quien realiza lo que el autor denomina «la concreción». Sin embargo, con el fin de que no se acuse a la presente investigación de sacar de contexto lo expuesto en el texto citado, en tanto la presente investigación tiene como objetivo “analizar la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto a criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador. La determinación del contenido de los derechos fundamentales es un problema de carácter interpretativo, inescindiblemente ligado a un segundo problema de índole metodológica: la correcta fundamentación de las decisiones control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de tales derechos” (Bernal, 2014, p. 12).

Se realiza la presente explicación con el fin de manifestar que dichos argumentos, a nuestro juicio, son igualmente válidos para respaldar los criterios establecidos por la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela, más conocidas como sentencias T, en tanto en estas sentencias se realiza la determinación o concreción de un derecho fundamental al momento de resolver un caso relacionado con la presunta vulneración de un derecho fundamental.

¹⁴ El profesor Tulio Chinchilla Herrera (1999), en su texto “¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?” sobre los criterios que propone la Corte Constitucional, expresa: “Uno de los aportes más significativos y originales de la Corte Constitucional ha sido la elaboración de una sugestiva teoría según la cual los derechos fundamentales – derechos acorazados por la acción de tutela – son identificables con fundamento en la aplicación de cinco criterios en conjunta o complementada. Tal elaboración de la jurisprudencia adquirió solidez y fuerza de doctrina

1. **Conexión directa con los principios**¹⁵. Este requisito se refiere a que el derecho en cuestión debe provenir directamente de los valores y principios constitucionales debido a que éstos son la base axiológica – jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo.
2. **Eficacia directa**¹⁶. Este requisito se refiere a que el derecho en cuestión debe tener precisado las prestaciones o deberes positivos o negativos que involucra, de tal forma

constitucional, aunque su aplicación admite varias versiones o acentos. (...)” (Chinchilla, 1999, p. 144). En este mismo sentido, el profesor Carlos Alberto López (2015, p. 62) señala que “(...) la Corte Constitucional desde sus inicios en 1992 comenzó con una tesis cerrada de criterios objetivos, esto es, con un catálogo que con el transcurrir de los años se han ido abandonando para dar paso a una teoría más abierta de los criterios, es decir, a una tesis más flexible con muchos menos criterios (...)”.

¹⁵ Este factor denominado también como criterio axiológico o material, identifica a un derecho fundamental como aquel que por “(...) su naturaleza misma, por poseer una cualidad valorativa o propiedad ética intrínseca que le otorga ese carácter, independientemente de cualquier otro dato externo, formal o técnico. Son fundamentales los derechos que admiten una sustentación axiológica basándose en cualquiera de estas dos vías: a) por ser “inherentes o esenciales a la persona humana”, de tal manera que sin ellos no es concebible la existencia del ser humano con sus atributos definitorios: racionalidad, libertad, autonomía moral, y con el status de dignidad que le es inherente (...) ; b) por ser una derivación inmediata, directa y evidente de ciertos valores y principios supremos que hacen las veces de axiomas éticos y, como tales dan sentido y fundamento moral a todo el orden constitucional. (...) Desde luego, una inferencia de esta naturaleza, supone el ejercicio de una demostración axiológica, es decir, una deducción de exigencias impostergables de conducta a partir de los valores y principios materiales de estirpe reciamente moral en los cuales se ancla, explícita o implícitamente, el ordenamiento constitucional” (Chinchilla, 1999, p. 97). Un ejemplo de aplicación de este criterio se encuentran las sentencias T- 571 de 26 de octubre de 1992, M.P.: Jaime Sanin Greiffenstein y sentencia T- 548 de 2 de octubre de 1992, M.P.:Ciro Angarita Baron.

¹⁶ Sobre este requisito la doctrina coincide en afirmar que el carácter de fundamental de un derecho no se limita únicamente a aquellos derechos consagrados en el artículo 85 de la constitución. Por el contrario la eficacia, en ciertos eventos, puede ser aplicada por vía de tutela a derechos económicos, sociales y culturales (López, 2015). Además, parece importante resaltar que sobre este factor se ha dicho que “(...) este es otro criterio de carácter dinámico, es decir, propio de una teoría dinámica de la interpretación de la Constitución, pues se abre a otras posibilidades de derecho que, por ejemplo, pueden ser de nueva creación por causa del paso del tiempo” (López, 2015, p. 79). En un sentido, similar el profesor Chinchilla Herrera, explica que respecto de este criterio la Alta Corporación se cuida de aclarar que la eficacia directa no se reducen a los derechos señalados como de aplicación inmediata del artículo 85 ni aquellos que se refieren a los derechos de primera generación, toda vez que de este atributo de fundamentabilidad también gozan algunos derechos sociales, económicos y culturales (Chinchilla, 1999, p. 99).

De otro lado, cabe acotar que sobre el término “eficacia” existen varias discusiones en tanto no es un término inequívoco, por el contrario trae varias acepciones dependiendo del campo en el que se lo examine. Así tendrá su significado si es analizados desde las ciencias económicas, en materia de administración pública y por supuesto su acepción varía si es visto desde el campo de la teoría jurídica y de la sociología jurídica. En lo concerniente a la eficacia desde el punto de vista del lenguaje general, se define como la virtud o fuerza para obrar. Como noción jurídico – públicas, cabe resaltar que su contenido está definido como cumplimiento efectivo de los objetivos de los programas (Parejo, 1995, p. 102). Desde el punto de vista del régimen jurídico básico de todas las Administraciones públicas determina que la actuación administrativa se desarrolla en cada caso, para alcanzar los objetivos que establecen las Leyes (Parejo, 1995).

Desde el punto de vista de la doctrina jurisprudencial española, la eficacia es considerado como un principio jurídico, del que resulta para la Administración un deber positivo de actuación conforme a sus exigencias (Parejo, 1995, p. 103). Además, se entiende como un principio cuyo contenido se refiere a una cualidad subjetiva, es decir,

que no se trata de una declaración o de una expresión de un valor con texturas abiertas. Sin embargo, esto no quiere decir que los derechos fundamentales sean únicamente los derechos listados en el artículo 85 constitucional, es decir, aquellos derechos de aplicación inmediata.

Por el contrario, la Corte señala que incluso tratándose de un derecho de segunda generación tal como los derechos económicos, sociales y culturales que involucren o pongan en entre dicho un principio o un derecho fundamental será susceptible de protección por medio de la acción de tutela.

3. *El contenido esencial*¹⁷. Se refiere a que existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege con independencia de la situación o coyuntura social

la idoneidad de la administración para cumplir sus fines a través de su actuación y un resultado intencionado correspondiente a la satisfacción efectiva del interés general (Parejo, 1995, p. 105).

Desde el punto de vista de la teoría jurídica se encuentra el profesor Norberto Bobbio quien en su texto sobre el positivismo jurídico, abarca el tema relacionado con la definición del derecho, como norma válida o como norma eficaz, discusión que lleva sin duda a la corriente jurídica del realismo jurídico, para quienes una norma no solamente debe ser válida sino también eficaz; es decir, aquella norma o conjunto de normas que sean efectivamente cumplidas o aplicadas en la sociedad, en el sentido de que el o los jueces en la resolución de los conflictos apliquen la norma jurídica en cuestión. Sólo será verdadero derecho aquel que sea aplicado por los jueces, las normas promulgadas por el legislador pero que no lleguen al juez no son derecho (Bobbio, 1993, p. 152 - 154).

Finalmente, desde el punto de vista de la sociología jurídica se estudia este término desde la perspectiva de la *eficacia del derecho*, punto sobre el cual Ferreri reconoce que es un término tormentosamente abierto (Ferrari, 2014, p. 235). Que sin embargo, es usualmente usado y coincidente con la capacidad potencial de la norma para producir sus efectos naturales. De hecho se designan con esta palabra aquellos efectos reales que consigue una normativa en correspondencia con los fines de quien la ha producido (Ferrari, 2014, p. 235).

¹⁷ Este concepto ha sido analizado en diferentes sentencias de la Corte Constitucional, entre las que se encuentran las siguientes: salvamento de voto del magistrado Carlos Gaviria Díaz, sentencia C- 373 de 1995; sentencia C- 475 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. En la primera sentencia, se explica que este concepto de núcleo esencial es denominada en la doctrina más autorizada como “límite de los límites” y se entiende como “La doctrina del núcleo esencial postula la idea de un contenido mínimo irreductible del derecho que, por serlo, se erige en barrera infranqueable frente al legislador. Este “límite de los límites”, permite distinguir, en relación con cada derecho, lo que es obra del constituyente y lo que pertenece al quehacer del legislador histórico que, con la condición de no trasponer el umbral del núcleo esencial, puede actualizarla según la época, tendencias, valores y necesidades de cada momento. La doctrina del núcleo esencial, tiene naturaleza más declarativa que constitutiva, en cuanto no protege más de lo que de suyo es portador cada derecho. En realidad, se trata de un expediente hermenéutico que, de manera sintética y abreviada, activa todos los procedimientos a los que se debe apelar para contener las injerencias abusivas, desproporcionadas, excesivas o arbitrarias del Legislador” (Corte Constitucional, Salvamento de voto, Sentencia C-373 de 24 de agosto de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz). Sobre este teoría, es importante destacar que ha sido objeto de varias críticas en tanto se le atribuye una indeterminación para su precisión, en tanto se dice que la interpretación del núcleo esencial estaría determinada por el operador jurídico que conozca del caso (Para conocer algunas de las críticas que se le realizan a este criterio puede consultarse a Jiménez Campo, J. Derechos fundamentales: concepto y garantías, Trotta, Madrid, 1999; López Cadena, C. Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana, Bogotá, 2015).

o política que se encuentre vigente en el momento de análisis o estudio del derecho. La Corte, sobre este punto, señala que por ello los derechos económicos, sociales y culturales de contenido difuso no podrían ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales se encuentre en evidente conexión con un principio o con un derecho fundamental.

En este orden de ideas, como ya se dijo anteriormente, adicional a los criterios expuestos, el Tribunal Constitucional enunció otros elementos para identificar un derecho como fundamental y los cuales contribuyen a su vez a reconocer precisamente los elementos que fueron citados *ut supra*. Así las cosas, los criterios de distinción están constituidos por los criterios analítico, fácticos y de carácter histórico (Corte Constitucional. Sentencia T- 406 de 5 de junio 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón).

En cuanto al criterio analítico, éste se encuentra subdividido entre el requisito de la consagración expresa, la remisión expresa, la conexión directa con derechos expresamente consagrados y el carácter de derecho inherente a la persona, los cuales se pasan a mencionar a continuación¹⁸:

1. **La consagración expresa**¹⁹. Se refiere a aquellos derechos que el Constituyente consagró y señaló que son derechos fundamentales tales como los del capítulo

De otro lado, sobre este concepto cabe destacar que “en virtud de este criterio se ha expresado que no pueden aspirar al título de fundamental aquellos derechos sociales, económicos, y culturales de contenido difuso, «salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental». Al respecto, cabe observar que este criterio del núcleo esencial viene a ser una exigencia estrechamente ligada al criterio de eficacia directa, ya que solo puede ser aplicable directamente el derecho que posea un contenido esencial (...)” (Chinchilla, 1999, p. 100).

¹⁸ Estos criterios son aquellos que la Corte Constitucional ha denominado como criterios de distinción en la sentencia T- 406 de 1992 y que sobre el particular el alto tribunal explicó: “Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales [conexión directa con los principios, eficacia directa, contenido esencial]. De otro lado para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo (...)”

¹⁹ Sobre este criterio, la doctrina señala– incluso con fundamento en la misma jurisprudencia de la Corte – que la identificación de un derecho fundamental va más allá de su consagración expresa en la Constitución y que su determinación está más bien sujeta a una interpretación sistemática, teleológica y en especial, depende más bien de la presencia de un consenso histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho. (López, 2015). En un sentido, similar se ha expresado “ (...) En primer lugar el criterio formal, entendido como el argumento a *rubrica o sede materiae*, sigue siendo relevante, pues a pesar de haberse rechazado que sea el único válido para definir el carácter fundamental de un derecho sólo excepcionalmente niega tal carácter a los derechos

primero del título segundo de la norma fundamental. En este sentido, explicó el órgano de cierre, que el carácter de fundamental no siempre coincide con el de aplicación inmediata por lo que le corresponde a éste dictar los criterios para determinar el alcance de este tipo de derechos fundamentales.

2. ***La remisión expresa***²⁰. Se refiere a aquellos derechos fundamentales que tienen el carácter de tal, porque así se estableció en los tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia. En este entendido, y por virtud del artículo 93 constitucional se entiende que estos derechos hacen parte del texto de la Carta Política.

3. ***La conexión directa con derechos expresamente consagrados***²¹. Estos son aquellos derechos que sin ser fundamentales su protección se hace necesaria o es una condición para hacer efectivos otros derechos que claramente tienen la condición de fundamentales.

contenidos en el Capítulo titulado “De los derechos fundamentales”, y generalmente entiende que los derechos enunciados en el artículo 85 como de aplicación inmediata son derechos fundamentales” (Estrada, s.f, p. 15).

²⁰ Tanto la doctrina como la jurisprudencia han denominado a este criterio como “bloque de constitucionalidad”, el cual se constituye como un mecanismo de amplificación de los derechos en el ordenamiento colombiano, en tanto su fuente es el derecho internacional de los derechos humanos (López, 2015). Sobre esta interpretación del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos: “El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores” (Corte Constitucional. Sentencia C– 225 de 18 de mayo de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero). Sobre este criterio, se pueden consultar las siguientes sentencias de la misma corporación: Sentencia C– 574 de 28 de octubre de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón; Sentencia C- 179 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz y C– 578 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ “Este criterio de conexidad da lugar a una nueva fundamentalidad y permite a ciertos derechos que en principio no ostentan la calidad de fundamentales por no reunir los anotados criterios (no ser inherentes al ser humano, no ser derivación directa y necesaria de la dignidad, la libertad o la igualdad básica, no haber sido señalados como tales en el texto constitucional, no tener eficacia directa ni contenido esencial definido etc.) (...) pero se trata de un criterio destinado a ser verificado en cada caso concreto de tutela, es decir, la conexidad debe ser objeto de demostración y prueba (...)” (Chinchilla, 1999, p. 102). En un sentido similar, “Este criterio tiene su fundamento en las circunstancias especiales del caso concreto, es decir, existen derechos que por su naturaleza no tienen la calidad de fundamentales; no obstante, su conexión con otros derechos fundamentales es tan estrecha que sin la debida protección de los primeros los segundos no podrían ser garantizados efectivamente. Normalmente, esta conexidad se da en relación con los derechos sociales, económicos, culturales, colectivos o del ambiente” (López, 2015, p. 77).

4. ***El carácter de inherente a la persona***²². Este criterio se refiere a que el requisito de consagración expresa es insuficiente para determinar cuándo se está frente a un derecho fundamental toda vez que el artículo 94 de la constitución señaló que precisamente el listado de derechos consagrados en el texto no debe ser entendido como excluyentes de aquellas garantías que están estrictamente relacionados con la existencia del hombre.

Ahora, en cuanto al criterio fáctico, dentro del que se encuentra el requisito denominado “importancia del hecho” se dice que éste se refiere a aquellas situaciones en el que el Juez debe valorar y realizar un análisis y aplicar una hermenéutica que le permite valorar el contexto fáctico con las normas de tal manera que se armonice la decisión, es decir, realizar una interpretación razonable de la carta de los derechos. Por ejemplo, deberá el Juez analizar el impacto económico de su decisión pero no por ello dejará de proteger la situación que fue puesta bajo su decisión.

Frente al último criterio, denominado de “carácter histórico”²³, la Corte Constitucional estableció que este hace referencia a que el carácter de fundamental obedece o responde a la concepción que la comunidad o la colectividad tengan frente a éste, es decir, que será el conglomerado social quien otorgue tal connotación. En este mismo sentido, pone de presente la Corte que si bien es cierto hay un listado de derechos, que en este preciso momento no lo son, pero que podrían llegar a ser, conforme la sociedad avance.

²² Acorde con la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho sobre este requisito, la doctrina ha precisado que el artículo 94 es una expresión del principio que subyace en el artículo primero constitucional, es decir, que se encuentra fundado en el principio de la “dignidad humana”. En el entendido, que cuando el artículo 94 establece la expresión “inherente a la persona humana” se está refiriendo al principio del respeto por la dignidad humana. Así las cosas, lo que determina que un derecho sea fundamental en Colombia es que encuentre su vinculación o pertenencia con el principio de dignidad humana (López, 2015).

²³ De este criterio se desprende que la realidad de Colombia hace parte del concepto de los derechos fundamentales, es decir, que no puede existir una separación entre derecho constitucional (normas explícitas) y realidad constitucional (López, 2015, p. 79). Un ejemplo de la aplicación de este criterio, se considera la sentencia de tutela T- 760 de 2008, la cual por primera vez consideró el derecho a la salud como un derecho autónomo debido a la grave indefensión de las personas frente al sistema de salud. Por consiguiente, la realidad generó que el derecho a la salud, que antes no era fundamental, ahora sí tenga tal calidad (López, 2015, p. 80).

En suma, sobre los criterios explicados cabe destacar que existen varias posiciones al respecto y la doctrina es en algunos casos contraria en su interpretación²⁴. Verbigracia, el profesor Carlos Alberto López Cadena (2015, p. 62) expresa que la tesis de los criterios objetivos ya señalados, con el transcurrir de los años, ha sido abandonada para dar paso a una teoría de criterios más flexible, la cual se puede concretar en dos: la relación del derecho constitucional con la dignidad humana, y la conexión del derecho constitucional con la realidad constitucional. Sin embargo, el mismo autor señala que en la jurisprudencia constitucional se pueden concretar los criterios en tres bloques; los derechos dependen de su relación con la inherencia de la persona humana, de su reconocimiento de manera directa o indirecta en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata, y que los derechos dependen de su conexión directa con el momento histórico en el que se pretende desplegar su fuerza normativa (López, 2015, p. 65).

1.1.4 Obligaciones del Estado Social de Derecho Frente a Los Derechos Fundamentales

En este orden de ideas, es oportuno resaltar²⁵ que otros autores tales como el constitucionalista Julián Tole Martínez (2006) y según las tesis de otras latitudes²⁶, los derechos fundamentales tienen una doble connotación; una subjetiva²⁷ y otra de índole objetiva²⁸.

²⁴ Sobre el particular, es importante resaltar que efectivamente existe una variada interpretación respecto de los factores que la Corte Constitucional ha manifestado a lo largo de su jurisprudencia para considerar un derecho como fundamental, así el profesor López Sterup, H «avances de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derecho fundamental durante el año 2003» publicado en el texto Anuario de Derecho Constitucional 2002 – 2003 de la Universidad Externado de Colombia, aborda en su artículo los criterios de identificación de un derecho fundamental desde la sentencia T- 02 de 1992 y no toma para nada en consideración los relacionados en la sentencia T- 406 de 1992, además los resume en tres planteamientos básicos: el modelo esencialista, el modelo de la dignidad humana y el modelo de los derechos subjetivos; Chinchilla, T «¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, Temis S.A 1999; Julio Estrada, A. «los derechos fundamentales como objeto protegido de la acción de tutela».

²⁵ Consideramos que esta nueva posición o connotación de los derechos fundamentales cobra importancia para el presente trabajo toda vez que implica que además de ser deberes de abstención, su efectividad conlleva acciones o una carga positiva del Estado. Adicionalmente, “debe ponerse de relieve que la relación entre las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales es de «remisión y complemento recíproco [K. Hesse]», esto es, ninguna de las dos se superpone ni anula la anterior, pero tampoco son independientes entre sí. Los derechos, en la medida en que encierran un contenido jurídico objetivo en forma de principios, constituyen mandatos de optimización dirigidos principalmente al legislador. Cuando éste da cumplimiento a tales mandatos, amplía a su vez el contenido jurídico subjetivamente exigible del derecho” (Alexei, 1998, p. 89).

²⁶ Respecto de las tesis extranjeras que apoyan esta posición relativa a la doble dimensión de los derechos fundamentales se encuentra: “(...) los más serios esfuerzos doctrinales por definir dicha dimensión objetiva son,

Sobre la visión objetiva se encuentra que tuvo su origen en el Derecho Alemán con un precedente judicial denominado el Fallo Lüth, que constituye el primer fallo en reconocer esta nueva postura²⁹. Posteriormente, esta teoría fue acogida en diferentes Países tales como España y Colombia. Sin embargo, conforme a Tole, si bien la Corte Constitucional colombiana conoce y acepta esta posición, pues ha sido mencionada en algunos de sus fallos, ha carecido de rigurosidad en su manejo en tanto no lo define con exactitud, utilizando varios términos para referirse a este mismo concepto. (Tole, 2006).

De lo mencionado, se puede extraer que esta nueva concepción es producto de creación jurisprudencial y enseña que no son suficientes los mandatos de abstención y de aquella relación unilateral individuo – Estado, relacionada con aquella visión subjetiva que se asimila con las posiciones antes referidas; expresiones de la dignidad humana, barreras en contra del poder del Estado, entre otras. Por el contrario, la posición objetiva de los derechos fundamentales nos

hasta la fecha, los de Böckenforde y los de Alexei. (Alexei, 2000, p. 69). En este orden de ideas, se encuentra que la construcción de la teoría de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se encuentra en el Tribunal Federal Alemán y en la doctrina Alemana. Sobre el particular, E. Bockenforde explica: “El descubrimiento del carácter objetivo de valor de los derechos fundamentales adquiere significado general mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En ella se lleva a cabo en dos fases: por un lado, la parte de derechos fundamentales en su conjunto aparece como un orden objetivo sociológico y como un sistema de valores que demanda aplicación en todos los ámbitos del Derecho (...) y subsiguientemente - los derechos fundamentales en particular se interpretan como normas de principio jurídico-objetivas y que deciden axiológicamente.” (Bockenforde, 1994, p.106). De igual manera, es importante mencionar que el Tribunal Constitucional Español ha reconocido la doble dimensión de los derechos fundamentales desde los inicios de su funcionamiento, llamando siempre la atención sobre el mandato que en virtud de su dimensión objetiva recae también sobre los demás poderes públicos para proveer una efectiva protección de los derechos en cuestión (Osuna, 1995, p. 29).

²⁷ Consiste en el reconocimiento por el derecho de un poder en favor de un sujeto concreto, el cual puede hacer valer sus intereses frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su beneficio. La existencia de un derecho subjetivo implica siempre la protección judicial de la posición del sujeto activo (Osuna, 1995, p. 32).

²⁸ Un aspecto que debe tenerse en cuenta para la comprensión de los derechos fundamentales es su doble ámbito de proyección, subjetivo y objetivo. Tradicionalmente se le atribuía una dimensión puramente subjetiva, esto es, se pensaba que su característica esencial consistía en consagrar prerrogativas en favor de los ciudadanos, sin que existiera algo más allá de la relación entre el individuo y el Estado. No obstante, en la actualidad se reconoce que los derechos fundamentales no agotan su contenido en una relación bilateral, sino que además conlleva decisiones axiológicas, positivizadas por el constituyente como normas objetivas de principio, que tienen validez en todos los ámbitos del derecho (Osuna, 1995, p. 28).

²⁹ Si bien es cierto en la mayoría de los textos se reconoce este fallo como el primero en exponer la teoría objetiva de los derechos fundamentales, Alexei explica que “el reconocimiento de los derechos fundamentales como orden objetivo de valores se había producido en una decisión anterior del Tribunal Constitucional Federal: el fallo sobre el Ehegattenbesteuerung, del 17 de enero de 1957, en el que se afirmó que el artículo 6.1 de la GG [Basic Law of the Federal Republic of Germany – GG] encarnaba no sólo una libertad clásica, sino «que al mismo tiempo y más allá de esta concepción inicial, representa una norma de principio [...] es decir, una decisión jurídico- valorativa que vincula todo el conjunto del derecho público y privado relativo al matrimonio y a la familia» [BVerfGE6, 55(72)]. Sin embargo, solo un año después, en el fallo Lüth, esta idea es desarrollada con todas sus consecuencias.” (Alexei, 2000, p. 68).

enseña que éstos requieren de mandatos de actuación y de reales deberes de protección a cargo tanto de los poderes públicos como de los particulares, específicamente, comporta entonces pretensiones para que el Estado aporte en lo social y en lo económico. Es decir, mandatos que en nuestro juicio constituyen obligaciones de hacer a cargo del Estado³⁰.

Igualmente, es necesario mencionar que adicional a la función o consecuencia de esta nueva caracterización descrita, los derechos fundamentales comienzan a ser concebidos como verdaderas normas o sistemas de valores con impacto en todo el sistema normativo y comportan un cambio en las relaciones o el rol que desempeñan los jueces constitucionales, toda vez que ahora participan en temas que incluso pertenecían a la esfera legislativa o de la rama ejecutiva tal y como se puede evidenciar cuando la Corte Constitucional declara un ECI. En otras palabras, la evolución en la importancia y en el grado de cumplimiento que debe haber frente a los derechos fundamentales se hace más claro o se evidencia, precisamente, ante las decisiones que adopta esta alta Corte cuando la declara.

1.2 El Derecho al Agua Como Derecho Fundamental

En este punto, debemos partir de que existen varios criterios justificadores para vincular un derecho como fundamental (Ramírez, 2016), tal como se ilustró en el anterior acápite en el cual se señalaron brevemente las diferentes teorías. Sin embargo, para efectos del presente trabajo se analizarán los siguientes factores, siguiendo de alguna forma la estructura para justificar que el acceso al agua potable está dentro de la categoría de derechos fundamentales descrita en Ramírez Grisales (2016), texto en el cual se recogen varios argumentos provenientes básicamente del derecho constitucional, como a continuación se expone:

³⁰ Sobre este particular, efectivamente la doctrina menciona que esta doble dimensión de los derechos fundamentales constituye “(...) una importante transformación de la estructura y dinámica de la Constitución. En primer lugar, los derechos fundamentales, además de su tradicional significado subjetivo, contienen mandatos de acción para los poderes públicos. Estos tienen el deber de protección de los derechos fundamentales, pero ya no solo en su dimensión subjetiva (garantía adecuada para evitar toda vulneración de una persona en ejercicio de su derecho) sino un deber de protección generalizado, dirigido hacia toda la sociedad, que no se expresa solamente en garantías de tipo judicial” (Osuna, 1995, p. 30).

1.2.1 Por su reconocimiento expreso

Dentro de la posición del reconocimiento expreso, existen dos vías para determinar un derecho como tal, su valoración como derecho fundamental autónomo dentro del texto constitucional y desde el enfoque de las necesidades básicas³¹ (Ramírez, 2016).

En este orden de ideas, en lo que concierne al caso Colombiano estaríamos ante el segundo escenario en tanto nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una disposición que considere al agua como un derecho fundamental, es decir, que dentro del catálogo de derechos no se encuentra consagrado el abastecimiento o acceso al agua. Sin embargo, por la vía de la satisfacción de las necesidades básicas sí puede considerarse el acceso al agua potable como un derecho fundamental por cuanto es un mandato expreso para el Estado Colombiano³².

Sobre el particular, la Constitución Política de Colombia ha dicho que el Estado tiene la obligación de satisfacer las necesidades básicas insatisfechas y este rubro tendría prioridad en cuanto al gasto público se refiere. En específico, en el artículo 366 constitucional establece que dentro de las finalidades sociales del Estado está la solución de esas necesidades en materia de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Así las cosas, se encuentra entonces que satisfacer las necesidades básicas es un mandato de obligatorio cumplimiento y ostenta jerarquía constitucional, por cuanto se encuentra

³¹ Este enfoque podría justificarse si se parte de la idea que el “recurso a las necesidades básicas implica aceptar, en primer lugar, que en ellas, se encuentra el soporte antropológico de los derechos humanos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico, significa en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias que se consideran ineludibles para el desarrollo de una “vida digna” (Roig, 1994, p. 225 - 226).

³² Se pone de relieve que esta posición acerca de derivar de las necesidades básicas insatisfechas el reconocimiento expreso del derecho al agua deviene de la interpretación que realiza el autor respecto de las propiedades que determinan cuando se está frente a un derecho fundamental. En este sentido Bernal (2015) menciona que existen unas propiedades formales y unas propiedades materiales de este tipo de derechos. Frente a las propiedades formales se enuncian las siguientes “(1) que la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución; (2) que dicha disposición forme parte del texto constitucional; (3) que dicha disposición forme parte del texto constitucional o de otra fuente del derecho (sobre todo de los pactos, convenciones o tratados sobre derechos humanos), siempre y cuando la constitución haga un reenvío a dicha fuente; y (4) que la jurisdicción constitucional reconozca la validez – no de una disposición sino – de una norma o de una posición de derecho fundamental” (Bernal, 2015, p. 4). En este entendido, se extrae de Ramírez Grisales que fundamenta su tesis de la propiedad número dos.

establecido en el mencionado artículo y además reforzado por el inciso segundo del artículo dos constitucional, el cual dispone que las autoridades públicas están instituidas para proteger y servir a la comunidad y para el caso bajo estudio, señala que está para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

A pesar que se comparte el argumento de que las necesidades básicas insatisfechas podrían ser efectivamente un fundamento para justificar la obligación de obtener una garantía efectiva del derecho al acceso al agua potable, en tanto como bien se dice, esta obligación tiene raigambre constitucional y en ese sentido, el artículo 366 de la Carta de Navegación reforzaría el deber positivo que en ese sentido se encuentra en cabeza del Estado. Además, del argumento de Ramírez Grisales respecto de que en este evento el derecho al agua es un derecho fundamental al encontrar fundamento en una disposición constitucional - (propiedad No. 2 para considerar un derecho fundamental de Bernal Pulido) - proveniente del deber del Estado de mejorar la calidad de vida y de otorgar solución a las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable.

Empero, también es cierto que, a nuestro juicio, de suyo no se sustrae que las necesidades básicas insatisfechas conforman o estatuyen derechos *per se*, aunque existen algunas posiciones que ponen de relieve o “[por lo menos intentan] derivar derechos y obligaciones a partir del concepto de necesidades básicas insatisfechas, a partir de diferentes estrategias” (Papacchini, 2003).

Sin embargo, se considera que el criterio del reconocimiento del derecho fundamental al agua en este evento se configura de una manera más clara por vía del artículo 93 constitucional, tal como se entra a valorar a continuación al mencionar los diferentes instrumentos internacionales que versan sobre el derecho humano al agua.

1.2.2 Por bloque de constitucionalidad

Desde la teoría del bloque de constitucionalidad, estipulado en el artículo 93, se podría establecer de entrada que el acceso al agua efectivamente es un derecho fundamental en nuestro

sistema jurídico, al respecto recuérdese el criterio de “remisión expresa” mencionado en el acápite *ut supra*.

Así las cosas, en virtud de la relevancia del derecho internacional en la construcción del derecho humano al agua y al saneamiento³³, se pasará a identificar aquellos instrumentos que reconocen este derecho (García, 2017, p. 147), sin que se deba considerar esta enumeración como una revisión exhaustiva de dichos instrumentos, empero aportan elementos importantes en la materia, que permiten establecer la preocupación que existe en el ámbito internacional de garantizar a la población un acceso al agua potable, así como garantizar un entorno adecuado precisamente para que se cumplan con esas garantías, en el entendido de que deben protegerse los ecosistemas así como el medio ambiente en general.

1.2.2.1 Instrumentos internacionales no vinculantes (soft law)

En cuanto a los instrumentos internacionales denominados de Soft Law,³⁴ a continuación se enunciarán aquellos que si bien no están estrictamente relacionados con el agua, marcan la base para este derecho en tanto muestran las iniciativas en materia de medio ambiente que indudablemente son relevantes para su posterior desarrollo³⁵. Entre estos instrumentos encontramos:

³³ Para García Pachón es innegable la relación que existe entre el derecho al agua y el saneamiento y, estos a su vez con el derecho a la salud (García, 2017, p. 146). En este mismo sentido, García Morales señala precisamente que el derecho al agua como derecho humano fundamental está estrechamente relacionado con la satisfacción de otras garantías, entre las que se encuentra el saneamiento básico (García, 2008, p. 24).

³⁴ El término Soft Law hace referencia a “ (...) la existencia de determinados instrumentos internacionales que no obstante no ser vinculantes tienen relevancia jurídica, si no también albergar bajo su mando diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que independientemente de su valor jurídico se incorporan al discurso internacional y producen ciertos efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional” (Diccionario jurídico, citado en Corte Constitucional. Sentencia T- 077 de 22 de febrero de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio).

³⁵ “En efecto, en el plano internacional la actividad tendiente a consolidar el derecho al agua tiene antecedentes de larga andadura. Sin embargo, no se puede decir de igual manera que tales antecedentes hayan sido del todo sólidos y consecuentes. (...) No obstante, estas iniciativas reflejadas en múltiples y sistemáticos eventos internacionales sobre medio ambiente y agua constituyen hoy por hoy las bases del derecho en cuestión.” (Mitre, 2012, p. 83).

- ***Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el medio ambiente humano.***

La declaración de Estocolmo proclama la importancia del medio ambiente aunque con una clara concepción antropocéntrica (García, 2017, p.146), reconoce su importancia empero es visto como un material que permite el sustento, bienestar y desarrollo del hombre³⁶.

Sus principios están orientados a que se preserven los ecosistemas, a conservar los recursos naturales renovables y no renovables. Además, proscriben la contaminación de los mares con sustancias que pongan en riesgo la salud del hombre. En el principio No. 2 se destaca el deber de preservar los recursos de la tierra, incluida el agua, en beneficio de las generaciones presentes y futuras (Salinas, 2006, p. 94)

- ***Conferencia de Mar del Plata de marzo de 1977.***

En esta conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua³⁷, se la reconoció por primera vez como un derecho humano y declaraba que “todos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas” (Organización de las Naciones Unidas, 1977). En este sentido, dentro de sus postulados principales está el suministro de agua potable y los servicios de saneamiento. (Mitre, 2012, p. 88).

- ***Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible de 1992.***

En esta conferencia se intenta hacer un llamado a que se realice un aprovechamiento y gestión responsable de los recursos de agua dulce y se establece que las acciones que se adelanten al respecto deben estar acorde con una serie de principios que se formularon en dicha declaración. (Organización de Naciones Unidas, 1992).

³⁶ En este sentido, Mitre expone que la consideración central de los preceptos en el Derecho Internacional [después de estudiar algunos principios de la Declaración de Estocolmo] es de valor antropocéntrico, en tanto tienen por objeto la protección de la vida humana en condiciones de calidad (Mitre, 2012, p. 85).

³⁷ Sobre esta conferencia, Mitre (2012) considera que es la primera reunión de la ONU a escala internacional de connotaciones verdaderamente relevantes para el reconocimiento del derecho al agua.

Dentro de estos principios cabe destacar aquel que reconoce que “el agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente”. Sin embargo, en esta declaración a pesar de reconocerse que el acceso al agua es un derecho, también se resaltó la importancia de reconocer su valor económico, lo cual se constituye en un medio para evitar su derroche. (Organización de Naciones Unidas , 1992).

- ***Declaración de Rio sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992.***

En esta declaración con el objetivo de establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas, con el fin de que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental, se proclamaron una serie de principios entre los que cabe destacar los siguientes: el ser humano es el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra; en vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas (principio No. 7). (Naciones Unidas, 1992).

- ***Agenda 21 o programa 21.***

Este acuerdo de la Naciones Unidas, intenta abordar los problemas relacionados con desarrollo y medio ambiente.

El programa dedica un capítulo exclusivo para abordar las dificultades que se presentan frente a la protección de la calidad y suministro de los recursos de agua dulce (Capítulo 18)³⁸.

³⁸ En concreto, el acuerdo conocido como «Agenda 21» en su capítulo 18 concerniente al recurso hídrico, estableció: “*El agua se necesita en todos los aspectos de la vida. El objetivo general es velar por que se mantenga un suministro suficiente de agua de buena calidad para toda la población del planeta y preservar al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las actividades humanas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua. Es preciso contar con tecnologías innovadoras, entre ellas las tecnologías locales mejoradas para aprovechar*

Igualmente, es importante resaltar que en dicho capítulo se proponen áreas de programas con sus correspondientes objetivos, con el fin, precisamente, de lograr aprovechamiento y ordenación de los recursos de agua dulce.

- ***Conferencia de las Naciones Unidas de septiembre de 1994 sobre población y desarrollo.***

En el marco de esta conferencia se adoptó un programa de acción relacionado con población, salud, educación y desarrollo, estableciendo estrategias en esas materias para un lapso de 20 años³⁹.

Dentro de las estrategias, cabe resaltar el capítulo dedicado a “salud, morbilidad y mortalidad” en el cual se resalta la preocupación de que todavía existe en algunos países escasez de agua potable y saneamiento, además de que un gran número de personas continúan expuestas al riesgo de infecciones y de enfermedades parasitarias transmitidas por el agua.

- ***Resolución A/ RES/ 54/ 175 sobre derecho al desarrollo de 1999.***

En esta resolución, la Organización de Naciones Unidas reconoce que para realizar el derecho al desarrollo se requiere, entre otros, de que el derecho a la alimentación y al agua potable sean derechos fundamentales y que su promoción constituye un imperativo moral para los gobiernos nacionales y para la comunidad internacional. (Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas , 2000).

plenamente los recursos hídricos limitados y protegerlos contra la contaminación”(Naciones Unidas - Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 1992).

³⁹ Respecto del programa de acción producto de esta conferencia se puede consultar el «Informe de las Naciones Unidas sobre “Conferencia de las Naciones Unidas de septiembre de 1994 sobre población y desarrollo».

- ***Declaración de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible de 2002.***

En esta declaración se abarcaron aspectos como la pobreza, el agua dulce, el saneamiento, la agricultura, la desertificación y la energía. Además, se refiere a temas medio ambientales como los océanos, los bosques, las tierras secas y la atmósfera.

Igualmente, es importante resaltar que la declaración centró su atención en la universalización de la dignidad humana, para lo que vislumbra acciones en torno a que se aumente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención de la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad. (Organización de las Naciones Unidas - Departamento de de Asuntos Económicos y Sociales, 2002).

- ***Resolución sobre Derecho Humano al Agua y el saneamiento A/ 64/ L.63/ REV. I.***

Esta resolución emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas concerniente a “el derecho humano al agua y al saneamiento”, aprobada el 28 de julio de 2010, reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento son un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, por consiguiente insta tanto a los Estados como a las organizaciones internacionales para que procuren el acceso al agua potable y al saneamiento.

Adicionalmente, esta resolución “permite que se caracterice el derecho humano al agua como un derecho subjetivo, en cabeza de todos, que permite exigir su guarda y tutela al Estado⁴⁰. La Corte Constitucional Colombiana ha reconocido el carácter subjetivo del derecho humano al agua, haciendo especial referencia al agua para consumo humano” (García, 2017, p.151).

⁴⁰ No obstante, algunos consideran que es una disposición que carece de precisión, en tanto no identifica con claridad los elementos básicos que constituyen el derecho al agua y no alude a las obligaciones que se desprenden de este derecho (Mitre, 2012, p. 99).

- ***Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012.***

Es importante destacar que en este documento final de Rio+20 entre las diferentes temáticas, se dedica un capítulo relativo al agua y al saneamiento, en el cual se reafirmaron los objetivos contemplados en la declaración de Johannesburgo y en la declaración del Milenio, en lo relativo a reducir el número de personas que carecen de acceso al agua potable y saneamiento básico, así como sobre la importancia de elaborar planes de gestión integrada y aprovechamiento eficiente de los recursos hídricos.

De igual manera, expone claramente la inescindible relación entre superación de la pobreza y salud respecto del acceso al agua potable y saneamiento básico. En este sentido, reitera el compromiso de apoyar esos esfuerzos, especialmente en favor de los países en desarrollo, mediante la movilización de recursos de todas las fuentes, el fomento de la capacidad y la transferencia de tecnología. (Organización de las Naciones Unidas, 2012).

- ***Resolución A/RES/70/01 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.***

La agenda 2030 para el desarrollo sostenible es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad. También, tiene como objeto fortalecer la paz universal, la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, requisitos necesarios para el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones (económica, social y ambiental). (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015).

La agenda comprende 17 objetivos y 169 metas, con las cuales se pretende retomar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y conseguir lo que estos no hayan podido lograr. (Organización de las Naciones Unidas, 2015). En lo que se refiere al agua, se encuentra que el objetivo No. 6 hace mención expresa al agua limpia y saneamiento, y en ese sentido está orientado a que se logre “[g]arantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”, el cual involucra que a 2030 se logre garantizar el acceso universal y equitativo al agua

potable, lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos, mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos, entre otros. (Asamblea General de las Naciones Unidas , 2017).

En el caso Colombiano, este objetivo No. 6 parte de una línea base según la cual, el indicador Nacional Oficial respecto del porcentaje de acceso al agua potable se encuentra en un 91,8% y para el 2030 se espera que este porcentaje se encuentre en un 100,0%. Por consiguiente, se proyecta que para ese año, todo el territorio Nacional tenga acceso a métodos de abastecimiento de agua adecuados. (CONPES 3918 de 2018).

Sin embargo, contrario a estas cifras tan alentadoras, en otro apartado del mismo documento CONPES reconoce la existencia de brechas importantes entre el área urbana y el área rural, es decir, disparidades a nivel territorial en materia de satisfacción de agua y saneamiento básico (CONPES 3918 de 15 de marzo de 2018); por ejemplo mientras en Bogotá la cobertura en materia de acueducto y alcantarillado es prácticamente del cien por ciento, en Departamentos como los del Chocó⁴¹, la cobertura solamente alcanza un veinte por ciento. (Moncada, 2017, p.1).

1.2.3 Instrumentos internacionales que consagran el derecho fundamental al agua

Dentro de las normas de derecho internacional con carácter vinculante que contemplan el acceso al agua como un derecho fundamental, cabe destacar las siguientes:

- ***Convenio III y IV de Ginebra de 1949***⁴².

A pesar de que el convenio III se refiere a aquellas disposiciones a aplicarse en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado, es importante mencionarlo en tanto

⁴¹ En un informe realizado por el Sistema de Naciones Unidas en Colombia establece que en la revisión de los avances del departamento del Chocó hacía el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) deja entrever su desventaja frente al promedio nacional, o visto de forma, la brecha que le separa del Distrito Capital como la región de mejores condiciones de bienestar en el país (Sistema de Naciones Unidas en Colombia, 2012, p. 5).

⁴² Los Convenios III y IV de Ginebra de 1949 fueron aprobados por el Estado Colombiano mediante Ley 5 del 26 de agosto de 1960.

contiene obligaciones relacionados con el agua; impone el deber de suministrar el recurso en condiciones de potabilidad a los prisioneros tanto para su consumo como para el desarrollo de actividades relacionadas con el aseo. Sobre el particular puede revisarse el artículo 29 y artículo 46 del Convenio. (Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949).

En cuanto al Convenio IV de Ginebra destinado a proteger a las víctimas de la guerra, en un sentido similar que el expuesto en el Convenio III, establece una serie de condiciones para proteger a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditas (Comité Internacional de La Cruz Roja , 1949). Los artículos que se refieren al acceso al agua y saneamiento son los artículos 85, artículo 89 y el artículo 127.

- ***Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de diciembre de 1966***⁴³.

Mediante el presente Pacto, en su artículo 11, se reconoció 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 e instó a los Estados parte, para que tomaran las medidas necesarias y así asegurar la efectividad de este derecho.

En este orden de ideas, si bien es cierto en dicho artículo no se reconoce de manera expresa el derecho fundamental al agua, mediante la Observación General No. 15 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴ de la Naciones Unidas, se desprende el reconocimiento a la garantía del derecho fundamental al agua y la define:

⁴³ El «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales» fue aprobado por el Estado Colombiano mediante la Ley 74 de 1968.

⁴⁴ Para efectos del presente trabajo es importante definir qué se entiende por Observaciones Generales o más bien aclarar el carácter que ostentan en un sistema normativo. En este entendido, las observaciones generales son “interpretaciones de las disposiciones de los tratados hecha por los órganos competentes para velar por su cumplimiento. Ellas constituyen, igualmente, una fuente fundamental para la aplicación de las normas internacionales en el ámbito interno (...)” (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002).

“el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica”.

Por último, respecto del Pacto pero en especial en lo relativo a la Observación general se encuentra que “es de suma importancia, pues mediante la interpretación que realiza de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional, permite identificar el fundamento jurídico del derecho humano al agua, su contenido normativo, las obligaciones de los Estados parte, las violaciones al derecho humano al agua (...).” (García, 2017, p. 157).

- ***Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 1977***⁴⁵.

Según el artículo primero del protocolo, éste se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados, es decir, aplica para conflictos que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control, tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

En este orden de ideas, en el artículo 5 del protocolo se estipula expresamente que las personas privadas de la libertad, en el contexto mencionado en el párrafo precedente, deberán recibir en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado. (Comité Internacional de La Cruz Roja, 1977).

⁴⁵ Los protocolos de Ginebra fueron aprobados por el Estado Colombiano mediante la Ley 171 de 1994.

- ***Convención Sobre La Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer - CEDAW***⁴⁶.

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, en su artículo 14 indica que los Estados partes tendrán en cuenta los problemas especiales que puede sufrir la mujer rural y adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra ellas en las zonas rurales, por ello en el punto dos, literal *h* en lo referente al derecho al agua indica que se deben adoptar medidas tendientes a que las mujeres puedan (...) “Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones .

Sobre esta convención, se pone de relieve que “podría identificarse esta norma internacional como una acción afirmativa que explícitamente reconoce el derecho al agua y el derecho al saneamiento para las mujeres, de manera que se rompa la desigualdad de acceso al recurso si se compara con el hombre.” (García, 2017, p. 160).

- ***Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988***⁴⁷.

Mediante este instrumento se busca incluir progresivamente en el régimen de protección otros derechos y libertades, así como reafirmar los derechos económicos, sociales y culturales que han sido reconocidos en otros instrumentos internacionales (Organización de Estados Americanos - OEA ,1988).

A pesar de que en este instrumento no se reconoce de manera expresa el derecho al agua, si se encuentra en su artículo 11 una disposición relativa al derecho a un medio ambiente sano, el

⁴⁶ La CEDAW fue aprobada por el Estado Colombiano mediante la Ley 51 de 1981.

⁴⁷ El «Protocolo de San Salvador» de 1988 fue aprobado por el Estado Colombiano mediante la Ley 358 de 1996.

cual involucra el derecho a contar con servicios públicos básicos y la obligación de los Estados a promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

- ***Convención sobre Los Derechos del Niño y de la Niña***⁴⁸.

Esta convención fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y es importante para efectos del presente trabajo en tanto en su artículo 24 reconoce el derecho de los niños al disfrute del más alto nivel posible de salud y para ello, los Estados partes “adoptaran las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de 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 (...)”.

- ***Convención de los derechos de las personas con discapacidad***⁴⁹.

Respecto de esta convención, cabe resaltar el artículo 28 el cual estipula el derecho de las personas con discapacidad a tener un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda y en especial, respecto del derecho al agua, expresa: “Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad.” (Organización de las Naciones Unidas , 2006)

Por último, es importante concluir acerca de los convenios citados que el derecho humano al agua y en general el acceso a un suministro de agua potable ha sido una constante en el derecho internacional, es decir, que las reiteradas referencias a esta garantía demuestran que es un punto de gran interés para la comunidad internacional encaminado en mayor medida a

⁴⁸ La «Convención sobre los Derechos del Niño» adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, fue aprobado por el Gobierno Nacional mediante la Ley 12 de 1991.

⁴⁹ La «Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad » fue aprobado por el Estado Colombiano mediante Ley 1346 de 2009.

evidenciar la preocupación por el estado actual en esa materia, pero así mismo proponiendo unos objetivos y las acciones que se deben adelantar para componer dicha situación.

De igual manera, es relevante expresar, que aun cuando en la mayoría de los instrumentos internacionales que han sido ratificados y aprobados por el Estado Colombiano, el derecho humano al agua no aparece de manera expresa, sí es posible inferir su existencia de las precitadas convenciones y protocolos. Es más, todos estos instrumentos dotan de contenido y permiten delimitar la garantía fundamental al agua; en este sentido, se encuentran opiniones que respaldan esta posición al expresar que el hecho de reconocer explícitamente o no, la garantía del derecho al agua en la esfera internacional ha permitido la puesta en marcha de instrumentos que admiten su tutela o protección, bien por las acciones contempladas en cada uno de las convenciones o por acciones contempladas en el ordenamiento jurídico (García, 2017,p. 165).

Finalmente, debe explicarse que de aquellos instrumentos internacionales reseñados, es la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos y Culturales el instrumento que en mayor medida define y establece las condiciones de cumplimiento del derecho humano al agua al establecer los diferentes elementos y obligaciones que deben garantizarse; acceso suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

1.2.4 Por su conexión directa con otros derechos y por ser inherente a la persona

Si bien estos dos criterios del acápite anterior, en el cual se explicó las diferentes propiedades que debe tener un derecho para considerar que ostenta la calidad de fundamental fueron tratados en puntos diferentes, la autora considera que están interrelacionados y han sido precisamente utilizados por la Corte Constitucional para argumentar que el derecho al agua ostenta la calidad de fundamental, por cuanto contar con un suministro de agua es vital para la vida y para satisfacer otros derechos de igual rango tales como el derecho a la salud y la vida digna⁵⁰.

⁵⁰ Precisamente en lo concerniente a la interrelación que existe acerca del derecho que se estudia y otras garantías constitucionales se encuentra: “(...) el acceso al agua como derecho humano fundamental, está estrechamente relacionado con la satisfacción de otros derechos; en otras palabras, el derecho al agua potable y a servicios de saneamiento básicos, puede considerarse como componente necesario para la realización de los derechos humanos a

En efecto, en reiteradas sentencias se tuteló el acceso al agua en virtud de estos criterios, verbigracia en la sentencia T- 616 de 2010 (Corte Constitucional, sentencia T – 616 de 5 de agosto de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva), se señaló que en tanto la finalidad por la cual se demanda la protección del derecho se debía a la necesidad de obtenerla para su consumo y que su denegación constituiría o pondría en peligro la realización de otras garantías tales como la dignidad, la vida y la salud, su protección ostentaba entonces el carácter de urgente y en tal medida, la vía idónea para su satisfacción era la acción de tutela. Acción que no hay que olvidar, tiene el propósito precisamente de defender los derechos fundamentales de las personas.

De igual manera, la Corte en otras oportunidades no solamente ha sostenido que este derecho se encuentra en intrínseca relación con los citados derechos. Si no que también, el agua se considera un presupuesto esencial para garantizar el derecho a un ambiente sano y aquellos derechos relacionados con las poblaciones urbanas y rurales de Colombia.

Adicionalmente, sobre el criterio de conexión también resulta importante acotar que de acuerdo a la revisión de los instrumentos supra -nacionales tales como las declaraciones, convenciones y aquellos convenios de carácter vinculantes anteriormente citados muestran que la base y los inicios de este derecho en el ámbito internacional, es decir, sus primeros reconocimientos, devienen de su conexión con preocupaciones relacionadas con un ambiente sano y en una segunda medida, vinculados a mejorar y a obtener una vida en condiciones adecuadas. En este orden de ideas, se considera que al carecer el derecho al agua de una consagración expresa en la mayoría de los ordenamientos, el criterio de conexión directa se convirtió en uno de los primeros argumentos para invocar su protección.

En relación con la propiedad o criterio de «inherente a la persona» tal cualidad es reconocida no solamente a nivel local sino en el ámbito internacional. Así, se encuentran razonamientos dirigidos a esgrimir precisamente la necesidad natural que existe sobre contar con un acceso a este líquido. En este sentido, *Aniza García* señala que el derecho al agua no es más que un “hecho natural y social”, consecuencia de la necesidad de este elemento para vivir. En

la vida, a la salud, a la alimentación, a la vivienda, a la propiedad, al medio ambiente sano y al desarrollo” (García, 2008, p. 24).

principio, si el agua constituye un recurso indispensable para la vida, los derechos sobre el agua deberían entenderse como auténticos derechos naturales, antes incluso de ser considerados garantías otorgados por el Estado o reconocidos por la ley (García, 2008, p. 19)⁵¹.

Finalmente, sobre estos argumentos que justifican la calificación de fundamental parece importante resaltar algunos de carácter cuantitativo que exponen la relación tanto de su conexidad con otros derechos como su íntima relación con la existencia humana. Al respecto, en cuanto a la salud se refiere, las estadísticas señalan que el 85% de las enfermedades en los países pobres se debe a la escasez y a la mala calidad del agua. De hecho, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo afirma que “la privación de agua limpia y saneamiento básico destruye más vidas que cualquier guerra o acto terrorista” (PNUD, 2006, citado en García, 2008, p. 29).

1.3 Contenido y Obligaciones Que se Derivan del Derecho Humano al Agua Para el Estado Colombiano

De lo expuesto en el anterior capítulo, según el cual se estudió las diferentes vías por las cuales el agua es considerado un derecho fundamental deviene entonces la necesidad de establecer el contenido y las obligaciones precisas que se derivan para el Estado Colombiano, tarea que se adelantará exponiendo lo expuesto en la Observación General No. 15 y posteriormente el importante trabajo que ha jugado la Corte Constitucional decantando y estableciendo los parámetros y el contenido de este derecho.

1.3.1 Contenido del Derecho Fundamental al Agua

Sobre el contenido del Derecho al agua, es preciso retomar la citada Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales toda vez, como se dijo con

⁵¹ Desde este punto de vista, el aspecto biológico confirma que el acceso al agua es un derecho inherente a la persona y a la vida en general: El agua forma alrededor del 70% del tejido blando de un animal adulto y muchos tejidos contienen de 70 a 90%. (...). El agua no es meramente un material inerte o solvente, sino que es un constituyente activo y estructural. (...) Rubner, estableció en sus observaciones que el organismo puede perder prácticamente toda su grasa y hasta la mitad de su proteína y mantenerse vivo, mientras que la pérdida de una décima parte de su agua trae como consecuencia la muerte (...).” (Leonard A. Maynard, et al, 1981).

anterioridad, es la disposición que de manera más precisa define el derecho y señala sus componentes esenciales y por ende los aspectos a los que están obligados los Estados. En este orden de ideas, partiendo de la definición del mencionado instrumento, según el cual debe entenderse esta garantía como el derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, debe entonces señalarse los siguientes elementos esenciales que lo componen, así como las obligaciones que se desprende de este derecho humano al agua (respetar, proteger y cumplir), las cuales se encuentran establecidas en dicha Observación.

Por consiguiente, los factores que deben respetarse en cualquier circunstancia frente a esta garantía son:

1.3.1.1 Disponibilidad

Se refiere a que el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente de tal forma que se garantice su uso para el consumo humano, así como también para los quehaceres domésticos. Sobre la cantidad de agua, la observación indica que deberían seguirse las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y resalta que es posible que para ciertos grupos poblacionales se requiera más cantidad de agua teniendo en cuenta condiciones de salud, clima, entre otros.

En este entendido, a juicio de la presente investigación, este componente de disponibilidad involucraría las siguientes obligaciones legales específicas (Observación General No. 15):

- **Obligación de respetar:** Exige que los Estados se abstengan de intervenir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. En este sentido, este criterio comprendería, entre otras cosas, el de abstenerse de toda práctica que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales del agua.

Proteger las instalaciones, reservas de agua potable, el medio natural contra daños generalizados graves y a largo plazo.

- **Obligación de Proteger:** Exige que el Estado impida que terceros menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros, se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre.
- **Obligación de Cumplir:** Supone que la Administración debe tomar las medidas legislativas y programáticas necesarias que garanticen el ejercicio del derecho. En especial, para facilitar el acceso mayor y sostenible de agua a las zonas rurales y zonas urbanas desfavorecidas.

Finalmente, es importante acotar que este factor no exige una prestación permanente a cada hogar a través de un servicio de acueducto, sino una entrega periódica de tal manera que se cubran los usos esenciales (García, 2017, p. 167). Empero, en el caso específico de Colombia la ley 142 de 1994 (Régimen de servicios públicos), establece que el agua deberá ser recibida las 24 horas del día, los 7 días de la semana (García, 2017, p. 167).

1.3.1.2 Calidad

Este componente se refiere a que independientemente del uso que se le otorgue al agua, ella debería estar libre de microorganismos, sustancias químicas o radioactivas que puedan amenazar la salud.

Este componente, a nuestro juicio, involucra los siguientes deberes (Observación General No. 15):

- **Obligación de respetar:** En relación con este componente esta carga se traduce en la abstención de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas.

- **Obligación de Proteger:** Exige que el Estado adopte las medidas legislativas para impedir verbigracia que terceros contaminen el agua.
- **Obligación de Cumplir:** Esta obligación con respecto al componente de calidad se relaciona con el deber de difundir información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios del líquido.

Finalmente, frente a este componente se encuentra que en el contexto nacional existe una serie de indicadores para establecer la calidad del agua para consumo humano denominado “Sistema de Información de la Vigilancia de la Calidad del Agua para Consumo Humano SIVICAP”⁵² y un documento CONPES 3810, por medio del cual se establece una política para el suministro de agua potable y saneamiento básico en la zona rural⁵³.

1.3.1.3 La Accesibilidad

Este punto se refiere básicamente a que se deben contar con las instalaciones necesarias para que haya un suministro continuo del agua y que éstas sean prestadas en igualdad de condiciones a toda la población. De igual manera, sobre este factor que compone el derecho humano al agua se ha dicho que se refiere a la condición de acceder al recurso hídrico sin ningún tipo de barrera y no solamente se refiere al acceso al líquido en sí, sino a las instalaciones y los servicios de agua (García, 2017, p. 173).

Finalmente en lo que se refiere a la accesibilidad, encontramos que se derivan las siguientes obligaciones (Observación General No. 15):

⁵² Permite a todas las Autoridades Sanitarias departamentales, reportar los datos de la vigilancia de la calidad del agua, en función de sus actividades de Inspección, Vigilancia y Control en el país. (Instituto Nacional de Salud, s.f).

⁵³ Una descripción de la situación del derecho al agua en Colombia será detallado en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación cuando se aborde el estado de cosas inconstitucionales frente a este derecho.

- **Obligación de Respetar:** El Estado debe abstenerse de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.

Igualmente, comprende la protección de objetos indispensables para la supervivencia de la población civil, incluidas las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de regadío.

- **Obligación de Proteger:** Consideramos que esta obligación en relación con la accesibilidad está compuesta en adopción de medidas que proscriban que terceros denieguen el acceso al agua en condiciones de igualdad y/o contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua (esto incluye fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución del agua).

Involucra, también, que controle el costo razonable del acceso al agua potable, de tal manera que para evitar esos abusos se establezca un sistema regulador eficaz.

- **Obligación de Cumplir:** Consideramos que está estrechamente ligada con el deber que se deriva del componente de calidad. En tanto este elemento también se refiere a contar con un acceso a la información sobre el uso y cuidado del agua.

En un sentido similar a la anterior obligación, el deber de “cumplir” involucra que se adopten medidas para que haya políticas adecuadas de precios, basados en el principio de equidad, a fin que se asegure ese servicio y de esta manera no haya una carga desproporcionada de gastos en cabeza de los más pobres.

También se pone de relieve que este aspecto, se encuentra conformado por cuatro dimensiones que son las que se explican a continuación:

- ***Accesibilidad física.***

El agua y las instalaciones para prestar este servicio deben estar al alcance físico de toda la población y en todo lugar. Además, deben ser adecuados desde el punto de vista cultural y desde la perspectiva de género. Aunado, a que el acceso al agua y a los servicios para obtener su suministro no debe afectar la seguridad física de las personas.

De igual manera, en palabras de la Observación General No. 15, la accesibilidad exige que el agua, las instalaciones y los servicios hídricos estén al alcance físico de todas las personas, en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo, o en sus cercanías inmediatas (Organización de Naciones Unidas, citado en García, 2017, p. 174).

De acuerdo a lo expuesto, se considera relevante, entonces, que para que haya una accesibilidad física debe considerarse las variables de ubicación, concentración demográfica, las necesidades económicas, sociales y culturales relacionadas, entre otras. (Defensoría del Pueblo, 2012).

- ***Accesibilidad económica.***

Se refiere a que el agua y el servicio para su acceso debe estar al alcance de todos. Es decir, los costos deben ser asequibles y no comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto (Mitre Guerra, citado en García, 2017. p. 174).

Ahora, el acceso al agua en cuestión de su infraestructura, es decir, con relación al servicio de acueducto y alcantarillado trae implícito unos costos que deben ser sufragados, por consiguiente como bien se reconocen en diferentes disertaciones sobre este derecho⁵⁴, la asequibilidad no implica gratuidad.

⁵⁴ Cfr. Defensoría del Pueblo, 2012, p. 36 y García, 2017, p. 175.

Los costos de este servicio de abastecimiento relacionados con el tratamiento, almacenamiento y transporte están regulados, para el caso Colombiano, principalmente en el artículo 367 de la Constitución Política y Ley 142 de 1994⁵⁵(García, 2017, p. 176).

- ***No discriminación.***

El agua como los servicios para su acceso deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso para los sectores más vulnerables. Este elemento, implica que el derecho humano al agua, se predica para todo ser humano sin importar condiciones subjetivas tales como raza, religión, sexo, orientación sexual, entre otras condiciones (Defensoría del Pueblo, 2012, p. 40). Incluso, varios autores enfatizan que este elemento debe ser protegido para aquellos grupos que de manera histórica han sido discriminados, tales como los desplazados, la población rural, afrodescendiente e indígenas.

De manera particular, a juicio de esta investigación, y acorde con los tratados internacionales, vale la pena resaltar que este factor de “no discriminación” aplica también para la población que se encuentra privada de su libertad, en tanto existen convenciones expresas que imponen la obligación del Estado de garantizar este derecho, a pesar de estar precisamente en dichas circunstancias de reclusión.

- ***Acceso a la información.***

La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua, según García (2017, p. 178) este componente permite a los particulares y a los grupos a participar en los procesos de decisión que puedan afectar su derecho al agua. En este entendido, esta involucra que el Estado deba promover información sobre el uso eficiente y racional de las aguas, la importancia de su conservación y adecuado uso de ella.

⁵⁵ Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

Sobre este elemento, en el orden nacional se pueden resaltar los siguientes sistemas de información: El Sistema de Información Ambiental en Colombia (SIAC)⁵⁶, Subsistema de

Información de Vigilancia de la Calidad del Agua para Consumo Humano (SIVICAP⁵⁷), Sistema de Información de Recurso Hídrico (SIHR)⁵⁸, Sistema Único de Información (SUI)⁵⁹ y por último, un sistema de información de la Defensoría del Pueblo en el cual se registran las acciones populares y de grupo de todo el País.

Finalmente, valga resaltar que la Observación General No. 15, como componente normativo del derecho al agua señala que éstos deben ser adecuados a la dignidad, a la vida y la salud humana. Además, que este derecho debe interpretarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en el que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.

Por otra parte, frente a las obligaciones que emanan de este derecho para el Estado Colombiano se resalta el papel que ha desempeñado la Corte Constitucional toda vez que al carecer de consagración expresa en el sistema normativo, como se ha mencionado, ha sido esta alta Corte quien ha desarrollado y explicado su contenido normativo.

⁵⁶ El SIAC se define como “Es el conjunto integrado de actores, políticas, procesos, y tecnologías involucrados en la gestión de información ambiental del país, para facilitar la generación de conocimiento, la toma de decisiones, la educación y la participación social para el desarrollo sostenible” (Sistema de Información Ambiental de Colombia, 2007).

⁵⁷ El Instituto Nacional de Salud, en cumplimiento del Decreto 1575 de 2007 y sus resoluciones reglamentarias, que establecen el sistema de protección y control del agua para consumo humano; desarrolló el aplicativo «Sistema de Información de la Vigilancia de la Calidad del Agua para Consumo Humano-SIVICAP», que permite a todas las Autoridades Sanitarias departamentales, reportar los datos de la vigilancia de la calidad del agua, en función de sus actividades de Inspección, Vigilancia y Control en el país (Instituto Nacional de Salud).

⁵⁸ El Sistema de Información de Recurso Hídrico: es el conjunto que integra el conjunto de elementos que integra y estandariza el acopio, registro, manejo y consulta de datos, bases de datos, estadísticas, sistemas, modelos, información documental y bibliográfica, reglamentos y protocolos que facilita la gestión integral del recurso hídrico (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, s.f). Sobre este particular, también puede consultarse el Decreto 1076 de 2015, Capítulo 5 sección 1, artículo 2.2.3.5.1.2.

⁵⁹ El SUI es una herramienta administrada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es una herramienta informática que centraliza información relacionada con la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y gas, a la cual pueden acceder diversos organismos de control y entidades relacionadas (Defensoría del Pueblo, 2012).

1.3.2 Desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional frente al Derecho al Agua

De acuerdo a lo expresado, para efectos de conocer y tener claridad sobre el contenido del derecho al agua, lo cual es el objeto del presente aparte, se considera entonces de vital importancia hacer referencia a las sentencias que han sido emitidas por el órgano de cierre en materia constitucional.

Para efectos de lo anterior, se expondrá en el siguiente cuadro la línea jurisprudencial que abarca los dos momentos o etapas que se pueden diferenciar respecto al derecho humano al agua de acuerdo al análisis jurisprudencial planteado en el trabajo “El derecho humano al agua en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional” (2016) de Juan David Ubajoa.

1.3.2.1 Primer momento jurisprudencial: las bases del derecho al agua

Esta primera etapa, se encuentra caracterizada porque la Corte Constitucional tutela el acceso al agua, empero no desarrolla los factores necesarios para el ejercicio y disfrute de este derecho, como a continuación se puede observar en el siguiente cuadro:

Tabla 1. Pronunciamientos iniciales sobre el acceso al agua

1.	Los servicios públicos son connaturales a la finalidad social del Estado	
	El Estado tiene la obligación de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del País.	Sentencia T-406 de 1992
	La correcta prestación de los servicios públicos es un mecanismo que permite cumplir el fin social del aparato estatal que es el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad.	Sentencia T- 472 de 1993
2.	Los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y su conexión con algunos derechos fundamentales	
	La importancia del servicio público domiciliario de alcantarillado y pone de presente el hecho de que su ausencia o prestación deficiente, reviste un riesgo para la salubridad pública, la vida y la dignidad humana.	Sentencia T– 406 de 1992
	El servicio público domiciliario de acueducto puede protegerse mediante la tutela por cuanto la privación de este servicio o su prestación irregular, vulneran derechos fundamentales.	Sentencia T– 570 de 1992

	Según el autor del texto referenciado, esta sentencia es importante porque le dio el carácter de fundamental al servicio público de acueducto.	
III.	La Relación del derecho al agua con algunos derechos fundamentales	
	Se protegió el derecho a consumir agua potable en conexidad con el derecho a gozar de un ambiente sano, entendiendo que el agua es un recurso natural no renovable. Por lo que es reprochable cualquier tipo de actividad que genere contaminación de los nacimientos de agua.	Sentencia T- 523 de 1994
	Se protegió el derecho al agua en conexidad con el derecho a la salud, en el entendido de que la contaminación de este recurso puede generar una afectación a este derecho fundamental. En esta sentencia, se ordena realizar el mantenimiento al sistema de acueducto y alcantarillado para garantizar la calidad del líquido.	Sentencia T- 092 de 1995
	Se reitera la relación del agua con los derechos fundamentales a la salud y a la vida. Sin embargo, en esta sentencia también sobresale el punto referente a la importancia del líquido para desarrollar actividades económicas, por lo que se pone de presente que el agua tiene un valor social y la contaminación que se produzca afecta el derecho a gozar de un ambiente sano.	Sentencia T- 379 de 1995
IV.	El acceso al agua en condiciones de igualdad	
	Todas las personas tienen derecho acceder a la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado y tienen derecho a mantener un suministro continuo y sin interrupciones. De igual manera, este derecho supone la proscripción de conexiones irregulares a estos servicios, es decir, esas conexiones sin la autorización requerida dado que precisamente este tipo de actos lesionan al Estado.	Sentencia T- 379 de 1995.
	Se constituye el antecedente para lo que se denominó “obligaciones de cumplimiento inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo en materia de agua”.	Sentencia T- 244 de 1994
V.	La Doble connotación del acceso al recurso hídrico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Es un derecho fundamental y un servicio público domiciliario	
	Dos ideas fundamentales sobre la garantía del acceso al agua: i. El suministro de agua es un derecho fundamental cuando está destinado al consumo humano. ii. Los servicios públicos de acueducto y alcantarillado no constituyen un derecho fundamental para las personas jurídicas.	Sentencia T- 578 de 1992
	El consumo humano es el uso prioritario del agua, por encima del uso agropecuario o industrial.	Sentencia T- 232 de 1993
	Se reitera que el consumo humano del agua es prioritario sobre otros usos.	Sentencia T- 413 de 1995, T-410 de 2003, T- 652 de 2013
	Se destaca la importancia del consumo humano del agua ya que expresa que el servicio de acueducto no se puede reducir al simple transporte del líquido en tanto este debe cumplir con unas características que le permitan ser apto.	Sentencia T- 410 de 2003
	El acceso al agua es un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida digna cuando está destinado al consumo humano. Por lo anterior, se	Sentencia T- 888 de 2008

	establecieron las siguientes reglas para la procedencia de la acción de tutela: 1. Debe estar destinado al consumo humano. 2. Se demuestre que el agua provista no es apta para el consumo humano. 3. Que las personas que pretendan acceder al servicio de acueducto y alcantarillado, cumplan con todos los requisitos establecidos.	
	Persiste la línea de la anterior providencia. Sin embargo, se destaca que la Corte señaló que para la protección del agua, el amparo procedente es la acción de tutela y no la acción popular dado que se está efectivamente ante un derecho fundamental.	Sentencia T- 381 de 2009
	El derecho al agua cuando está destinado al consumo humano, es un derecho fundamental y por ello genera en cabeza del Estado, de las empresas de servicios públicos una serie de obligaciones; unas positivas o prestacionales y otras negativas o no prestacionales.	Sentencia T- 143 de 2010
	Se abarca el tema de las obligaciones prestacionales o de abstención. Sobre el particular, señala que es más sencillo determinar cuándo se ha vulnerado una obligación prestacional negativa que una obligación prestacional positiva. En tanto estas últimas, se dividen a su vez en obligaciones de cumplimiento inmediato y de cumplimiento progresivo. Las obligaciones de cumplimiento progresivo son aquellas dirigidas al diseño e implementación de una política pública. Por consiguiente, la ausencia de dicha política mostrará su incumplimiento. Sobre el particular, conviene señalar que la jurisprudencia constitucional ha señalado unos mínimos que deben cumplir las políticas públicas.	Sentencia T- 418 de 2010
	Es el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el servicio público domiciliario de acueducto y el derecho al agua.	Sentencia T- 616 de 2010.
	Se aborda la constitucionalidad sobre el párrafo primero del artículo 43 de la ley 99 de 1993. En lo concerniente al derecho fundamental al agua, esta sentencia pone de presente dos dimensiones de este derecho; una objetiva y otra subjetiva, que se refieren a: La dimensión subjetiva se refiere a que toda persona, comunidad puede acudir ante los jueces para solicitar la protección de este derecho cuando esté siendo vulnerado o amenazado. La dimensión objetiva se refiere a que el derecho al agua es vinculante para todos los poderes del Estado.	Sentencia C- 220 de 2011
	Establece otro argumento para señalar que el derecho al agua es ciertamente un derecho fundamental, el cual está dado por el artículo 93 constitucional; figura que consagra el bloque de constitucionalidad. Debido a la norma antes indicada, el derecho al agua ingresa al catálogo de derechos toda vez que éste se encuentra consagrado como fundamental en varios tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por Colombia.	Sentencia T- 916 de 2011

Fuente: Elaborado con base en el estudio jurisprudencial desarrollado por Juan David Ubajo Osso. El derecho humano al agua en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia. 2016.

Para entender estos primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, debe partirse de aquellos argumentos que someramente se han expuestos hasta el momento en lo referente al derecho al agua. Es decir, de los criterios o propiedades que caracterizan una garantía constitucional como fundamental, en especial de los criterios denominados de “conexidad”, “inherencia a la persona” y aquellos pronunciamientos supra nacionales que componen el denominado bloque de Constitucionalidad; esto debido a que se denota una clara ausencia de pronunciamiento expreso sobre “un derecho fundamental al agua”, tal como se extrae del cuadro resumen que contiene las principales características de las decisiones que se tomaron en ese momento jurisprudencial⁶⁰.

En este sentido, esta ausencia se puede atribuir en primer lugar a que en el ordenamiento jurídico Colombiano no se encuentra estipulado expresamente en el acápite de derechos fundamentales de nuestra Constitución Política un derecho al agua. Sin embargo, por ello podría afirmarse, precisamente, que la Corte se fundamenta en otros derechos para otorgar la tutela al recurso hídrico. Así, se observa que en el primer momento el fundamento de las decisiones obedece a los principios que integran el Estado Social de Derechos pero también a aquellos derechos que sí tienen consagración expresa y que se encuentran en intrínseca relación con el acceso al agua potable tales como el artículo 49, referente al derecho al saneamiento, artículo 79 referente a la garantía de gozar de un medio ambiente sano y finalmente el artículo 366 relacionado con el deber del Estado de satisfacer las necesidades básicas en materia de salud y agua potable, entre otras⁶¹.

⁶⁰ Esta misma postura, es reafirmada por Rodríguez y otros (2011, p. 146), la cual señala precisamente que con anterioridad a las sentencias al año 2008 “las providencias de la Corte Constitucional que se ocupaban de asuntos sobre el acceso al agua protegían por conexidad o de manera autónoma, prerrogativas diferentes al derecho al agua potable, tales como la salud, el ambiente sano, e incluso la vida, esto es, no el derecho al agua en sí mismo (...)”

⁶¹ En un sentido similar, Rodríguez & otros señalan que la inicialmente la Corte Constitucional fue cauta en reconocer el derecho al agua, incluso cuando claramente el sentido de la decisión estaba dirigida a proveer los servicios de acueducto y alcantarillado, que claramente traen implícito el suministro de agua potable. En este sentido, pone de presente el caso de la sentencia SU 442 DE 1997, relativa a la problemática ambiental que afectaba la bahía de Santa Marta y a la calidad del agua de la zona y en la cual el sentido de la decisión está orientado hacia la protección del derecho a la vida, a la salud y al medio ambiente sano. Sin embargo, no se hace mención el derecho al agua (Rodríguez & otros, 2011, p. 142).

En segundo lugar, a pesar que no se establece de manera directa de las decisiones de la Corte, a nuestro juicio, los argumentos que ella en este primer momento jurisprudencial pueden estar también influenciados por el contexto internacional. Sobre todo lo que se refiere a sus primeras decisiones, es decir, de los años 90's, en el sentido de que es precisamente en ese periodo cuando el ámbito internacional centra su atención a los graves problemas medio ambientales y en la necesidad de mejorar y proveer condiciones adecuadas a toda la población presente y a las generaciones futuras, objetivo que involucra claramente el agua potable y saneamiento básico.

En otras palabras, el contexto internacional puso de presente la relación entre satisfacción de necesidades básicas – saneamiento ambiental, acueducto y alcantarillado y su relación con derechos fundamentales como la salud, vida, dignidad humana y por ende, la necesidad de otorgar protección a estas condiciones que garantizan un estilo de vida adecuado⁶².

Posteriormente, del análisis de las sentencias reseñadas en el cual se puede verificar un cambio importante en la jurisprudencia de esta Alta Corporación, consistente en el otorgamiento de una doble connotación al derecho humano al agua, correspondiente al periodo comprendido entre inicios del año 2000 hasta aproximadamente el año 2011, en el cual se reconoce que el acceso al agua es un derecho fundamental cuando está destinado al consumo humano; en algunas de las sentencias de este periodo, se pone de presente la doble dimensión de la que están dotados los derechos fundamentales, es decir, una dimensión objetiva y una dimensión subjetiva, al establecer que existen obligaciones de prestación positiva y otras de prestación negativa. Hecho que reviste de particular importancia para la presente investigación, en tanto como se ha hecho mención existe una tesis relativa a la Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la obligación positiva del Estado.

Adicionalmente, sobre este periodo cabe resaltar que a principios del año 2000, a pesar de que se sigue reconociendo que el derecho al agua tiene una relación directa con los derechos

⁶² Como puede observarse de acuerdo al cuadro que resumen, el primer momento jurisprudencial se caracteriza porque garantiza el acceso al agua a través de la tutela del servicio público de acueducto y alcantarillado, en los eventos que está dirigida a satisfacer el consumo humano de agua y saneamiento, es decir, relacionado con satisfacción de necesidades esenciales que repercuten directamente en la dignidad humana, bienestar general.

fundamentales a la vida y a la salud, empezó un reconocimiento como un derecho humano autónomo, iniciando así una etapa de constitucionalización o reconocimiento directo de esta garantía (García, 2017, p. 184).

1.3.2.2 Segundo momento de la jurisprudencia relativa al Derecho al Agua⁶³

Según la investigación que sirve de sustento a este cuadro que resume las principales características de los fallos que componen la línea jurisprudencial del derecho al agua, este segundo momento se caracteriza por desarrollar el contenido jurídico del derecho en comento. Por consiguiente, en este apartado se encuentran los factores para su correcto disfrute y ejercicio, tal como se expone a continuación:

Tabla 2. Evolución sobre el derecho al agua, segundo momento jurisprudencial

1.	Esta es la sentencia con la cual la Corte comienza recurrentemente a citar la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. A partir de esta referencia se buscó explicar el fundamento jurídico del derecho al agua y explicó los factores para su correcto ejercicio, los cuales son: 1. Disponibilidad, 2. Calidad. 3. Accesibilidad. Adicionalmente, se toma como definición del derecho al agua lo establecido en el párrafo 2 de la Observación General No. 15⁶⁴ y se destacan las finalidades principales que tiene el agua.	Sentencia T- 270 de 2007
	En esta sentencia se indica que a pesar que el derecho al agua no se encuentra directamente establecido en el PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales), se desprende de una frase del párrafo primero del artículo 11 de dicho tratado que versa sobre el derecho a un nivel de vida adecuado. Por consiguiente el derecho al recurso hídrico hace parte del derecho a un nivel de vida adecuado.	Sentencia T- 546 de 2009
	Esta sentencia es la primera en señalar que el agua es un derecho humano básico e indispensable para la vida digna. De igual manera, es importante resaltar que la Corte hace una referencia a otra guía relevante del derecho internacional que es el “informe sobre desarrollo humano 2006: más allá de la escasez: poder, pobreza y crisis mundial del agua” del programa de las	Sentencia T- 418 de 2010

⁶³ Esta división en el estudio de la jurisprudencia corresponde a la forma en que el autor decidió organizar el estudio jurisprudencial. En este segundo momento, se profundizan las obligaciones que componen el derecho fundamental al agua y las referencias de la Corte Constitucional al derecho internacional.

⁶⁴ Esto es importante destacar porque es la posición recurrente de la doctrina nacional e internacional, tomar como definición del derecho humano al agua lo establecido en la Observación General No. 15, tal y como se expone en el presente acápite.

	Naciones Unidas para el Desarrollo. De la mencionada referencia, estimo pertinente resaltar que la Corte concluye que la escasez del recurso hídrico tiene como fundamento mayoritariamente la mala gestión de los recursos hídricos y no porque haya propiamente una escasez física de este recurso.	
	Es importante destacar que según el autor del estudio jurisprudencial, esta sentencia es importante en tanto a partir de ella la Corte considera que los rasgos característicos del valioso líquido son parte de su fundamento jurídico. En este entendido, se destacan los siguientes rasgos; Es una necesidad básica, es de carácter universal y objetivo. Además, con fundamento en la Observación General No. 15 señala que el agua es una garantía que permite el disfrute de otros derechos tales como la alimentación, la salud, entre otros.	Sentencia T- 740 de 2011
	Desarrolla de una manera más clara y expresa los factores necesarios para el ejercicio del derecho al agua, es decir, se refiere a la disponibilidad, calidad y accesibilidad: 1. La disponibilidad. Este factor se refiere a que el abastecimiento del líquido debe ser continuo y suficiente; sin interrupciones y un mínimo en el suministro, respectivamente. Ahora, este factor a su vez consta de tres dimensiones: 1.1 Cantidad. Se refiere a un mínimo que debe garantizar el Estado Colombiano a todas las personas del territorio para efectos de la satisfacción de las necesidades básicas. La Corte señala que el mínimo son 50 litros por persona al día. 1.2 Continuidad. Se refiere a la no interrupción del suministro y este debe permitir satisfacer los usos personales y domésticos. 1.3 Sostenibilidad del recurso. Este último rasgo está relacionado con el tema medio ambiental en tanto exhorta a toda la institucionalidad estatal a planear y a ejecutar la gestión sostenible de los recursos. 2. La Calidad. Este factor se refiere a la potabilidad del agua, es decir, que debe ser apta para el consumo en tanto no debe representar un peligro para la salud y la vida. 3. La Accesibilidad. El acceso al agua debe estar al alcance de todos. Esta obligación a su vez tiene cuatro dimensiones: 3.1 accesibilidad física. el líquido vital debe estar al alcance de todos los sectores de la población. 3.2 Accesibilidad económica. el agua debe estar al alcance económico de todas las personas, es decir, que toda persona pueda sufragarlo sin poner en peligro otros derechos. 3.3 No discriminación. el agua potable debe ser accesible a todos los seres humanos, esto incluye a todos los sectores de la población sin discriminación por motivos de raza, color, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole.	Sentencia T-888 de 2008

	3.4 Acceso a la información. Esta dimensión implica el derecho a solicitar y a recibir información relativa al agua como por ejemplo su tratamiento, gestión y su distribución.	
	En esta providencia la Corte Constitucional otorga a los factores necesarios para el ejercicio del derecho al agua, la categoría de obligaciones.	Sentencia T- 740 de 2011
	Señala que los factores que conforman el derecho al agua deben estar acordes con la dignidad humana, la vida y la salud.	Sentencia T- 752 de 2011
	3. Obligaciones del Estado Colombiano, de las empresas proveedoras de servicios públicos domiciliarios y de los particulares en materia de derecho al agua	
	En esta providencia se dijo que las obligaciones que tienen como fin último garantizar el goce del derecho al agua para el consumo humano, pueden ser de cumplimiento inmediato o de cumplimiento progresivo. Las obligaciones de cumplimiento inmediato son aquellas dirigidas a garantizar un grado mínimo de satisfacción, un cumplimiento mínimo del derecho. Por consiguiente, ante este tipo de obligaciones el Estado no puede colocar como pretexto la falta de recursos económicos. Ahora, están las obligaciones de cumplimiento progresivo que son aquellas dirigidas a las medidas requeridas para concretizar el derecho al agua a todas las personas, verbigracia la expedición de leyes o la planeación y construcción de obras. Para el cumplimiento de éstas, el Estado debe invertir todos los recursos disponibles de los que disponga. Las obligaciones de cumplimiento inmediato son: 1. Garantizar el acceso a una cantidad mínima de agua, la cual deber ser suficiente y apta para el consumo personal, domestico. 2. Asegurar el derecho de acceso a agua potable sin discriminación alguna. 3. Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua saludable que la suministren de manera suficiente y regular. 4. Velar por la seguridad personal de los sujetos cuando tengan que desplazarse para obtener agua. 5. Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles. 6. Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales relativos al agua para todos los habitantes del país, que deberán ser revisados de manera periódica. 7. Vigilar el grado de satisfacción y de insatisfacción del derecho al agua. 8. Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajos para proteger los grupos vulnerables.	Sentencia T- 418 de 2010

	9. Adoptar las medidas necesarias para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua. Ahora, las obligaciones de respetar - no injerencia- se refieren a que no se puede realizar ninguna práctica que interfiera negativa directa o indirecta el ejercicio de esta garantía. En este entendido estas obligaciones de abstención son: 1. Todas las actividades que nieguen o reduzcan el acceso al agua en igualdad de condiciones. 2. Entrometerse de manera arbitraria en los sistemas tradicionales de distribución del recurso hídrico. 3. Reducir o contaminar de forma ilegal el agua. 4. Condicionar el acceso al agua o acabar con él como medida punitiva. Por su parte, las obligaciones de proteger hacen alusión al deber del Estado de impedir que terceros lesionen el derecho al agua. Dichas obligaciones son: 1. Que se tomen las medidas para impedir que terceros nieguen el acceso al agua en condiciones de igualdad, así como para impedir que contaminen o se explote de manera indebida el recurso hídrico. 2. Que se impida a terceros el menoscabo del acceso al agua a través del cobro de costos irrazonables. 3. Que se promulguen las normas correspondientes tendientes a salvaguardar judicialmente los derechos ante las afectaciones de terceros. Finalmente, están las obligaciones de cumplir que versan sobre el deber del Estado de diseñar y poner en funcionamiento todas las medidas que se requieran para el correcto ejercicio del derecho al agua; acciones de carácter positivo de índole legislativa, administrativas, presupuestarias o judiciales. Sobre la obligación de cumplir cabe resaltar que a su vez abarca las obligaciones de facilitar, las de promover y las de proporcionar. La obligación de facilitar se refieren a la implementación de todas las medidas para garantizar el goce efectivo del derecho; las de promover se refieren al derecho de información sobre el uso higiénico del líquido, la protección de las fuentes hídricas y los métodos para reducir el desperdicio del agua con el fin de educar a la población. Finalmente, la obligación de proporcionar se refiere que aquella parte de la población que no tiene acceso a este recurso pueda obtener finalmente un acceso real de este recurso.	
--	--	--

Fuente: Elaborado con base en el estudio jurisprudencial desarrollado por Juan David Ubajo Osso. El derecho humano al agua en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia. 2016.

Finalmente, es pertinente aclarar que el estudio jurisprudencial antes esbozado continúa, empero, en el presente trabajo no se hará mención a las sentencias que componen dicha línea jurisprudencial en tanto van encaminadas a ahondar lo concerniente a la prestación de servicios públicos, por cuanto su autor considera que la forma para garantizar en todas sus dimensiones el

derecho al agua es a través de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y aunque se comparte este planteamiento dado que claramente existe una relación inescindible, dicha perspectiva no corresponde con el enfoque del presente estudio de investigación.

Aclarado lo anterior, es importante referirse a lo expuesto en la última etapa jurisprudencial de este derecho, la cual se caracteriza porque el órgano de cierre comienza efectivamente a desentrañar el contenido y la naturaleza del derecho humano en comento, acudiendo a instrumentos internacionales y en específico a la remisión expresa que trata el artículo 93 constitucional. De esta manera, comienza a reconocerse el carácter de fundamental del derecho humano al agua, a pesar de no constar expresamente, como ya se mencionó, hace parte del catálogo de derechos constitucionales debido al citado artículo.

Sin embargo, para que en este periodo la Corte Constitucional reconociera el derecho al agua como un derecho autónomo y en consecuencia procediera su tutela, fue necesario que se sucedieran algunas de las siguientes circunstancias. Es decir, se fijaron en las sentencias comentadas en el segundo momento jurisprudencial reglas para su protección por este mecanismo procesal, las cuales son: el acceso al líquido debe ser requerido para el consumo humano, es decir, se excluyen aquellos requerimientos para desarrollar actividades económicas; que el líquido no tenga las condiciones de calidad establecidas para el consumo humano y finalmente, que el demandante cumpliera con los requisitos señalados en la ley para la instalación del servicio público (García, 2017).

De otro lado, es importante destacar que en esta tarea de desentrañar los diferentes elementos que conforman esta garantía constitucional, es decir, la disponibilidad, calidad y accesibilidad, también conllevó a que se establecieran las obligaciones que se encuentran en cabeza del Estado, verbigracia mediante la sentencia T- 740 de 2011, se otorga a los citados elementos la categoría de obligaciones, detallando aquellas que se denominan obligaciones de cumplimiento, de protección y las obligaciones de respeto frente al derecho al agua.

Sin embargo, un aspecto aún más relevante de la sentencia T- 740 de 2011, es que en esta se encuentran establecidos los argumentos para justificar que el acceso al agua ostenta la calidad

de fundamental. En este orden de ideas, se pueden encontrar en la providencia dos argumentos de conexidad y dos criterios de autoridad (Bernal, 2018, p. 70).

De acuerdo con el criterio de conexidad, la garantía del acceso al agua potable es fundamental por su conexión con el derecho a la vida y con la dignidad humana, en tanto este líquido es indispensable para la existencia del ser humano, y para el mantenimiento a una vida digna (Bernal, 2018, p. 71). Por su parte, el argumento de autoridad encuentra su sustento en el razonamiento de que el derecho al agua es fundamental en tanto así lo reconoce el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, entre otros instrumentos de derecho internacional⁶⁵, además de otros argumentos provenientes del derecho comparado, cuando se hace mención a decisiones dictadas por tribunales de otros Países.

De otro lado, hasta lo que aquí se ha expuesto frente al contenido de esta garantía- tales como las obligaciones que se desprenden de los tratados internacionales como los pronunciamientos de la Corte Constitucional - se justifican para el presente trabajo dado que estos elementos permitirán más adelante concretar si realmente existe un estado de cosas inconstitucional así como su exigibilidad. Entendiéndose esta expresión a la posibilidad de adelantar ante los tribunales (jurisdicción ordinaria) una acción de responsabilidad patrimonial del Estado por vulnerar dichas obligaciones.

1.3.3 Recapitulación y conclusiones: exigibilidad del Derecho Fundamental al Agua en Colombia

Conforme se ha expuesto a lo largo del presente capítulo, es necesario comenzar concluyendo que el derecho humano al agua no se encuentra consagrado de manera expresa en el texto constitucional. Adicionalmente, en el ordenamiento jurídico Colombiano se presenta una indeterminación respecto de cuáles derechos ostentan la calidad de fundamental y en consecuencia cuales pueden ser objeto de protección mediante la acción de tutela⁶⁶. Por

⁶⁵ Remitirse al numeral 2.2 del capítulo primero del presente trabajo.

⁶⁶ Mirar el numeral 1.3 del presente capítulo y lo explicado en el punto No. 3.2 referente a los argumentos de autoridad y de conexión.

consiguiente, ante este panorama, y como se desprende de los primeros acápite que comprende el presente capítulo, la Corte Constitucional desarrolla diferentes criterios para definir tal naturaleza⁶⁷.

En primer lugar, la carta de navegación estipula desde su preámbulo, y en sus primeros capítulos que Colombia se encuentra organizado bajo el denominado Estado Social de Derecho, fórmula de Estado que involucra valiosos principios y abarca importantes derechos tales como el derecho a la vida, el derecho a gozar de un ambiente sano, la dignidad humana, así como derechos correspondientes a los servicios públicos, es decir, relativos al saneamiento ambiental, derechos que de alguna forma permitieron en un principio la tutela al acceso del preciado líquido, específicamente a través de órdenes relacionados con la prestación eficiente de los servicios de acueducto y alcantarillado. Esto se evidencia principalmente en los primeros años de trabajo de la Corte Constitucional, que corresponde al primer momento jurisprudencial.

Sin embargo, conforme se avanza en la jurisprudencia de la alta corporación se deja a un lado el criterio relativo a la conexión directa que tiene con otros derechos expresamente consagrados en el texto constitucional y se comienza a apoyar en el criterio denominado de la remisión expresa, el cual en virtud del artículo 93 constitucional permite el ingreso al ordenamiento de derechos humanos que están consagrados en tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia.

Así las cosas, en las diferentes providencias que comprenden el segundo momento jurisprudencial se constata una permanente referencia a la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales para efectos de encontrar el contenido y las obligaciones que abarca este derecho. De esta manera, haciendo un estudio de este instrumento, en sus pronunciamientos consideró que los factores que componen esta garantía (disponibilidad, calidad y accesibilidad) hacen parte de su fundamento jurídico e indicó que éstos conllevan obligaciones para el Estado, sobre las cuales es importante puntualizar los siguientes

⁶⁷ Sin embargo, debe resaltarse que tal trabajo argumentativo e interpretativo no solamente fue un trabajo al que se vio abocado la mencionada corporación, toda vez que a nivel internacional existen así mismo diferentes posturas y doctrinas, que como también se expresó en su momento, darían lugar a que se desarrolle un trabajo de investigación autónomo.

aspectos: invocando el mencionado instrumento, la Corte Constitucional señala que el Estado tiene el deber de “respetar”, “proteger”, y “cumplir” el derecho al agua.

En lo que se refiere a la obligación de “respetar”, este se concreta en un deber de abstención, es decir, de no interferir u obstaculizar el acceso al agua, comportamiento que se concreta en la no realización de los siguientes acciones: (i) toda práctica o actividades que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad; (ii) inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua; (iii) reducir o contaminar ilícitamente el agua como por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o botaderos municipales que contaminen fuentes hídricas o mediante el empleo y los ensayos de armas de cualquier tipo, y (iv) limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva.” (Sentencia T- 740 de 2011, citada en Bernal, 2018, p. 74).

En cuanto a las obligaciones del Estado que involucran acciones positivas son aquellas referentes a las de “proteger” y “cumplir”, es decir, hacer efectivo el derecho al agua (Bernal, 2018, p. 75). El deber de proteger consiste en “adoptar las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros”. Por consiguiente, esta obligación se concreta en un deber del Estado de regular el comportamiento de terceros, ya sean individuos, grupos, empresas y otras entidades, con el objetivo de impedir que estos interfieran o menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho” (Corte Constitucional. Sentencia T– 740 de 2011, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto).

Finalmente, en lo relativo al deber de cumplir o hacer efectivo el derecho al agua se debe decir que éste involucra la adopción de políticas y medidas que satisfagan el derecho (Bernal, 2018, p. 75), para lo cual se debe tener en cuenta la subdivisión de obligaciones que involucra esta prestación; de facilitar, promover y proporcionar⁶⁸.

⁶⁸ La subdivisión de deberes que se desprenden de los derechos que involucran obligaciones prestacionales son: la relacionada con «facilitar» es aquella que “consiste en el deber de iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso al derecho o su disfrute, o ayudar a los particulares para lograr tales fines”. El deber de «promover» implica “realizar acciones tendientes a difundir, educar, o capacitar a la población para el ejercicio de los mismos”. Por

Por último, en lo que se refiere a las citadas obligaciones (respetar, proteger y cumplir) que se derivan del derecho al agua establecidas en las sentencias de la Corte Constitucional⁶⁹, es conveniente colocar de presente que éstas se compaginan con aquellas obligaciones legales específicas que se encuentran establecidas en la Obsevación General No. 15⁷⁰.

En este orden de ideas, cabe entonces resaltar que el reconocimiento del derecho humano al agua como derecho fundamental se desarrolla en nuestro sistema jurídico en virtud de estos criterios (conexidad y de autoridad), tal y como se puede constatar en la segunda etapa de la jurisprudencia que fue expuesta en el acápite anterior y de acuerdo a la presente recapitulación.

Ahora, en lo relacionado con el contenido del derecho al agua, así como los factores que lo integran y en especial en lo que se refiere a las obligaciones que emanan para el Estado solamente fueron aclarados y desarrollados, también, por vía jurisprudencial⁷¹, gracias a la labor adelantada por la Corte Constitucional.

Así las cosas, es dable concluir que el derecho al agua es una garantía que hace parte del catálogo de derechos constitucionales y que es exigible para el Estado Colombiano. Por lo cual, puede acudirse ante un juez con el fin de que garantice y proteja el goce de este derecho tal y como se argumentará en el capítulo tercero de la presente investigación. Sin embargo, es pertinente mencionar desde ya que en la Observación General No. 15 no solamente contempla

último, surge el de «proporcionar», el cual supone asegurar que el titular del derecho “[acceda] al bien protegido por un derecho cuando un grupo o individuo por circunstancias ajenas a su control, no pueda disfrutar el mismo” (Corte Constitucional, Sentencia T – 740 de 3 de octubre de 2011, M. P: Humberto Antonio Sierra Porto y Corte Constitucional).

⁶⁹ Sobre fallos relacionados con los deberes comprenden el derecho fundamental en comento, se pueden consultar las siguientes: Corte Constitucional. Sentencia T- 740 de 3 de octubre de 2011, M. P: Humberto Antonio Sierra Porto y Corte Constitucional. Sentencia T- 888 de 12 de septiembre de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷⁰ En cuanto a las obligaciones a nivel internacional sobre la garantía que se estudia puede verificarse lo establecido en párrafo 20 y siguientes de la Observación General No. 15 contiene las obligaciones específicas del derecho humano al agua. De igual manera, cuando se explicó el contenido del derecho al agua en el No. 3.1 del presente trabajo, se sustrajeron algunas de las obligaciones de dicha Observación.

⁷¹ Sobre este particular, es importante mencionar que si bien es cierto su desarrollo corresponde a la interpretación del órgano de cierre en materia constitucional, debe tenerse en cuenta que la no inclusión del derecho humano en el texto constitucional es un asunto que ha sido objeto de profundos debates en Colombia, los cuales han llevaron al impulso de diferentes iniciativas legislativas tales como un referendo por el agua y diferentes proyectos de ley como el proyecto de acto legislativo 11 de 2006, entre otros. Respecto de este tema puede consultarse a García, 2017 p. 189– 192. De igual manera, las diferentes propuestas normativas serán abordadas en el siguiente capítulo cuando se aborde lo referente al Estado de Cosas Inconstitucional - ECI.

los factores y obligaciones que componen el derecho, sino que también hace una expresa alusión a los eventos de violación de este derecho, así como el hecho que ante tal vulneración se debe garantizar una reparación adecuada, que podrá consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantías de no repetición⁷².

Sin embargo, para efectos de abordar el tema de la responsabilidad, previamente, es necesario referirse al grado de incumplimiento y violación del derecho fundamental al agua, tema que se estudiará en el segundo capítulo de la investigación, a través del denominado estado de cosas inconstitucional. En este orden de ideas, en este capítulo se propone que en Colombia existe una violación grave y reiterada de las obligaciones que componen este derecho, como se estudiará a continuación.

⁷² Sobre la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones se encuentra lo siguiente: “[t]**oda persona o grupo que haya sido víctima de una violación del derecho al agua deberá contar con recursos judiciales o de otro tipo efectivos tanto en el plano nacional como en el internacional** (véase el párrafo 4 de la Observación general N° 9 (1998) y el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo). El Comité observa que este derecho ha sido incluido en la Constitución de varios Estados y ha sido objeto de litigio ante tribunales nacionales. **Todas las víctimas de las violaciones del derecho al agua deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos.** Los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos y las instituciones análogas de cada país deberán poder ocuparse de las violaciones del derecho.” (sub) (Observación General No. 15, párrafo 55).

CAPÍTULO II

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL – ECI FRENTE AL DERECHO HUMANO AL AGUA

2.1 Definición y Características de un ECI

Antes de entrar en detalle sobre los elementos constitutivos del Estado de Cosas Inconstitucional – ECI, es conveniente explicar las diferentes teorías y enfoques que existen respecto de este concepto. Sobre el particular, se considera importante partir de que existen varias aseveraciones que expresan la falta de mayores estudios⁷³ sobre la mentada figura, por lo cual podría manifestarse que existe en cierta medida dificultad para realizar una explicación y conceptualización de mayor profundidad sobre el ésta⁷⁴.

Sin embargo, entre los conceptos encontrados, es oportuna aquella definición propuesta por la Dra. Blanca Raquel Cárdenas (2016) en tanto es un concepto amplio, que no lo aterriza a ninguna teoría o enfoque en particular, lo cual es importante dado que más adelante se procederá a analizar esta figura bajo la óptica propuesta en la presente investigación, es decir, la relación del ECI con el derecho fundamental al agua y la consiguiente responsabilidad por la violación de este derecho en virtud del estado de cosas inconstitucionales.

⁷³ En lo relativo a la falta de contar con una mayor cantidad de estudios sobre la figura del ECI se ha dicho: “El ECI, gracias a la sentencia del desplazamiento, es un concepto altisonante en el discurso jurídico y de resonancia ciudadana; no obstante, es escasa su producción doctrinaria dedicada a su estudio, y la que existe, en su mayoría, se contrae al estudio de los cánones jurisprudenciales, y una que otra explora la figura del ECI desde referentes teóricos.”(Cárdenas p. 26, 2016). En este mismo sentido, *Josefina Quintero Lyons* y otras, señalan en su texto “la figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia” explica que “esta figura a pesar de su importancia, es poco conocida, son muy escasos los estudios que se han hecho sobre este tema y los existentes surgieron en mayor medida después de la sentencia T – 025 de 2004, la cual declaró un estado de cosas inconstitucionales respecto de la población desplazada (...)” (p. 3, 2011).

⁷⁴ En este sentido vale la pena traer a colación que “[e]l ECI es una creación intelectual – aún en construcción-, desarrollada jurisprudencialmente en ocho sentencias de la Corte Constitucional donde, por violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos, debidamente constatadas, los efectos del juez de tutela se extendieron extraordinariamente, para proteger directamente a todo un conjunto de personas e indirectamente a toda la sociedad que se considera potencialmente en peligro mientras subsista esta realidad contraria a la Constitución” (UARIV, s.f, p. 1).

El ECI desde un punto de vista ontológico se explica como “un conjunto de hechos que afectan de manera sistemática y estructural los derechos fundamentales de un número significativo de personas, en los que por fuerza de aparejamiento la violación se predica tanto de hechos como de los efectos que estos despliegan en el ámbito de los derechos fundamentales” (Cárdenas, 2016, p. 41). Ahora, desde un punto de vista procedimental, la misma autora explica que esta figura es una técnica a la que acude la Corte para contrarrestar esos hechos, contener sus consecuencias lesivas, enderezar las fallas estructurales en las que radican y para obtener la colaboración armónica entre poderes, y así al final adoptar remedios adecuados para resguardar a todos los miembros que conforman el grupo de afectados.

La Corte Constitucional, definió el ECI en la Sentencia T – 762 de 2015, así:

“(…) aquella mediante la cual esta Corte, como otros Tribunales en el mundo, ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Se ha decretado al verificar el desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía”. (Corte Constitucional, Sentencia T – 762 de 16 de diciembre de 2015, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado).

Se considera importante la definición contenida en la citada sentencia en tanto muestra con mayor claridad que un ECI implica *per se* un desconocimiento de los derechos fundamentales, así como de los principios contenidos en la Constitución por parte de las autoridades públicas y del mismo Estado en sí, poniendo de presente en este contexto un carácter meramente formal de dichas disposiciones dado que no refleja un cumplimiento y respeto de las garantías consagradas en el texto de la Carta Política⁷⁵. Sin embargo, una vez puesto de

⁷⁵ El ECI es la prueba del incumplimiento del Estado Social de Derecho y de la desvalorización de la Constitución social, por eso, con su declaratoria, ingresamos a un estado de anormalidad, a un periodo que supone el ejercicio de mayores competencias y responsabilidades por parte del Estado; y que debe ser objeto de un fuerte escrutinio social, político y jurídico. (Magistrado Eduardo Cifuentes, 2008, citado por Bustamante, 2011, p.4). Asimismo, el profesor

manifiesto tal estado de cosas, a través de su declaración formal, la pretensión central es superar dicha situación.

En igual sentido, el profesor Rodríguez Garavito (2010), sobre las características del ECI menciona que es una figura que la Corte Constitucional utiliza para hacer frente a situaciones de graves violaciones de derechos, y los casos en los que se han declarado son aquellos que se caracterizan porque se afecta un número amplio de personas, los cuales alegan la violación de sus derechos, involucran varias entidades estatales como demandadas, dado que son responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, y finalmente implica órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales se busca que la administración emprenda acciones coordinadas para efectos de proteger a toda la población afectada.

En conclusión, las mencionadas definiciones ponen de presente que la citada figura es una muestra clara de violación sistemática, masiva y profunda de derechos fundamentales, violación que se encuentra relacionada así mismo con el incumplimiento de políticas públicas⁷⁶, toda vez que estas se conciben como un mecanismo para satisfacer las obligaciones que tiene el Estado con la sociedad, específicamente en lo relacionado con los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales. En consecuencia, el ECI es una manifestación de las fallas del Estado en relación con estos dos conceptos, es decir, derechos fundamentales y políticas públicas.

En este entendido, esta flagrante violación otorga y/o legítima al ciudadano para que ejerza las acciones correspondientes ante su incumplimiento, es decir, ante la acción u omisión de la administración respecto de sus obligaciones genera un elemento coercitivo, o en otras

Juan Carlos Henao (2013) señala que el estado de cosas inconstitucionales se ha entendido como “una situación generalizada y masiva de transgresiones a los derechos fundamentales, donde se evidencia una prolongada omisión de las autoridades públicas llamadas a superar tal estado” (p. 71).

⁷⁶ Debido a la relación que existe entre la figura bajo estudio y las políticas públicas, se considera pertinente que por estas últimas se entiendan como “el programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por el Estado. Son, por ende, los medios que usa para modificar comportamientos específicos mediante el cambio de reglas operantes hasta el momento. Pero no toda acción de una organización estatal es necesariamente una política. (...) Según André Roth, una política pública se caracteriza por cuatro elementos: (i) intervención de una institución pública; (ii) percepción de una situación problemática o socialmente relevante; (iii) definición de objetivos concretos para solucionarla o hacerla manejable y (iv) un proceso de implementación y evaluación, que se debe hacer en todas las etapas” (Henao, 2013,p.69).

palabras, “ante el incumplimiento –por el déficit de implementación que afecta la concreción de los derechos, el juez debe ordenar su restablecimiento allí donde encuentre que son infringidos. Como dice el mismo maestro Hinestrosa, el elemento coercitivo implícito en la obligación jurídica conlleva que si el deudor incumple, el acreedor está insatisfecho, su derecho ha sido vulnerado por quien debía atenderlo y, por tanto, incurre en responsabilidad [...] término con el que se señala la posibilidad que tiene el acreedor, una vez establecida la renuencia del obligado al pago, de exigir coercitivamente la prestación específica determinada en el título.” (Hinestrosa, 2002, p. 72-78).

Lo anterior, es importante toda vez que establece de manera fehaciente la dimensión objetiva⁷⁷ de los derechos fundamentales, es decir, el hecho de que se encuentra efectivamente en cabeza de la Administración la obligación de que haya un goce efectivo de los derechos y no solamente una obligación de abstención, tal y como se expuso en el primer capítulo de este estudio. Por consiguiente, podría decirse que esto es un indicativo de que el objeto del ECI recae sobre la efectiva protección de los derechos fundamentales, con un notable énfasis en su dimensión objetiva; denotando que estas garantías constitucionales irradian todo el ordenamiento y constituyen criterios que permiten integrar tanto las normas como las autoridades que pertenecen a las diferentes ramas del poder público.

Ahora, una vez explicado en qué consiste el estado de cosas inconstitucional y en virtud de lo enunciado al inicio del presente capítulo se pasará a explicar a continuación los elementos que integran la citada figura.

⁷⁷ En lo concerniente a la relación entre el estado de cosas inconstitucional y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, cabe precisar que fue expresado por la Corte Constitucional, de la siguiente manera: “ (...) Al respecto cabe señalar que la figura del estado de cosas inconstitucional parte de buscar una protección objetiva de los derechos fundamentales. En el derecho comparado, hunde sus raíces en una aguda controversia doctrinal y jurisprudencial que surgió, desde finales de los años cincuenta en los Estados Unidos, entre los defensores de la « *political question doctrine* » y aquellos partidarios de los « *structural remedies* »”. Sobre las mencionadas posturas doctrinales, cabe aclarar que la primera se refiere a aquella postura que defiende que el poder judicial y los jueces solamente deben proteger la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales y por otra parte, aquellos que defienden la « *structural remedies* » argumenta que el poder judicial deben proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia T - 1030 de 30 de octubre de 2013. M.P.: Clara Ines Vargas Hernández). Ahora, como conclusión del anterior planteamiento también se encuentra: “De esta manera, la doctrina constitucional Colombiana habría adoptado la defensa de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a partir de la sentencia SU – 599 de 1997, para desarrollarla progresivamente conforme lo evidencian las actuaciones derivadas de la sentencia T- 025 de 2004 sobre desplazados” (Quinche, 2017, p. 345).

2.2 Elementos Constitutivos de un Estado de Cosas Inconstitucional – ECI

Para referirnos al ECI, es menester mencionar la sentencia emitida por la H. Corte Constitucional sentencia T – 025 de 2004, dado que en este pronunciamiento se definieron los requisitos para su configuración. Sin embargo, es importante señalar que la figura del ECI no se inaugura con esta sentencia, toda vez que varios autores han rastreado sus inicios en sentencias que datan desde 1997⁷⁸, empero fue en la sentencia del año 2004 que se alcanzaron con claridad los elementos constitutivos para que se declarase la citada figura. Así, se habla del ECI cuando concurren y se comprueben los siguientes factores o elementos:

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial” (Corte Constitucional, Sentencia T- 025 de 22 de enero de 2004. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa)

⁷⁸ El jurista Cesar Rodríguez Garavito expresa que “la figura del estado de cosas inconstitucional no aparece por primera vez en la sentencia T- 025 de 2004. Esta forma de intervención judicial en políticas públicas, cuyo diseño e implementación origina reiteradas y sistemáticas violaciones de derechos fundamentales individuales, fue inaugurada por la Corte Constitucional en 1997 (...)” (Garavito, 2010, p. 300). En un sentido similar, la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, explica que “la aparición de la figura jurídica del “estado de cosas inconstitucional” se halla en la sentencia SU – 559 del 6 de noviembre de 1997, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.”

Respecto de estos factores, es relevante explicar que la misma Corte Constitucional⁷⁹ ha señalado que no es necesario que se verifiquen los cinco requisitos citados, toda vez que éstos son indicativos de tal estado de cosas, más no criterios taxativos. Por consiguiente, señala la Corte que es labor del juez valorarlos a la luz de los hechos del caso e incluso puede ocurrir que se identifiquen otro tipo de circunstancias que evidencien que se está frente a un estado de cosas inconstitucional⁸⁰.

Ahora, una vez se comprueba la configuración de los elementos mencionados, la Corte Constitucional pasa a realizar su declaración formal⁸¹ y a dictar órdenes simples y complejas a las autoridades que tienen responsabilidad en el asunto, para que de esta manera, dentro de la órbita de sus competencias procedan a adoptar los correctivos necesarios y así se restablezcan los derechos del grupo afectado⁸².

Sobre las ordenes complejas que se dictan en la parte resolutive de la sentencia que declara formalmente un ECI su alcance es: “como un reflejo del principio de Estado Social de Derecho y de la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales. Desde un punto de vista cuantitativo, las órdenes emitidas son principalmente de ejecución compleja, y desde un

⁷⁹ En sentencia T- 302 de 2017, la Corte Constitucional declaró un ECI por la vulneración del derecho fundamental al agua, a la alimentación y a la salud y en dicha sentencia al analizar los factores para su declaración manifestó: “Estos seis factores son indicativos de un estado de cosas inconstitucional, no son requisitos o criterios taxativos. Como toda decisión judicial, este tipo de sentencias han valorado y tenido en cuenta las específicas condiciones fácticas de cada caso. El juez de tutela tiene el deber de valorar los factores identificados por la jurisprudencia en cada proceso, a la luz de los hechos que se le presentan. Por supuesto, no es necesario probar simultáneamente que se verifican los seis factores para poder identificar un estado de cosas inconstitucional. En un determinado caso pueden concurrir algunas de forma clara, grave y evidente, pero no todas las circunstancias allí señaladas. Incluso el juez de tutela puede llegar a identificar otro tipo de circunstancias relevantes para establecer la existencia de un estado de cosas inconstitucional, que en los casos hasta ahora estudiados no se ha manifestado” (Corte Constitucional. Sentencia T – 302 de 8 de mayo de 2017, M.P.: Aquiles Arrieta Gómez).

⁸⁰ En un sentido similar, parte de la doctrina considera que los factores de esta sentencia no tienen un sentido estricto de concurrencia, al menos respecto de algunos de ellos, debido al grado de ambigüedad que tienen los enunciados que componen estos elementos. De hecho, Cárdenas enseña que un ECI puede constituirse solamente con los elementos *i* y *ii*. (Cárdenas, 2011, p. 51).

⁸¹ “El estado de cosas inconstitucional consiste en una declaración formal que hace la Corte Constitucional mediante un fallo de tutela, en los casos de violación plural, sistemática y recurrente de la Constitución y de los derechos fundamentales, que se presenta como consecuencia de fallas orgánicas y estructurales (...)” (Quinche, 2017).

⁸² Manuel Fernando Quinche (2017), considera que la declaración formal y las órdenes simples y complejas, constituyen los dos componentes básicos del ECI. La declaración formal consiste en que la Corte verifica una situación en la cual se presenta una violación repetida y estructural de derechos fundamentales que afecta a muchas personas, que no es imputable únicamente a la entidad demanda, sino que se explica por factores estructurales. El segundo componente, denominado por este profesor como conjunto de órdenes múltiples dirigida a diversas autoridades públicas, con el propósito de articular una solución integral (Quinche, 2017, p. 322).

punto de vista cualitativo, las órdenes implican directrices de política pública del juez constitucional, constituyéndose el ECI en un mecanismo de engranaje de distintos niveles de función administrativa”(Cárdenas, 2016). Lo anterior, es una aclaración importante dentro del contexto del estado de cosas inconstitucional como técnica jurisprudencial para remediar la situación que pone de presente la violación sistemática de derechos fundamentales (Cárdenas, 2016).

En este punto, conviene profundizar con mayor detalle en los elementos estructurales que componen la figura en comento y que fueron mencionados en la ya citada sentencia T – 025 de 2004. No sin antes explicar, que según la doctrina, los requisitos para declarar un ECI deben ser estudiados en dos momentos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional toda vez que entre uno y otro, aumentan los elementos que conforman esta figura⁸³; el primer momento jurisprudencial se refiere a la postura de la Corte antes de la sentencia del año 2004, en la cual pueden evidenciarse básicamente tres elementos. Mientras que en la sentencia del 2004 y en adelante, existen otros factores constitutivos del ECI, y sobre los cuales Quinche Ramírez, considera que solamente aplican para los casos relativos a la población en situación de desplazamiento forzado. Sin embargo, sobre esta última posición no se verifica que haya otros autores que la apoyen, por consiguiente más adelante se estudiarán los seis elementos que se conocen hasta el momento.

En lo que se refiere al primer momento, los elementos que componen el ECI son: i) la repetida violación de unos mismos derechos fundamentales de un número plural de personas; ii) la violación sistemática de los derechos fundamentales no debe ser imputable exclusivamente a la entidad accionada y iii) que la solución a la violación sistemática de los derechos involucre varias autoridades públicas.

⁸³ Tanto Cárdenas como Quinche, expresan que ha habido una evolución en los elementos configurativos y/o estructurales del ECI, caracterizados en sus inicios por tres elementos primigenios, los cuales posteriormente evolucionaron a los 6 elementos que se exponen en la sentencia T – 025 de 2004. En este entendido, Cárdenas, textualmente menciona: “En la jurisprudencia de la Corte el concepto de Estado de cosas inconstitucional ha ido evolucionando y aquellos elementos que desde un inicio han fungido como determinantes de su existencia, han sido desagregados en otros hasta tener el plexo de factores que nos presenta la T-025 de 2004” (Cárdenas, 2011, p. 32).

El primer elemento, se encuentra caracterizado porque el atentado a los derechos fundamentales se presenta de modo reiterado y sistemático y por consiguiente, existe una afectación a un número plural de personas. En esa medida, los instrumentos tradicionales no son suficientes para remediar la situación, en tanto solo ofrecerían soluciones parciales y dejarían al margen a quienes no han podido proponer la acción de tutela (Quinche, 2017).

En cuanto a *que la violación sistemática de los derechos fundamentales no debe ser imputable exclusivamente a la entidad accionada*, se encuentra que a diferencia de la regla general de acción de tutela, según la cual la decisión o la orden que se tome en el respectivo proceso está dirigida a una entidad en particular, en el estado de cosas inconstitucional la repetida violación de los derechos fundamentales no ocurre por la acción o la omisión de una sola autoridad pública, sino que por el contrario involucra varios órganos, legislativos, órganos de control, autoridades administrativas, entre otras (Quinche, 2017, p. 348).

Finalmente, frente al último elemento (*la solución a la violación sistemática de los derechos involucra varias autoridades públicas*) se encuentra que está claramente en amplia relación con el elemento anterior dado que si el atentado contra las garantías constitucionales involucra varios órganos, ciertamente su resolución o subsanación va a requerir la intervención de varios agentes (Quinche, 2017, p. 348).

Sin embargo, como ya se ha mencionado en otra oportunidad en este trabajo de tesis, se defenderá que el ECI es una herramienta como escenario que enmarca un contexto de déficit o de discordancia con los principios y enunciados constitucionales y aún más con las obligaciones estatales. Por consiguiente, más que constituir una red de órdenes complejas en materia de políticas públicas, se propone que sea visto como un indicativo del hecho generador del daño⁸⁴, en tanto muestra de manera categórica una vulneración de los garantías constitucionales debido a fallas estructurales y en especial, de acuerdo al tema objeto de estudio, constituye una violación a

⁸⁴ En este sentido, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a Víctimas - UARIV sobre esta figura indicó que el “ECI como tal no es un problema jurídico, sino, una herramienta que aparece cuando termina el derecho – por el incumplimiento sistemático y generalizado de la norma constitucional y la ley –y empieza la realidad – violaciones estructurales de los derechos humanos-. Un instrumento que evidencia hechos palpables de irregularidad constitucional y ordena resolverlos, por medio de políticas públicas estructurales”. (UARIV, s.f, p. 1).

las obligaciones y componentes del derecho fundamental al agua. En este orden de cosas, en virtud de que el presente trabajo versa sobre la responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho fundamental al agua, a continuación se procede a explicar el escenario del ECI frente a esta garantía.

2.3 Configuración de un Estado de Cosas Inconstitucional – ECI Frente al Derecho al Agua

Los elementos que se requieren para declarar el ECI fueron citados en el acápite anterior, por lo que el objeto del presente punto es exponer cada uno de ellos en relación con el derecho fundamental al agua. No sin antes, precisar que existen dos grandes antecedentes en el ordenamiento nacional que declaran la existencia de un estado de cosas inconstitucional frente al derecho al agua dictado por la Corte Constitucional.

Específicamente, se hace referencia a las sentencias T- 302 de 2017 y T-359 de 2018 en las cuales si bien no invocan como vulnerados los mismos derechos fundamentales, lo cierto es que ambas acciones de amparo tienen como fundamento la escasez de agua y de alimentos, además de que en la sentencia del año 2018, el problema jurídico es el mismo respecto del analizado en la sentencia del año 2017- así lo reconoce la Corte en su providencia - en la cual se declaró la existencia de un ECI en relación con el goce efectivo de los derechos fundamentales al agua potable, a la alimentación y a la salud de los niños y niñas del pueblo indígena Wayúu en el Departamento de la Guajira.

Así las cosas, antes de realizar un análisis propio sobre cada uno de los factores que componen el ECI en materia del derecho al agua, se considera pertinente aludir al estudio que sobre los elementos que conforman la figura en comento realizó la Corte en la mencionada sentencia T- 302 de 2017, en la cual expresó:

Respecto del primer elemento, señaló la Corte que efectivamente en la Guajira existe un problema multidimensional frente al derecho al agua, a la alimentación y a la salud, así como de

otros derechos conexos a estos; constató que esta situación es generalizada y se debe a una reiterada omisión de las autoridades, especialmente aquellas del orden territorial en tanto no desplegaron las acciones adecuadas y necesarias para proteger y hacer efectivas las citadas garantías fundamentales que se encuentran radicadas en cabeza de toda la población pero que en este caso, en especial estaban siendo vulneradas a los niños y niñas de esta etnia que habita los municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Uribia.

En cuanto al requisito relacionado con «la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado» encuentra la Sala que este elemento no está configurado en el caso objeto de estudio. Sin embargo, se presentan otras vulneraciones constitucionales, tales como que existe una elección discrecional de algunas comunidades indígenas para ser beneficiarios de los programas que conforman la política pública y en general que dichos programas no contemplan los aspectos propios de la cultura indígena⁸⁵.

Sobre el factor referente a las *«medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos»* inicia la Sala reconociendo el esfuerzo que ha realizado el Gobierno Nacional para enfrentar la crisis en la Guajira. Sin embargo, encuentra que todavía existe un gran deficit en este sentido por parte de las entidades territoriales, quienes no han desplegado las acciones necesarias. La solución del problema que *«compromete la intervención de varias entidades»*” Efectivamente encuentra la Corte que en el presente asunto se vislumbra necesario que se dicten una serie de órdenes complejas, es decir, que se requiere la coordinación de varias entidades, tanto las que se encuentran a nivel territorial como aquellas del orden Nacional.

⁸⁵ Sobre este punto, parece conveniente aclarar que el diseño e implementación de los programas que conforman las políticas públicas y el ejercicio de los derechos fundamentales deben respetar la cultura indígena. Por ejemplo, en el derecho al agua como se mencionó en el capítulo primero de la presente investigación, uno de sus elementos señala textualmente respecto del componente de «acceptabilidad» que “(...) Todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género, al ciclo de vida y a las exigencias de privacidad” (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, 2019). De igual manera, frente al contenido básico del derecho a la alimentación el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó que “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada.” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999).

Por último, «si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial». Frente a este factor, esta alta corte encuentra que la crisis que se presenta en el Departamento de la Guajira efectivamente afecta a una gran proporción de la población indígena, empero debido a la lejanía respecto de los centros urbanos y por un desconocimiento de sus derechos no han acudido masivamente a la tutela.

A raíz de lo expuesto, concluye la corporación que debido a una vulneración generalizada de los derechos fundamentales de personas de especial protección como lo son los niños y niñas del pueblo Wayúu, se verifica la existencia de un estado de cosas inconstitucional, por lo que procede entonces a dictar una serie de órdenes complejas para restablecer los derechos. Por lo anteriormente mencionado, se puede concluir primero que la Corte reitera que el derecho al agua es un derecho fundamental y destaca la importancia del recurso para la existencia del ser humano, así como para la efectividad de otras garantías tales como el derecho a la salud y a la alimentación. En segundo lugar, la Corte constata que existe un estado de cosas inconstitucional, es decir, una situación de vulneración grave, masiva y reiterada del derecho al agua para la población Wayúu.

Finalmente, es importante mencionar el hecho de que la Alta Corporación haya reconocido la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la materia objeto de la investigación, otorga un mayor peso a las premisas que la constituyen, es decir, que más que una teorización o argumentación que se pueda realizar sobre la vulneración que existe en nuestro País respecto del derecho fundamental al agua, es una falla que ya fue declarado por la mayor autoridad en materia constitucional. En este orden de ideas, para efectos de soportar el punto de que el estado de cosas inconstitucional al ser una figura que refleja una violación masiva y sistemática de derechos fundamentales constituye o refleja una situación de incumplimiento de obligaciones que se encuentran radicadas en cabeza del Estado y por consiguiente, un hecho generador de un daño en materia de derecho al agua, se procederá a realizar un análisis propio de cada uno de los factores que constituyen la figura objeto de estudio del presente capítulo, de la siguiente manera:

2.3.1 La vulneración del derecho fundamental al agua genera una afectación de otros derechos constitucionales que ostentan un número significativo de personas

En este primer escenario, es importante entender que la garantía del derecho al agua trae implícito la salvaguardia de otras garantías constitucionales, dado que su ejercicio depende de contar con este recurso. En consecuencia, de afectarse el acceso al agua, con todas las obligaciones que lo componen, se pone en riesgo y en muchos casos realmente se genera una violación de condiciones básicas, tales como la salud, alimentación, la dignidad humana y en general el derecho a mantener unas condiciones de vida adecuadas⁸⁶, situación que afecta no solo a unos cuantos individuos sino que por el contrario es padecida por un importante número de personas.

En este orden de ideas, este primer punto del ECI se estudiará bajo la perspectiva de la vulneración del derecho al agua como fuente hídrica. Es decir, a partir de la contaminación de los ríos y demás fuentes de abastecimiento de agua producto de actividades mineras⁸⁷ dado que este sector hace uso de sustancias tales como el mercurio, el cual es un metal que conlleva repercusiones en la salud y que por la dificultad en su tratamiento y especiales características

⁸⁶ Acerca de las consecuencias de desconocer las obligaciones que se derivan del derecho fundamental al agua, así como su intrínseca relación con garantías vitales como la existencia misma del ser humano, se ha dicho: “Lo que es incontestable para quien no quiera cerrar los ojos a la realidad, es que el actual nivel de consumo y destrucción de los recursos de agua resultará insostenible en unos pocos años, y que el pleno disfrute de derechos tales como la vida, la salud, la vivienda o el medio ambiente, resultará inviable en ausencia de la oportuna disponibilidad de agua” (García, 2008, p. 24).

⁸⁷ Sobre las cifras y casos que se expondrán a continuación en lo relativo a actividades mineras como sector productor de contaminación del agua debe aclararse que este es solamente uno de los eventos que ilustran el problema dado que a éste contribuyen varias actividades económicas; llama la atención como es el sector de la agricultura y pecuaria quienes mayor demanda hídrica presentan, en suma éstas conforman el 76% nacional y por consiguiente, son los sectores que más pérdida y vertimientos del líquido generan, seguidos por los vertimientos generados por el sector doméstico con 1609,7 m3 (IDEAM, 2019, p. 171). Adicionalmente, sobre el sector agrícola cabe resaltar que existen mediciones que dan cuenta acerca de una pugna entre el uso de agua verde (huella hídrica verde) para esta actividad y el agua que requieren las áreas de protección asociadas a ecosistemas estratégicos; arrojando sobre este punto un total de 22 subzonas hidrográficas en estado crítico, es decir, que en dichos lugares la frontera agrícola superó el límite de zonas de protección y se puede encontrar en riesgo la integridad ecológica de las cuencas, para la provisión de servicios ecosistémicos (IDEAM, 2019, p. 210 - 215).

terminará en su mayoría en los afluentes de agua⁸⁸, como muestran las siguientes cifras a nivel nacional:

- Los niveles de mercurio en el río Cali eran de 1.355% superiores a los permitidos legalmente, según la Contraloría Delegada de Minas y Energía para el año 2013 (Gafner, 2018, p. 500).
- En lo que respecta uno de los ríos más importantes de Colombia, el río Magdalena, estudios realizados por científicos del Himat y de Ingeominas, revelaron que durante su recorrido, el cual termina en el puerto marítimo de Barranquilla, arrastra diariamente un promedio de 300 mil toneladas de sedimentos los cuales contienen partículas de metales como mercurio, cadmio, Zinc, plomo, hierro, entre otras sustancias. En este sentido, investigaciones de la Universidad de Cartagena, en la Mojana⁸⁹ establecen que las concentraciones de metales pesados en sus habitantes exceden las normas internacionales y están ligadas al daño genotóxico en la población (Gafner, 2018, p. 500).
- Las concentraciones de mercurio en los peces que se encuentran en los ríos contaminados del Departamento de Antioquia están por encima de 1,06 microgramos de mercurio por gramo, lo que constituye una cifra alarmante⁹⁰ si se considera que el nivel máximo para consumo humano, según la Organización Mundial de la Salud es de 0,2 microgramos por

⁸⁸ Según fuentes del Departamento Nacional de Planeación – DNP, en Colombia, respecto de las 1.150 fuentes hídricas que cruzan el país, 232 pasan por zonas de mercurio. En este sentido, un panorama más amplio de esta problemática muestra que “en la actualidad Colombia es el país con más contaminación por mercurio en América. De acuerdo con estudios de la Organización Mercury Watch se calcula que el país emite 180 toneladas anuales de mercurio derivadas de la extracción artesanal de oro” (Rojas & Montes, 2016, p.10). Sobre la calidad del agua en Colombia y la presencia del mercurio en el recurso hídrico puede confrontarse el Estudio Nacional del Agua 2019 (ENA - 2018), capítulo seis.

⁸⁹ Para entender la gravedad de los datos concernientes a la contaminación que existe en la región mencionada, se evidencia al conocer que: “La Mojana es una subregión ubicada en la parte norte de Colombia, caracterizada por ser **una zona de humedales productivos**, perteneciente a la Depresión Momposina, **con la función ambiental de regular los cauces de los ríos Magdalena, Cauca y San Jorge, amortiguar las inundaciones y facilitar la decantación y acumulación de sus sedimentos**. La dinámica de sus aguas y la biodiversidad de las especies de fauna y flora, que ahí encuentran su hábitat, proveen seguridad alimenticia y generan ingresos a sus pobladores.” (Aguilera, 2004, p.3) (Subrayado por fuera del texto).

⁹⁰ El Departamento de Antioquia presenta el mayor número de casos de intoxicación por mercurio que puede presentarse por inhalación, consumo de agua o de alimentos contaminados (Instituto Nacional de Salud 2016, citado en DNP, 2016).

gramo, según estudios adelantados por Corantioquia y las Universidades de Antioquia y Cartagena (Gafner, 2018, p.500).

- La región del Amazonas Colombiano, presenta problemas de igual magnitud en lo que se refiere a la presencia de contaminantes en el agua. De acuerdo a investigaciones del Instituto Amazónico de investigaciones Científicas – Sinchi, se evidencia presencia de mercurio en concentraciones mayores a 0,5 mg/ Kg para algunas especies de peces, además, que el nivel de mercurio supera hasta en 87 veces el permitido por el Estado Colombiano (Ehrlich, M & Núñez, M, 2016, citado en Gafner, 2018, p. 501)⁹¹.

Empero, ¿cuáles son las consecuencias que trae la presencia de estas sustancias químicas en el recurso hídrico? Sobre el particular, se encuentra que la exposición al mercurio, incluso en pequeñas cantidades, pueden causar graves problemas de salud; es peligrosa para el desarrollo intrauterino y en las primeras etapas de vida puede ser tóxico para los sistemas nervioso e inmunitario, el aparato digestivo, la piel, los pulmones, riñones y ojos. En lo que se refiere a la fauna, la OMS señala que las principales vías de exposición a esta sustancia se generan por el consumo de pescado y marisco contaminado con metilmercurio y la inhalación (vapores de mercurio elemental desprendidos en procesos industriales) (Organización Mundial de la Salud , 2017). Además, en lo que se refiere al daño ambiental, se afirma que el empleo abusivo del mercurio en la actividad extractiva de oro, provoca una extensa degradación ambiental por contaminación del ecosistema, provoca un impacto en los peces, en la flora y en la fauna y sus efectos negativos pueden perdurar durante varias décadas (Gafner & Montes, 2016, p.10).

⁹¹ Lo expuesto en este punto, se refuerza con lo establecido en el Estudio Nacional de Aguas (2019), el cual indica que: “la explotación minera en la Amazonia colombiana ha aumentado considerablemente, debido a la riqueza en minerales como oro, cadmio, cobalto, cobre, estaño, hierro, molibdeno, petróleo, carbón, asfaltita, arcilla, mármol, entre otros. (...)” Ahora bien, sobre esta región el estudio presenta únicamente los resultados de la medición de las concentraciones de mercurio total (THg) y metilmercurio (MeHg) tomadas en Tarapacá y Leticia, en el departamento de Amazonas; Mitú y Taraira, en Vaupés; Puerto Leguizamo, en Putumayo; y en San José del Guaviare, en Guaviare, de la Amazonía colombiana, respecto de lo cuales se encontró que las concentraciones de este metal son más altos en los puntos de Taraira (Vaupés) arrojando que éstos sobrepasan los límites permisibles (IDEAM, 2019, p. 233 - 237).

En concordancia con lo anterior en Colombia pueden encontrarse los siguientes ejemplos: “(...) se han identificado áreas como la cuenca del río Cauca en Bolívar, donde el mercurio, ingerido por los lugareños a través del pescado, han provocado en algunos de ellos temblores en las manos, pérdida de memoria y disminución de su coeficiente intelectual, y los bebés de las mujeres embarazadas que se exponen al mercurio siempre estarán dispuestas a sufrir malformaciones” (Gafner & Montes, 2016, p. 10). En un sentido similar, un estudio realizado por la Secretaría de Salud del Guainía, arrojó que entre las personas examinadas había quienes presentaban entre 60 y 109 veces más mercurio en su cuerpo que el límite fijado por la OMS, verbigracia cerca del río Guainía se tomaron 82 muestras de cabello perteneciente a habitantes de la ribera norte, las cuales evidenciaron niveles de 20 a 50 partes por millón en cerca del 60% de la población que formó parte de la muestra y en personas que habitan el río Inírida, las concentraciones llegaron hasta 93 partes por millón (Gafner, 2018, p.501).

Finalmente, sobre lo expuesto puede extraerse que la contaminación por esta sustancia, primero, es un factor común en la mayoría de las fuentes de agua a nivel nacional y en segundo lugar, indican que su presencia excede los niveles o límites máximos permisibles teniendo en cuenta que “(...) la condición crítica se vincula a concentraciones que exceden 0,002 mg/L, límite máximo permisible según el criterio para destinación del recurso para consumo humano y doméstico (...) según el artículo 38 del Decreto 1594 de 1984, ahora derogado⁹²” (Gafner, 2018, p.499). En tercer lugar, se ha evidenciado que estos hechos efectivamente han causado un deterioro en la salud de la población y en los ecosistemas; en consecuencia, todo esto se traduce claramente en una violación al derecho fundamental al agua en sus componentes de accesibilidad y calidad⁹³, entre otros, y por esta misma vía se afectan los derechos a la salud, el ambiente, a la alimentación para con una vasta cantidad de personas que ocupan el territorio Nacional, de acuerdo a las cifras que se acabaron de exponer⁹⁴.

⁹² La anterior observación fue realizada bajo la vigencia del Decreto 1594 de 1984, artículo 38. Actualmente dicho decreto se encuentra derogado y la norma vigente es la Resolución 2115 de 2007 que en su artículo 5 señala los valores máximos aceptables de aquellos elementos y compuestos químicos que tienen reconocido efecto adverso en la salud humana. Por lo anterior, en el citado artículo se encuentra que los valores máximos aceptables para el mercurio se fijan en 0,001 Mg/L.

⁹³ Sobre el componente jurídico del derecho fundamental al agua revisar el capítulo uno de la presente investigación.

⁹⁴ Adicional a los datos expuestos sobre calidad del agua por contaminantes por metales pesados así como sobre la demanda de agua a nivel nacional por sectores, se puede consultarse el Estudio Nacional de aguas 2018.

2.3.2 El constante incumplimiento de obligaciones en cabeza de las autoridades públicas que repercute en la garantía del derecho al agua

En consonancia con lo expuesto en el anterior punto, en el que se observa un alto grado de contaminación en materia del recurso hídrico, conviene entonces ahora analizar el papel que en esta materia deberían estar cumpliendo las autoridades administrativas ambientales, las cuales de acuerdo a la jerarquía del Sistema Nacional Ambiental – SINA, en orden a su jerarquía están compuestas en primer lugar por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible⁹⁵ como organismo rector de la gestión medioambiental; las Corporaciones Autónomas Regionales y las Corporaciones para el Desarrollo Sostenible, estas últimas creadas para ciertas regiones de acuerdo a la ley 99 de 1993 y finalmente, las entidades territoriales, es decir, los departamentos, distritos y los Municipios. Aunque no debe perderse de vista que existen otras autoridades que se ocupan de algunos temas relacionados con el recurso hídrico entre las que se encuentran las unidades administrativas especiales como son la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y Parques Nacionales Naturales de Colombia.

Respecto de las anteriores autoridades, cabe destacar a las Corporaciones Autónomas Regionales toda vez que son las máximas autoridades ambientales en los territorios en los que tienen jurisdicción. En este entendido, para el punto que nos atañe, entre las funciones que tienen tales entidades está la de ejercer una evaluación, control, seguimiento ambiental de los usos del agua, lo cual comprenderá el vertimiento, emisión o incorporación de sustancias o residuos líquidos, sólidos y gaseosos a las aguas en cualquiera de sus formas; evaluación, control, seguimiento ambiental de actividades de exploración y de explotación; ordenar y establecer las

⁹⁵ De acuerdo a la Ley 99 de 1993, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible se encuentran adscrito las siguientes entidades: el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM, el Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras “José Benito Vives de Andreis” -INVEMAR, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos “Alexander von Humboldt”, Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas “SINCHI”, El Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico “John von Neumann”.

normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas ubicadas dentro del área de su jurisdicción, entre otras⁹⁶.

De acuerdo a las anteriores funciones, parece ahora importante observar algunas de las cifras que en materia de calidad de agua – ICA⁹⁷ contiene el Estudio Nacional de Agua – ENA 2018, los cuales muestran que los indicadores van de *aceptable* a *muy malo*, y ninguna estación de muestreo obtiene la categoría de *Buena*. Con el descriptor de *muy malo*, se encuentran las corrientes Ranchería y Magdalena, asociados estos dos casos al producto de vertimientos domésticos, industriales y posiblemente mineros. En el caso del río Ranchería menciona el informe que la condición de *Muy mala* está asociada posiblemente a la minería y a vertimientos de aguas residuales domesticas; indicadores similares muestran que ríos como el Cauca, río Negro, río Bogotá, entre otros, presentan un indicador de *malo*.

Ahora, en cifras generales sobre la gestión del recurso en cabeza de estas autoridades se encuentra que aún hace falta efectividad en esta materia, afirmación que deviene no solamente por las cifras que se acaban de exponer sino porque otras fuentes señalan que en lo que se refiere a la formulación o ajustes en los planes de ordenación y manejo de cuencas, apenas se alcanza un 40% de las subzonas hidrográficas (forma de ordenación de las cuencas) existentes en el País, esto debido principalmente a que en la práctica se requiere de la participación de otros actores diferentes a las Corporaciones, sobre los cuales éstas no cuentan con un mecanismo vinculante, y en segundo lugar, porque estas políticas requieren contar con una fuerte destinación de recursos (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 24). De igual manera, este panorama no mejora en relación con las demás políticas que en esta materia existen y que las Corporaciones están en la obligación de implementar, pero que por diversas circunstancias no se han cumplido, verbigracia esta situación se presenta con el Plan de Manejo y Ordenación de una cuenca - POMCA, que es el principal instrumento de planificación de los recursos naturales para las

⁹⁶ Sobre la organización así como las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales se puede consultar la Ley 99 de 1993. Sin embargo, en este punto de las funciones asignadas a las Corporaciones y en especial a lo que se refiere a la responsabilidad respecto de la calidad del agua, cabe destacar que dicha obligación también se encuentra en cabeza de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos de acuerdo al Decreto 1575 de 2007, norma que en su artículo nueve les impone a estas empresas el deber de desplegar acciones para garantizar que las características del líquido cumplan con los estándares para que sea apta para el consumo humano.

⁹⁷ Este índice permite el análisis de condiciones de calidad en puntos específicos de una corriente en el momento en que se realiza la medición (Estudio Nacional del Agua – ENA 2018).

Corporaciones y que en materia de agua tiene el objetivo de armonizar los instrumentos de planificación que existen en la materia⁹⁸.

En adición a lo anterior, es importante revisar las obligaciones que en materia de calidad y en provisión de este líquido tienen las autoridades departamentales, distritales y municipales, ello con el fin de analizar algunas de las omisiones que se están presentando en este asunto y que en consecuencia afectan la garantía del derecho al agua. Así las cosas, debemos partir que radica en cabeza de las administraciones territoriales ejercer la vigilancia en lo relativo a la calidad del recurso para el consumo humano, lo cual implica entre otras funciones consolidar y registrar los resultados de los análisis de muestras; correlacionar la información recolectada con los casos relativos a morbilidad y mortalidad asociados a la calidad del agua; realizar supervisión e inspección sanitaria a los sistemas de suministro de agua potable; calcular los índices de Riesgo de Calidad de Agua para Consumo Humano – IRCA’S, entre otras⁹⁹.

Así las cosas, teniendo claro estas obligaciones podemos remitirnos al informe sobre “la vigilancia de la Calidad del Agua” correspondiente al año 2016; sobre este informe, se resalta en primer lugar que no todos los Departamentos ni los Municipios de Colombia cumplieron con su obligación de reportar los datos sobre la calidad del líquido (Informe Nacional de Calidad del Agua para Consumo Humano INCA, 2018, p. 72 - 78)¹⁰⁰, lo cual claramente afecta el componente de accesibilidad y calidad; en este sentido, la falta de información impide conocer el

⁹⁸ Sobre las demás políticas y/o programas relacionados con la gestión hidrológica se encuentra: “Colombia ha implantado recientemente un cambio en la estrategia legal para la planificación hidrológica del país, siguiendo los lineamientos de la PNGIRH [Plan Nacional de Gestión Integral del Recurso Hídrico] publicada en el año 2010, en virtud del cual el país ha dejado de considerar el POMCA como el único instrumento de planificación de las cuencas hídricas” (Embid Irujo & García, 2016, p. 147). También puede confrontarse el Decreto 1640 de 2012 y el informe “Evaluación de operaciones de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, que mida la capacidad con la que cuentan para lograr sus objetivos y proponer acciones de mejora para el fortalecimiento integral de las mismas y el mejoramiento de la gestión ambiental en el país.”

⁹⁹ Sobre las obligaciones puede consultarse el Decreto 1575 de 2007 “Por el cual se establece el Sistema para la Protección y Control de la Calidad del Agua para Consumo Humano.”

¹⁰⁰ De acuerdo a la organización político-administrativa de Colombia, el país cuenta con 32 unidades territoriales de primer nivel o departamentos, de los cuales 31 reportaron muestras de la Vigilancia de la Calidad del Agua al sistema durante el 2016, faltando únicamente datos del departamento de Guaviare. Se recibieron datos del distrito capital y de otros 1.024 municipios, para una cobertura del 93,0%, faltando el reporte de 77 municipios correspondientes a 11 departamentos (Informe Nacional de Calidad del Agua para Consumo Humano INCA, 2018, p. 79). En este mismo sentido el Ministerio de Vivienda, en su informe de monitoreo sobre el Sistema General de Participaciones, señala que en las vigencias 2016, 2017 y 2018 un significativo número de municipios no reportaron información del IRCA de la zona rural al SIVICAP.

real estado de cumplimiento del derecho y por tanto, impide que se tomen las medidas pertinentes para restablecer la garantía en comento, en especial para aquellos casos en los que se tiene conocimiento que efectivamente el agua presenta indicadores con riesgo para la salud humana. Sobre este particular, llama la atención que a nivel departamental, regiones como el Guaviare, no presentaron el reporte; departamento que según se observó en el anterior punto de esta investigación (2.3.2), es una de las regiones que a nivel de sus fuentes hídricas presenta los mayores grados de contaminación por mercurio.

Aunado a lo anterior, en lo que se refiere a los resultados de los análisis de calidad de agua para consumo humano llama la atención como todavía existe un alto número de municipios a nivel urbano que reportan agua con un nivel “Inviabile Sanitariamente”, específicamente 21 municipios de diferentes departamentos reportaron ese indicador, de los cuales el Ministerio de vivienda insta a que se tomen medidas inmediatas para corregir esta situación, en especial en los Departamentos de Bolívar, Cauca, Cesar, Chocó, Córdoba, Magdalena, Meta, Nariño y Tolima (MinVivienda, 2018, p. 116)¹⁰¹.

En este orden de ideas, lo expuesto se traduce en que un porcentaje importante de la población está consumiendo agua que en realidad no es apta para su consumo o que representa riesgo para la salud, es decir, que la falta de una óptima potabilización del líquido por incumplimiento de estándares físicos, químicos, microbiológicos conlleva a un inminente daño en la salud de los seres humanos que consuman de esa agua. En consecuencia, podría afirmarse que estamos frente a un problema de salud pública, en ese sentido entre las enfermedades que se pueden ocasionar por este hecho se encuentra el cólera, la fiebre tifoidea y paratifoidea¹⁰², entre otras. Además, el incumplimiento en el reporte de información repercute en la obtención de recursos pertenecientes al Sistema General de Participaciones, es decir, que afecta la cantidad de recursos que se asignen para el sector de acueducto y alcantarillado y por consiguiente, en la ejecución de medidas que permitan mejorar y/o ampliar la cobertura y calidad de estos servicios.

¹⁰¹ Otras cifras más generales sobre este tema muestran que solamente un 15,6% de los municipios tiene un nivel sin riesgo, el 84,4% presenta un riesgo medio, mayoritariamente, el 25,0% con riesgo bajo y un 12,5% con riesgo alto (Informe Nacional de Calidad del Agua para Consumo Humano INCA, 2018, p. 72 - 78).

¹⁰² Respecto de estas enfermedades, la Organización Mundial de la Salud explica que la fiebre tifoidea es una infección potencialmente mortal causada por la bacteria *Salmonella typhi* (OMS, 2018).

Ahora bien, en cuanto al suministro del líquido de forma segura, se disponen de cifras a nivel nacional reportadas por el Plan Nacional de Desarrollo y el Sistema para la Protección y Control de la Calidad del Agua. Sobre la primera, expresa que si bien hay una mejoría en el ámbito urbano, también es cierto que existe alrededor de 3.800.000 personas que aún reciben agua con algún nivel de riesgo, es decir, no apta para el consumo humano (PND, 2018 – 2022, p. 610). En este mismo sentido, la segunda fuente de información, expone que un análisis de la calidad de agua¹⁰³ por departamentos evidencia que solamente un 15,6% (5 departamentos) presentó un nivel sin riesgo, el 47% (15 departamentos) se encuentra en riesgo medio, el 25% en un nivel de riesgo bajo y un 12,5% (4) con un riesgo alto (Ministerio de Salud y Protección Social, 2018). Estos datos, conllevan a afirmar que nos encontramos ante un panorama de amenaza para la salud humana toda vez que las cifras mencionadas son consistentes en señalar el riesgo de padecer alguna enfermedad producto del consumo de agua insalubre¹⁰⁴.

Finalmente, en cuanto a la cobertura de la disponibilidad de agua potable y saneamiento básico es oportuno referirse a un panorama nacional en esta materia, para lo cual se consultaron las Bases del Plan Nacional de Desarrollo - PND 2018 – 2022. Este documento registra que existen avances importantes, sobre todo en lo concerniente a la cobertura urbana. A pesar de ello, también indica una gran brecha respecto al área rural, la cual es superior al 20%, estableciendo que en estas zonas la población con acueducto solamente es de un 73,90%¹⁰⁵. Esto se traduce en

¹⁰³La Resolución 2125 de 2007, por medio de la cual se señalan características, instrumentos básicos y frecuencias del sistema de control y vigilancia para la calidad del agua para consumo humano, en su artículo 15 muestra que de obtenerse un resultado en el IRCA correspondiente a un nivel de riesgo bajo, medio y aún más un riesgo alto significa que el agua no es apta para el consumo humano.

¹⁰⁴Sobre este particular, puede remitirse al informe nacional sobre calidad de agua – INCA correspondiente al año 2014, el cual en el acápite relacionado con morbilidad por enfermedad diarreica aguda expresa que “ (...) Las diarreas son un síndrome representativo de las enfermedades transmitidas por el agua, la cual es causada por diferentes agentes virales, bacterianos y parasitarios, por lo tanto, es esencial fortalecer la vigilancia en cuanto a las variables que evidencian la relación con el agua para determinar su impacto en estos eventos. ” (p. 235) y más adelante también señala que “La calidad del agua es un componente esencial para la reducción de los casos de diarreas y así mismo, las acciones de saneamiento básico y prácticas de higiene y prevención que tienen que ser direccionadas para prevenirlas en edades tempranas. La incidencia en la población entre los 20 a los 34 [años de edad], estuvo por encima de los 60 casos por mil habitantes, siendo este un dato significativo” (p. 236).

¹⁰⁵Respecto de estas cifras, valga la pena anotar que contrastan con aquellas que se obtienen si se mira el ámbito municipal y departamental, en tanto la comparación permite observar con mayor claridad la problemática que tiene el tema de provisión de agua y saneamiento en el país; por ejemplo, un informe de la Contraloría General de la Nación muestra que mientras el área rural en el Departamento del Cesar, municipio de Aguachica, su cobertura urbana es del 99,24 %, su área rural solamente alcanza el 10,31 %; en el Departamento de Córdoba, municipio de San José De Ure, fue de 90,71% y la zona rural de 27,37%. En este mismo sentido, se encuentran otros datos que muestran que existen departamentos cuya cobertura en su territorio es inferior al 50%, en esta situación se encuentra

que en el campo existe un 26,1% de personas que carecerían de una estructura de distribución de agua apta para el consumo humano, por lo menos en lo que concierne a un contexto de servicios públicos domiciliarios¹⁰⁶. Además, independientemente de que en el área urbana exista una importante mejoría en materia de cobertura, aun así no debe dejarse de lado que existe un porcentaje de la población de esa área que carece de este servicio (2,2%)¹⁰⁷.

Para finalizar, es importante destacar que existen algunos casos puntuales que muestran de manera fehaciente las omisiones del Estado y de las instituciones que lo integran para dar cumplimiento al derecho al agua. Así las cosas, se encuentra el caso del Departamento de la Guajira sobre el cual basta con resaltar el informe sobre la crisis que se presenta en esta región, elaborado por la Defensoría del Pueblo (2014), en el cual se indica que el abastecimiento de agua es crítico dado que no se está garantizando a la población las condiciones de accesibilidad,

por ejemplo el Chocó cuya cobertura está en el 23,33% y cuya variación de este porcentaje se ha mantenido a lo largo del periodo 2010 – 2017. En esta misma situación está el departamento del Cesar, Guajira, Magdalena y Cauca.

Ahora, en virtud de tales cifras, las cuales no son nada alentadoras, sumado a todos los informes de la Contraloría que indican la desviación de recursos económicos destinados a satisfacer estas necesidades básicas, recuerdan que el Estado tiene unas metas por alcanzar, que según los Objetivos de Desarrollo Sostenible será la de garantizar el 100% en provisión de agua potable y saneamiento básico para el año 2030.

¹⁰⁶La ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, explica que el servicio de acueducto es también denominado servicio público domiciliario de agua potable y lo define como 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.” (artículo 14.22).

¹⁰⁷ En este punto, es importante mencionar que las brechas en materia de acueducto y alcantarillado han sido una constante, tal como puede apreciarse en los planes nacionales de desarrollo, verbigracia para el periodo 1998 – 2002, los porcentajes de acuerdo a proyecciones de 1997, indicaban que en la zona rural de la región Atlántica su cobertura de acueducto era de 29%, mientras que en la zona urbana era del 88%; la región Centro Oriente, zona rural 43% y la zona urbana 97%; Región Occidente, zona rural 46% y 96% la zona urbana; Región de Orinoquía la zona rural 18% y la zona urbana 87%; la región de la Amazonia 21% y la zona urbana 77% (PND Cambio para construir la paz 1998 - 2002). Ahora, para el periodo 2002 – 2006 el plan señalaba: “El sector agua potable y saneamiento básico presenta una marcada atomización de prestadores del servicio, grandes diferencias en cobertura y calidad entre departamentos y entre zonas rurales y urbanas, y una baja eficiencia en la aplicación de los recursos por parte de entes territoriales (...)” (PND- Hacia un Estado Comunitario 2002 – 2006, p. 118); En el PND del año 2010 – 2014, se encuentra que la meta para el año 2014 es que “el porcentaje de población con acceso a sistemas de acueducto urbano, el 99%” mientras que el “Porcentaje de población con acceso a métodos de abastecimiento de agua adecuados en área rural, el 77,1% .” (PND- Prosperidad para todos 2010 – 2014, p. 317); El plan de desarrollo para el año 2014 – 2018, en esta materia señala: “De acuerdo con el Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), el 11,2% de los hogares del país no tenían acceso a fuente de agua mejorada, en tanto que el 11,8% tenían una inadecuada eliminación de excretas, siendo la incidencia en el área rural de 26,8% y 40,2%, lo que evidenció una brecha urbana rural de 3,5 y 12,6 veces, respectivamente.” (DNP- Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018, p. 208). Adicional a esta cifras, en el Plan Nacional menciona las siguientes : “El 31,3 % de la población rural no tiene acceso a una fuente de agua mejorada, el 27,3 % no tiene un sistema sanitario, y el 85,7 % carece de servicio de alcantarillado o eliminación de excretas”. (DNP – Plan Nacional de Desarrollo Todos por un Nuevo País 2014 – 2018, 418).

disponibilidad y calidad. Adicionalmente, resalta que los sistemas de almacenamiento de agua, los manantiales y sus arroyos que proveían a las comunidades de la Guajira están completamente secos, por consiguiente la mayoría de las comunidades étnicas de esta región no cuentan con acceso al agua tanto para su consumo humano como para el desarrollo de sus actividades socio-económicas. En igual sentido, se encuentra el auto de ampliación de medidas cautelares emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionado con las “Personas mayores pertenecientes a la Asociación Shipia Wayúu de la Comunidad indígena Wayúu en los municipios de Manaure, Riohacha y Uribí respecto de Colombia (Ampliación)” No. 51/ 15 de diciembre de 2017, según el cual, después de realizar un análisis del contexto, ordenó que se adopten las medidas necesarias para garantizar la vida, la integridad personal y medidas inmediatas para que las personas mayores puedan tener, a la mayor brevedad posible, acceso a agua potable y salubre, de manera sostenible y suficiente para la subsistencia de esta población beneficiaria. Cabe resaltar que también se ordenó garantizar este derecho humano al agua para las niñas, niños y madres gestantes.

Adicionalmente, otro caso puntual que debe atenderse es el caso del Departamento del Chocó, región en la que “la ausencia de políticas públicas frente al derecho al agua hace necesario la toma de medidas estructurales, que van más allá de la necesidad de construir acueductos o mejorar los pocos existentes, dado que se vislumbra la necesidad de salvaguardar las fuentes hídricas que han sido altamente contaminadas por actividades mineras y la toma de medidas especiales para la potabilización de agua contaminada por las sustancias utilizadas en dicha actividad extractiva”, y en conclusión, este caso es muestra de la debilidad institucional y de que “[h]a existido una prolongada omisión por parte de las autoridades en el cumplimiento de los deberes de garantizar a las comunidades asentadas en este departamento sus derechos constitucionales tales como el acceso al agua en condiciones de potabilidad y sostenibilidad” (Moncada, 2017, p. 39 – 40)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Reafirmando lo expuesto, se encuentra la Sentencia T- 622 del 10 de noviembre de 2016, M.P: Jorge Iván Palacio Palacio, en cuyo fallo se estableció: “ (...) la Sala concluye que en el caso sometido a su estudio, se presenta una grave vulneración de los derechos a la *vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio* de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato, sus afluentes y territorios aledaños en el marco de lo que se ha denominado “*el Chocó biogeográfico*”, imputable a las entidades estatales demandadas (tanto del orden local como del nacional) por omisión en el cumplimiento de sus deberes legales y

2.3.3 Creación de barreras para el disfrute del derecho fundamental al agua como la adopción de procedimientos por fuera de los establecidos para su consecución

El acceso al agua, como se explicó en el primer capítulo, está estrechamente ligado con la satisfacción de necesidades básicas. En ese sentido, la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado son el medio por excelencia para garantizar un suministro del líquido y saneamiento, además de permitir al Estado cumplir con el bienestar general de los ciudadanos. Sin embargo, en este esquema relacionado con los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento, se ha venido gestando una tensión entre los derechos y deberes de los actores que intervienen en este sistema, es decir, una tensión entre los derechos económicos de las empresas encargadas de prestar este servicio y aquellos usuarios que por diferentes circunstancias presentan dificultad en su pago y por tanto conlleva al final a la suspensión del servicio.

Así las cosas, según Ramírez Grisales esta tensión y medidas que toman las empresas de servicios públicos ha generado como consecuencia que un mayor número de personas acudan a la acción de tutela como alternativa para garantizar la continuidad en el suministro de agua potable. La situación presenta tales alcances que el autor habla de una huida masiva¹⁰⁹ hacia este instrumento constitucional para lograr la protección del derecho en comento.

Sobre este particular, Ramírez Grisales denuncia la falta de una solución estructural para este tipo de situaciones y por ende expresa acerca de la necesidad de que se realicen cambios normativos e institucionales para la prestación del servicio público de acueducto, con el fin de

constitucionales, al no tomar medidas efectivas, concretas y articuladas para enfrentar y dar solución a la realización de actividades intensivas de minería ilegal en la zona de los hechos. Así las cosas, debe reiterar la Corte que la grave situación analizada en esta providencia también tiene su origen en una falta de presencia estatal en el departamento del Chocó que se traduzca en el diseño, construcción e implementación de instituciones fuertes y políticas públicas integrales que permitan la construcción de un ESD en la región, donde se garanticen unas condiciones mínimas (o puntos de partida esenciales), que permitan el desarrollo de una vida digna, plena en el ejercicio de derechos y en condiciones de bienestar para todos los chocoanos”.

¹⁰⁹ A modo de ejemplo, el autor menciona que entre los meses de junio de 2011 y junio de 2012, se presentaron ante los diferentes jueces de los municipios que conforman el área Metropolitana del Valle de Aburrá 489 acciones de tutela contra las Empresas Públicas de Medellín, cuyo objeto era obtener la protección del derecho al agua, entre otros derechos conexos (Ramírez, 2016, p. 66).

que la garantía de este derecho no se limite a la obtención de protección judicial a través del juez de tutela.

De igual manera, Ubajoa Osso presenta toda una línea jurisprudencial que da cuenta como se ha acudido a la acción de tutela para garantizar un mínimo vital de agua para aquellos casos en los cuales, si bien es cierto, el usuario ha sido quien ha incumplido con sus obligaciones de pagar la tarifa por la prestación del servicio público, se ha acudido a esta medida para obtener su reconexión debido al riesgo que representaba para algunos sujetos de especial protección el cese total del suministro por parte de la empresa que se encarga de prestar este servicio. En este sentido, se puede vislumbrar este caso como uno de aquellos eventos que constituyen una barrera para el disfrute del derecho por cuanto a pesar de los constantes pronunciamientos que la Corte ha realizado al respecto, las entidades prestadoras aún obligan a la población afectada a acudir a este mecanismo constitucional para el restablecimiento del derecho, constituyéndose de esta manera los procedimientos administrativos que se pudieran invocar para resolver la situación inocuos. Es decir, pudiéndose en estos casos acudir a recursos tales como el derecho de petición para remediar esta situación, de una u otra manera las entidades obligan a acudir a la acción de amparo para obtener una solución.

De otro lado, también se evidencia que en aquellos eventos en los cuales una determinada comunidad o región presenta deficiencias en temas como calidad del recurso hídrico, en la prestación de servicios públicos así como de aquellas garantías que son conexos con el acceso al líquido, es la acción de tutela el mecanismo por excelencia para obtener la solución correspondiente; verbigracia, el caso de la comunidad Wayúu, quienes para solventar la crisis humanitaria que sufría y que estaba afectando a sujetos de especial protección, acudió a la acción de amparo para obtener solución. En igual sentido, en el caso del río Atrato fue por una acción de tutela que se logró obtener la orden para que las diferentes entidades del Estado adelantaran las medidas pertinentes para subsanar la grave vulneración de derechos fundamentales que estaban padeciendo las comunidades de esa región, entre los que se encuentra el derecho al agua.

De otro lado, aunque claramente no corresponde a la acción de amparo, es oportuno poner de presente que también existe un número importante de acciones populares que se han

presentado para proteger el acceso al agua potable, acción que también suele invocarse para obtener una prestación de servicios públicos domiciliarios como los de acueducto y alcantarillado. En este entendido, en el documento “avances del derecho humano al agua” de la Defensoría del pueblo se expresa que una de las fuentes de información sobre el recurso hídrico es precisamente el registro de acciones populares a cargo de este ente, registro que a pesar de no haber arrojado un número exacto sobre las acciones populares que se han presentado para salvaguardar este derecho, en sus parámetros de búsqueda por temas, permite visualizar las siguientes palabras clave “agua potable” “agua no potable” “acueductos y alcantarillados”, hecho que induce a reflexionar que precisamente ha habido un número importante de acciones populares que buscaban salvaguardar este derecho por intermedio de esta acción, configurándose entonces también este recurso judicial como un instrumento que permite disfrutar de la garantía del acceso al agua.

Para finalizar, es conveniente concluir que el hecho de que se haya adoptado como práctica para la corrección de violaciones al derecho al agua, la adopción de la acción de tutela, pone de relieve más que todo las deficiencias normativas, administrativas y presupuestales que se han configurado alrededor de esta garantía. En este sentido, a continuación se analiza algunas de las fallas que consideramos que se configuran en esta materia.

2.3.4 Inexistente e insuficiente adopción de medidas legislativas, constitucionales, administrativas o presupuestales que consagren y protejan el derecho al agua

En cuanto a la importancia de este requisito, cabe mencionar que el carácter normativo o la consagración expresa de un derecho, además de determinar claramente su contenido, conlleva a que se establezcan las consecuencias jurídicas ante su vulneración, así como los instrumentos con los que se cuenta para obtener su tutela. En este entendido, se encuentra que existen varias medidas que deben evaluarse para efectos de establecer si hay una inexistencia e insuficiente adopción de medidas positivas, como requisito para configurar un estado de cosas inconstitucional. Es decir, la Corte Constitucional invita a que se analice frente a este requisito diferentes tipos de consagración o salvaguarda como medidas legislativas, constitucionales, administrativas o presupuestales.

En este orden de ideas, es pertinente revisar en un primer momento el texto constitucional; sobre este particular, tal y como se expresó en el primer capítulo de esta investigación, no existe en la Carta Política un reconocimiento del derecho al agua, aunque están consagrados otros derechos que sirvieron de base para que al inicio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se obtuviera una protección del derecho al agua por conexidad, tales como el derecho a la salud, al saneamiento ambiental, a la vida. Por lo tanto, se reitera que el acceso al agua en nuestro sistema normativo es un derecho innominado o no escrito, siendo parte de la carta de derechos por vía jurisprudencial¹¹⁰. Sin embargo, es valioso mencionar que el reconocimiento expreso en la carta constitucional conlleva una mayor fuerza para su exigibilidad, dado que se estaría hablando de un derecho subjetivo que comporta atribuir a su titular una acción frente al sujeto que está obligado a su prestación¹¹¹ (Mitre, 2012, p. 304), aunque en este sentido, y en lo que respecta al derecho al agua ha sido una tendencia¹¹² el reconocimiento de esta garantía por vía pretoriana, como es el caso que se ha presentado, también, en la república de Argentina.

Empero, no podemos desconocer la exigibilidad que tiene este derecho, así como el contenido ya delimitado por la Alta Corporación, ya que contar con una consagración expresa constitucional pondría con mayor rigurosidad y fuerza el movimiento del Estado para garantizar efectivamente este derecho; específicamente otorgaría una mayor seguridad jurídica en la materia, porque tal como se ha intentado demostrar en este apartado, existe un estado de cosas inconstitucional en esta materia. Es decir, existe una grave situación reiterada, crónica y masiva de violación de esta garantía que compromete o requiere que se tomen acciones por varias instituciones y órganos del Estado para componer la situación. Situación que podría solventarse, como se dijo, con el valor que otorga una consagración constitucional.

¹¹⁰ Este punto se analizó en los dos momentos de la jurisprudencia de la Corte que sobre esta materia se explicó en el primer capítulo de este estudio.

¹¹¹ Cabe resaltar que no se comparte plenamente esta posición de *Mitre*, en tanto en los pronunciamientos del máximo órgano en materia constitucional se ha delimitado y se han hecho explícitos las obligaciones que derivan del derecho al agua.

¹¹² Señala *Mitre*, citando a Ronald Dworkin, que los derechos innominados no solamente han ganado espacio en las decisiones judiciales sino que en la doctrina también han motivado su análisis y discusión. En este entendido, Dworkin expresa que se debería renunciar a la distinción de derechos fundamentales escritos y no escritos.

Finalmente, sobre este punto relativo a la consagración constitucional, es importante mencionar que se encuentran algunos proyectos legislativos que buscaban su consagración. Entre éstos están el proyecto de ley 171 de 2008, por medio de la cual se convocó a un referendo constitucional para consagrar el derecho al agua potable como fundamental y otras normas concordantes; proyecto legislativo No. 054 de 2008, por el cual se consagraba el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones; proyecto de ley No. 047 de 2008, por la cual se consagraba el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones; proyecto de ley estatutaria 174 de 2012, por medio del cual se establecía el marco jurídico para la implementación del mínimo vital en agua potable y alcantarillado y se autorizaban políticas de fomento para el acceso a servicios públicos domiciliarios; proyecto de acto legislativo No. 11 de 2016 por el cual se pretendía incluir el artículo 11 – A, dentro del capítulo I del título II de la Constitución Política y finalmente el proyecto de acto legislativo 14 de 2017, el cual buscaba, igualmente, incluir el artículo 11- A, dentro del Capítulo I del título II de la Constitución Política. Empero, ninguno de estos proyectos ha logrado materializarse, básicamente por no cumplir con los trámites legislativos, es decir, no pasaron los debates en cámara y congreso, respectivamente.

Ahora bien, en lo relativo a la expedición de medidas legislativas se puede resaltar que Colombia no cuenta con una ley de aguas que ordene y compile la legislación existente sobre esta materia (García, 2017). Así las cosas, se aclara que no debe confundirse entre el derecho de aguas y el derecho humano a este recurso¹¹³. No obstante, en cuanto al derecho de aguas consideramos que la protección y la regulación de las aguas influye directamente en la garantía del derecho en comento, porque estos constituyen la base o la fuente de abastecimiento, ya que sin las cuencas, manantiales y ríos difícilmente podría hablarse del líquido para consumo humano, con todas las características que ello implica.

En el entendido anterior, llama poderosamente la atención como en Colombia no existe una ley de aguas que compile en un solo texto jurídico los presupuestos que contribuyan a una urgente planificación hidrológica, y que de esta manera permita gestionar este recurso a los

¹¹³ Acerca de esta distinción que debe realizarse entre el derecho de aguas y el derecho bajo estudio se ha dicho: “Para establecer el cuerpo normativo vigente en materia de derecho al agua potable en Colombia, es necesario prescindir de algunos aspectos que si bien pueden resultar familiares, no corresponden de manera precisa a la consideración del acceso al agua como garantía de las personas humanas.” (Rodríguez, 2011, p. 149).

habitantes del territorio Nacional. En este orden de ideas, no se desconoce que existan instrumentos en este sentido, por cuanto el problema radica en que si bien existen varias de estas políticas y programas, ellas no logran articularse y por el contrario dificultan su aplicación, perdiéndose incluso los logros que se habían obtenido hasta antes de la expedición de la norma del año 2010 relativa a la Política Nacional para la gestión integral del recurso hídrico – PNGIRH (Embid Irujo & García, 2016, p. 171). Es así como vale la pena resaltar que una ley de aguas no solamente debe ser vista desde el punto de vista ambiental, es decir, desde la administración de las cuencas o del recurso en sí, sino que esta ley debe tener también un enfoque de derechos, en este caso debería contemplar el derecho humano al agua.

Por otra parte, en cuanto a las medidas de carácter administrativo y presupuestal no se desconoce que existen algunas políticas del Consejo Económico Social en la materia¹¹⁴, así como algunas normas que buscan asegurar un consumo seguro del agua y la correspondiente asignación de recursos (el Sistema General de Participaciones para el sector de agua potable y saneamiento básico). Sin embargo, vale la pena preguntarse si efectivamente se han ejecutado los correspondientes presupuestos y que tan efectivos han sido con su puesta en marcha, verbigracia en materia de servicios públicos domiciliarios como se observó en un anterior punto, existe un importante número de regiones, en especial en el sector rural que carecen totalmente de la infraestructura en materia de acueducto y alcantarillado o en otros casos, teniendo tal infraestructura pero sin que esta sea apta para prestar el servicio¹¹⁵.

En este sentido y para un poner un ejemplo, dado que no es objeto de la investigación estudiar a fondo la inejecución de medidas presupuestales, se encuentra el Departamento de la

¹¹⁴ CONPES 3383 de 2005 relativo a él Plan de Desarrollo del Sector Acueducto y Alcantarillado; CONPES 3463 de 2007 relativo a los planes departamentales de agua y saneamiento para el manejo empresarial de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; CONPES 3810 de 2014 relativos a la política para el suministro de agua potable y saneamiento básico en la zona rural, entre otros.

¹¹⁵ Respecto de la problemática que existe alrededor del servicio de acueducto y alcantarillado pueden resaltarse los siguientes datos que respaldan lo dicho: “(...) llama la atención los 3 municipios que no cuentan con infraestructura de servicio de acueducto o alcantarillado: Murindó -Antioquia, Riosucio-Chocó y San Miguel-Putumayo”. (Ministerio de Vivienda , 2018, p. 114). “Si bien el país ha realizado cuantiosas inversiones para lograr la universalidad en el acceso a los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, con corte a 31 diciembre 2018, solo 449 municipios cuentan con acceso universal de acueducto y 305 de alcantarillado, aún persisten 652 municipios donde hay una brecha entre las condiciones de acceso entre el área urbana y la zona rural de estos servicios y se constituyen en el reto sectorial dadas las metas de ODS [Objetivos de Desarrollo Sostenible] que tiene el país al 2030.”

Guajira; existe sobre esta región un informe de la Contraloría General de la Nación (2018) que explica que en este departamento y en especial su área rural, la ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones para el año 2017 fue tan solo del 30,34% respecto de los recursos asignados para el sector de agua; cabe destacar que esta región tiene la población con más carencias a nivel rural en el País. Adicionalmente, en el informe se analiza algunos casos puntuales de otros municipios que conforman este Departamento, situaciones dramáticas como las de Manaure y la Jagua del Pilar, en los cuales la ejecución de recursos está por debajo del 40% por ciento (Contraloría General de la República, 2018, p. 2). Es decir, que la inversión para ampliar y mejorar la prestación de los servicios es muy baja, de hecho la cobertura de inversión no presentó incremento en el periodo 2010 a 2017 (de 84,59% a 84,23%).

2.3.4.1 La solución a la problemática que trae la violación del derecho al agua requiere conjurar a varias entidades, con el fin de que adopten un conjunto complejo y coordinado de acciones

Respecto de este quinto requisito para la configuración del estado de cosas inconstitucional, se ha dicho que este debe evidenciar la palmaria complejidad y dimensión del problema en cuestión, en tanto refleja un descuido de todas las otras ramas que conforman el poder público, denotando una falta de voluntad política para aportar alternativas de solución en lo que se refiere al efectivo disfrute del derecho fundamental al agua (Cárdenas, Contornos jurídico - fácticos del estado de cosas inconstitucional , 2011).

En este sentido y en concordancia con lo expuesto en los anteriores acápite se ha podido verificar unos casos puntuales, en los que claramente podríamos encontrar configurados los elementos del estado de cosas inconstitucional; está por ejemplo los casos del departamento de la Guajira y del Chocó, los cuales son lo más emblemáticos por cuanto existe ya un pronunciamiento judicial que visibiliza su problemática. Sin embargo, es oportuno hacer hincapié que la violación al derecho fundamental a un acceso al agua, no solamente se presenta en esas regiones sino que por el contrario las deficiencias son constantes a nivel nacional, por lo que evidentemente nos encontramos ante un problema social.

A la anterior conclusión se llega si partimos que del análisis de cada uno de los puntos del ECI, se viabilizan las siguientes problemáticas: existe una alta carga contaminante en las principales fuentes de abastecimiento de agua del País, no solamente en el río Ranchería o en el río Atrato, lo cual evidencia una deficiencia en el tema de la articulación de las políticas que versan sobre la planeación hidrográfica y demás, deberes que tienen a cargo las autoridades públicas del País; en segundo lugar, en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos domiciliarios, lo cual concierne no solamente al tema de infraestructura y cobertura sino también, a un tema trascendental como es la calidad del líquido, las cifras han puesto de presente que en muchos casos a pesar de contar con la infraestructura, la calidad todavía no es la adecuada, es decir, que no cumple el criterio de aceptabilidad. Adicionalmente, a pesar de existir una importante mejoría en este tema de la prestación de servicios públicos, que recuérdese es una de las formas para garantizar un suministro adecuado del líquido, se ha logrado observar que aún no se alcanza las metas de cobertura que se tienen planteados en los diferentes instrumentos de política pública y aún más, este asunto de cobertura para el área rural es crítico, es decir, la brecha entre el área urbana y el área rural se ha mantenido como una constante, es más la Contraloría señala que la acción del Estado para la provisión del servicio de acueducto no tuvo un impacto significativo y prácticamente, estas condiciones de cobertura se han mantenido.

En tercer lugar, en lo que se refiere al tema de recursos, del cual cabe destacar el Sistema General de Participaciones para agua y saneamiento básico, muestran también algunas falencias que repercuten como se dijo anteriormente, en el incumplimiento en las metas de cobertura y calidad en la provisión del líquido; hecho que también está relacionado con el tema del reporte de la información. La falta de información veraz y completa en lo que se refiere por ejemplo al Sistema General de Participaciones, conlleva a la reducción de recursos. Es decir, el municipio que no realice todos los reportes que en esta materia se imponen, conllevan a una asignación menor de recursos financieros. De igual manera, ese incumplimiento en el reporte de información tiene sus consecuencias en la ausencia de las medidas que se puedan tomar frente a los indicadores del IRCA. Por consiguiente, impide tomar las medidas necesarias para restablecer el derecho.

Así las cosas, frente a la problemática expuesta, se puede concluir que cada una de estas condiciones requieren para su conjuración reformar varios aspectos administrativos, legislativos, constitucionales, y en consecuencia la intervención de todas las ramas del poder público, desde el orden local hasta el orden nacional. Incluso, involucra entidades que tienen una naturaleza jurídica especial como son las Corporaciones Autónomas Regionales. Por consiguiente, en este caso claramente podemos afirmar que se configuran los requisitos para declarar el ECI.

Dado que no es objeto del presente trabajo presentar una solución para las deficiencias en cada uno de los temas de política pública, sino que por el contrario este estudio es con la finalidad de exponer un análisis acerca de las fallas en esta materia y en consecuencia la responsabilidad que le atañe al Estado por los daños que se puedan presentar por esta violación del derecho al agua, se pasará entonces a abordar un claro ejemplo, como es el caso de las deficiencias respecto de la protección del recurso hídrico.

Sobre este particular, cabe mencionar que en esta materia existe un instrumento o en otras palabras, una política denominada Gestión Integral del Recurso Hídrico – GIRH, la cual consagra los objetivos, estrategias, metas, indicadores y líneas de acción que se aplicarán para el manejo del recurso hídrico en el país hasta el año 2022; para desarrollar lo anterior, se concibió el Plan Hídrico Nacional – PHN - a través del cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible - MADS definiría los programas, proyectos y los indicadores específicos que permitirían determinar el grado de cumplimiento y su consecuente impacto. De esta manera, el Gobierno Nacional encabezado por el MADS, buscaba orientar el desarrollo de políticas públicas en materia de recurso hídrico y en términos generales se definió como “un proceso que promueve la gestión y el aprovechamiento coordinado de los recursos hídricos, la tierra y los recursos naturales relacionados, con el fin de maximizar el bienestar social y económico de manera equitativa sin comprometer la sustentabilidad de los ecosistemas vitales” (Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, s.f).

Empero, a pesar de tener tal finalidad y con unos objetivos claros, este plan no ha tenido ningún avance, de hecho, hasta el momento no se ha expedido el Plan Nacional Hídrico, es decir, que esta política no se ha materializado. Aunado a lo anterior, en términos generales se

vislumbra que en materia medio ambiental en la que entra el asunto de planificación hídrica, existe una basta cantidad de planes y políticas que no se encuentran articuladas lo que dificulta el real impacto de todas estas medidas en lo que se refiere al cuidado y preservación de las cuenca hidrográficas. En este contexto, una de las alternativas que se encuentra para solucionar estas deficiencias está en la expedición de una ley de aguas, con el fin de que se articule todas las políticas y programas en el plano ambiental que se han expedido pero también que dicha política de planeación hídrica comprenda el enfoque del derecho humano al agua, entre otros componentes¹¹⁶.

2.3.5 Si todas las personas a las que se le ha violado su derecho fundamental al agua o existe riesgo de daño por la afectación de este derecho acudieran a la acción de tutela para obtener la correspondiente protección, se produciría una mayor congestión judicial

Sobre este punto podríamos empezar diciendo que es bastante problemático en lo que se refiere al derecho fundamental al agua, por cuanto la vulneración de esta garantía trae la afectación a miles de individuos y no solo de una persona o núcleo familiar que por diferentes motivos no cuentan con una conexión a red de acueducto o alcantarillado, esto podría ser solamente una de las referencias que permitiría medir este punto. Verbigracia, recuérdese la línea jurisprudencial expuesta en el primer capítulo de la investigación, solamente partiendo desde esa perspectiva ya se puede, a grandes rasgos, dimensionar el número de personas que han tenido que acudir a la acción de amparo para obtener una protección de este derecho y eso desestimando que dicha línea jurisprudencial solamente contiene las decisiones de la Corte Constitucional hasta el año 2015.

Sin embargo, claramente no termina ahí dado que a la fecha esta alta corporación continúa resolviendo asuntos sobre el derecho en comento y algunos de ellos contienen procesos acumulados e incluso, algunas de las acciones de tutela son interpuestas por una sola persona

¹¹⁶ Si el lector requiere mayor información acerca del derecho de aguas en Colombia, puede consultar el texto “Reflexiones sobre el derecho de aguas en Colombia” de Antonio Embid Irujo, María del Pilar García Pachón (Editores).

pero actuando en interés de toda una comunidad¹¹⁷. Por ejemplo, en lo que se refiere a la sentencia del río Atrato (Corte Constitucional, sentencia T- 622 de 10 de noviembre de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio) se verifica que los tutelantes están compuestos por varias organizaciones que representan a diferentes grupos de comunidades: Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca); el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia); la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH), entre otros. Por consiguiente, de no haberse originado estas asociaciones seguramente nos encontraríamos ante un panorama en el cual habrían varios sujetos acudiendo al sistema judicial para solicitar la protección de sus derechos, generando de esta manera una cantidad importante de procesos a decidir que seguramente causarían una mayor congestión en la rama judicial.

Ahora bien, como se enunció al iniciar el presente elemento que conforma el estado de cosas inconstitucional, esta problemática va más allá de las acciones dirigidas a obtener acueducto y alcantarillado, bien sea por su inexistencia o por asuntos de desconexión. De hecho, con los recientes fallos acerca de las declaraciones de los ríos e importantes ecosistemas como sujetos de derechos, conlleva a cuestionar cómo estas sentencias, entre ellas la del río Atrato y aquella que se refiere a la selva Amazónica, influyen o repercuten en el tema de dimensionar cuántas personas son realmente las afectadas por violación del derecho fundamental al agua y en este entendido que pasaría si todas estas personas pudieran acudir al sistema judicial a solicitar la protección correspondiente.

Estos cuestionamientos, surgen debido a una particularidad que revisten estos casos; en el asunto de la sentencia de la Amazonia como sujetos de derechos¹¹⁸ llama la atención como la decisión y a lo largo de la sentencia, la protección que se solicita y que se otorga no se agota para un solo individuo y ni siquiera para los accionantes, al contrario, se reitera el argumento que las

¹¹⁷ Sobre este punto puede consultarse las siguientes sentencias: Corte Constitucional, sentencia T – 012 de 20 de mayo de 2019. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger; sentencia T – 223 de 7 de junio de 2018, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado; sentencia T- 297 del 24 de julio de 2018, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado; sentencia T- 398 del 25 de julio de 2018, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger.

¹¹⁸ Respecto a la declaración de la región Amazónica como sujeto de derechos, consultar: Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicado No. 11001-22-03-000-2018-00319-01 - STC4360-2018-, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

acciones que se lleven a cabo para evitar la deforestación de esta región y así garantizar por ejemplo el agua, entre otros derechos, tienen como objetivo la protección de los derechos de las generaciones presentes y futuras, llegándose en este sentido a hablar acerca de la solidaridad intergeneracional, es decir, proteger los intereses fundamentales de las próximas generaciones para no sobrecargarlos desproporcionadamente con los efectos de las circunstancias actuales.

Además, este fallo presenta una segunda singularidad en tanto al declararse la Amazonia como sujeto de derechos se está declarando que tal condición la ostenta una basta región, compuesta por un área de 483.164 km², lo cual equivale al 41,70% de territorio que compone el Estado Colombiano (Instituto SINCHI, s.f). En este entendido, ¿no implica esto que los titulares de los derechos que se protegen y en últimas, los legitimados por activa sobrepasan los márgenes cuantitativos que precisamente configuran el punto que de acudirse a la acción de tutela, se produciría una mayor congestión judicial?. Sobre este interrogante, consideramos que la respuesta es afirmativa, partiendo del punto que de continuarse con las omisiones de las garantías en el territorio mencionado, se está habilitando a cualquier persona para interponer una acción que le permita obtener una protección de sus derechos, en consecuencia habría una cascada de acciones de tutela que inundarían el sistema judicial.

De igual manera, es oportuno resaltar que aún si no se considerase suficientes los anteriores argumentos para establecer la cantidad de tutelas que congestionarían el sistema judicial por vulneración del derecho fundamental al agua, también es cierto que la misma Corte ha señalado, en anteriores oportunidades, que no deben presentarse de manera taxativa todos los requisitos que componen el estado de cosas inconstitucional, sino que lo verdaderamente relevante es demostrar la existencia de las circunstancias y hechos que configuren un estado crónico de vulneración del derecho en cuestión.

Una vez expuesto lo anterior, es conveniente realizar un análisis de la situación de vulneración del derecho fundamental al agua en relación con las obligaciones que tanto la Corte Constitucional como la Observación General No. 15 establecen frente a esta garantía.

2.4 El Estado de Cosas Inconstitucional Frente al Incumplimiento de las Obligaciones que Componen el Derecho Fundamental al Agua

En el acápite anterior, nos hemos encargado de presentar una serie de hechos adversos que están sucediendo en el territorio Colombiano en relación con el derecho fundamental al agua con el fin de establecer si existe un ECI. En esa medida, concierne al presente punto examinar si tal estado de cosas genera una violación a las obligaciones del derecho al agua, es decir, a las obligaciones de respetar, cumplir y proteger, así como de cada uno de los factores que conforman esta garantía (accesibilidad, disponibilidad, calidad).

La respuesta, *prima facie*, apunta a establecer que efectivamente existe un incumplimiento, es decir, una falla de la administración en tanto el ECI constituye *per se* una vulneración grave y sistemática de un (unos) derechos fundamentales, y en ese sentido, se podría decir que sí existe tal violación en relación con el derecho fundamental al agua. Sin embargo, para efectos de que haya mayor rigurosidad en tal afirmación y en el siguiente capítulo pueda entrarse a estudiar la responsabilidad del Estado, se hace necesario examinar con mayor detenimiento las supuestas inobservancias en que la administración estaría incurriendo de acuerdo a lo que establece la Observación General No. 15¹¹⁹, según la cual todos los derechos humanos componen tres tipos de obligaciones; la obligación de respetar, proteger y cumplir, así como también lo que la Corte Constitucional ha dicho al respecto en los diferentes pronunciamientos y que se estudiaron en el primer capítulo de esta investigación (cuadro jurisprudencial).

En este orden de ideas, respecto de los hechos descritos y que conforman el estado de cosas inconstitucional del derecho al agua se considera necesario identificar las acciones y/o

¹¹⁹Acerca del carácter vinculante de la Observación, vale la pena referirse a Mitré según el cual la OG No. 15 no tiene solamente un carácter interpretativo de los artículo 11 y 12 del Pacto, sino que por el contrario induce directamente a los Estados para tomar medidas políticas y jurídicas para mejorar en materia de agua y acceso al agua. De igual manera se constituye de forma indirecta en un parámetro para la medición y valoración de los informes y recomendaciones de los Estados en esta materia (Mitré, 2012, p. 255). Adicionalmente y siendo este aspecto aún más importante, la OG No. 15 tiene un valor jurídico cuyo grado de vinculación para con los Estados sirve de punto de referencia para el posterior ejercicio del control sobre el comportamiento de los Estados. (Mitre, 2012, p. 255 - 257).

omisiones del Estado que a nuestro juicio componen en específico la violación de obligaciones del derecho al agua. Por consiguiente, a continuación se pasa a enunciar dichas premisas:

En cuanto al componente de Disponibilidad¹²⁰, las obligaciones incumplidas se reflejan en los siguientes hechos:

- Se restringe el acceso al agua en poblaciones apartadas del territorio; se prefiere el uso del agua para fines económicos sobre el consumo humano¹²¹.
- No se suministra la cantidad mínima de agua. Casos representativos en los Departamentos de Guajira, Chocó.
- Falta de protección de las fuentes de agua, así como del medio natural necesario para su conservación. Se evidencia la grave contaminación de las aguas en el caso del río Atrato.
- Muertes y enfermedades por falta de suministro de agua y/o agua inviable sanitariamente¹²².

¹²⁰ Los componentes del derecho fundamental al agua fueron explicados en su totalidad en el primer capítulo de la investigación. Sin embargo, si se desea profundizar en esta temática puede consultarse a *Mitre Guerra, Henri Smets, Aniza García, Embid Irujo*.

¹²¹ Sobre este punto, se encuentran casos en el que la destinación del recurso hídrico para el desarrollo de actividades económicas es superior aquella destinada para el consumo humano; sobre el particular puede consultarse el caso del municipio Zona Bananera (Departamento del Magdalena) respecto de los afluentes de ciénaga grande de Santa Marta.

¹²² Un caso que refleja palmariamente la situación de riesgo sanitario debido al consumo de agua insegura, se encuentra en el Municipio de María la Baja (Departamento de Bolívar), población que interpuso una acción popular para que se les respete el derecho al agua potable, a un medio ambiente sano y al saneamiento y en el que por esta acción el Tribunal comprobó lo siguiente: “(...) refleja que el agua que es ingerida por los habitantes de las poblaciones antes referidas, presenta alto grado de contaminación, poniendo en riesgo la salud pública de los habitantes de dichas zonas, por cuanto, puede generar enfermedades como la diarrea sanguinolenta, las fallas renales, anemia hemolítica, entre otras” (Tribunal Administrativo de Bolívar. Sentencia sobre acción popular de 29 de enero de 2014, radicado No. 13001 – 33 – 31 – 006 – 2011- 00755- 00, M.P: Hirina Meza Rhénals).

Así mismo, sobre la situación que padecía este municipio el tribunal declaró que: “(...) los registros de laboratorios realizados durante el periodo de enero a junio de 2013 para determinar el nivel de riesgo del agua que es suministrada en el Municipio de María la Baja, demuestran con total claridad, que la misma no es apta para el consumo humano, al no cumplir con los estándares microbiológicos y fisicoquímicos requeridos para considerarla viable sanitariamente (...)”. Finalmente, **el Tribunal concluye que a pesar de que no pudo probarse con exactitud la cantidad de personas fallecidas a causa de enfermedades desarrolladas por el consumo de agua no apta, la Sala sí consideró que la injerencia de microorganismos presentes en aguas no tratadas bajo estándares de calidad, pone en riesgo constante a la población del Municipio, convirtiéndolos en focos de**

En cuanto al componente de Calidad:

- Contaminación de los ríos y demás recursos hidrobiológicos con sustancias que provienen de la actividad minera y de múltiples sectores de la economía como el agropecuario y el sector doméstico. Se verifica la presencia importante de mercurio, otros metales pesados así como de otras cargas contaminantes producto de diferentes actores.
- Insuficiencia de información y de medidas administrativas que aseguren bases de datos veraces y actualizados respecto de la calidad del agua, algunos municipios no reportan la información pertinente para el IRCA.

Respecto del componente de Accesibilidad:

- Graves falencias en la cobertura de acueducto y alcantarillado, en especial en el área rural.
- El agua y las instalaciones para acceder al líquido no están al alcance físico de toda la población. (Hechos revelados en las medidas cautelares de la CIDH respecto de la comunidad Wayúu).
- Deficiencias normativas y/o institucionales en la prestación de servicios públicos domiciliarios (elevado número de acciones de tutela para que estas empresas presten el servicio y así garantizar el acceso al agua).
- Insuficiencias en el suministro de agua potable para población que se encuentra bajo la custodia del Estado como es la población reclusa en los centros carcelarios¹²³.

enfermedades e infecciones (Subrayado por fuera del texto) (Tribunal Administrativo de Bolívar. Sentencia sobre acción popular de 29 de enero de 2014, radicado No. 13001 – 33 – 31 – 006 – 2011- 00755- 00, M.P: Hirina Meza Rhénals).

¹²³ Sobre el incumplimiento en el suministro del líquido para la población bajo custodia del Estado puede consultarse la Sentencia T – 267 del 10 de julio de 2018, M.P.: Carlos Bernal Pulido. En este fallo se declaró un ECI en el sistema penitenciario y carcelario; entre las causas para su declaración se encuentra el déficit de agua potable y saneamiento básico.

Para concluir este punto del escrito, se observa entonces que existe en cabeza del Estado una serie de obligaciones y componentes del derecho al agua que se encuentra en el deber de cumplir. Sin embargo, contrario a ello, conforme se ha analizado hasta el momento se vislumbra una serie de omisiones en la materia objeto de estudio que se extiende a todos y cada uno de las obligaciones que componen el derecho al agua. En otras palabras, se ha incumplido las obligaciones de respetar, proteger y cumplir que tanto la Corte Constitucional ha explicado, como las que establecen en la Observación General No. 15 y aún más, se ha podido verificar que se ha violado las obligaciones de no discriminación e igualdad que de manera específica trae dicha Observación.

Sobre estas reiteradas omisiones y estado grave, crónico y sistemático de vulneración del derecho debe valorarse que el Estado no puede constituir una excusa en el hecho de que no tiene el presupuesto o los recursos para adelantar todas las gestiones necesarias para cumplir con este derecho, incluso consideramos que ese letargo en el cumplimiento de los deberes en el que aparentemente se encuentran la Administración en general así como las entidades territoriales, que conlleva básicamente a la declaración del ECI, no constituye una excusa válida para considerar que el Estado no deba responder ante esos hechos que generan la violación de la garantía.

De hecho, precisamente las circunstancias que constituyen el ECI, tales como el problema con el sistema de prestación de servicios públicos que ha conllevado a que se instituya la acción de tutela como mecanismo para garantizar un suministro sin interrupciones del líquido, la falta de adopción de una ley en materia de aguas, la falta de vigilancia y medidas para evitar la contaminación de los recursos hídricos por actividades mineras y por vertimiento de desechos, entre otros eventos, que ya se han señalado, que constituyen un reconocimiento innegable de violación a esta garantía

Así las cosas, es importante poner de presente que una vez se ha logrado establecer con mayor certeza que efectivamente el Estado Colombiano está vulnerando el derecho al agua potable, el siguiente paso será entrar a examinar si producto de tales agravios se ha consumado

un daño o se ha puesto en peligro la garantía en comento y en consecuencia analizar si se presentan los demás elementos que permiten configurar una responsabilidad del Estado.

2.5 Recapitulación y Conclusiones: Existencia de un ECI Frente al Derecho Humano al Agua

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, se puede vislumbrar que el ECI es declarado formalmente por la Corte Constitucional debido a que se presenta una violación masiva y reiterada de derechos fundamentales cuando concurren unos factores, que en la actualidad consisten en seis elementos y se traducen en una serie de omisiones en cabeza de las autoridades. Específicamente, denota que es una herramienta utilizada por la alta corporación para poner de presente una grave deficiencia del Estado, lo cual conlleva a la configuración de una situación que es contraria a la Constitución, a los principios que rigen el Estado Social de Derecho y principalmente, dando cuenta de una violación concreta de sus obligaciones.

Ahora, los elementos que conforman el ECI son premisas con carácter abierto, lo que permite adecuarlos a cualquier situación en la cual se vislumbre precisamente los componentes esenciales que forman esta figura, es decir, donde se presente la falla consistente en la vulneración masiva de derechos fundamentales y fallas estructurales en las cuales las medidas individuales resultan insuficientes y por ello deba acudir a un dictamen de órdenes complejas, por lo tanto se declarará un estado de cosas inconstitucional.

Así, en nuestro ordenamiento, la Corte Constitucional ha declarado en seis ocasiones un estado de cosas inconstitucional – sin contar el evento que se analiza en la presente investigación- sobre diferentes materias, verbigracia se declaró un estado de cosas inconstitucional en materia de prestaciones sociales del magisterio, en materia de pensiones, sobre cárceles y centros de reclusión, concurso de notarios, falta de protección de los defensores de derechos humanos y por la situación de la población en situación de desplazamiento. En consecuencia, de encontrarse un fenómeno que cumpla con los elementos estructurales de la

figura en comento y con los factores que el órgano de cierre en materia constitucional ha decantado en su jurisprudencia, podrá entonces hablarse efectivamente de un ECI.

En este orden de ideas, en lo que se refiere al derecho fundamental al agua, después de encontrar que frente a esta garantía el Estado Colombiano tiene unas obligaciones concretas que cumplir, las cuales se derivan de la decantación que de su contenido a hecho la misma Corte en su jurisprudencia, así como de las obligaciones que provienen de los principales instrumentos internacionales que existen sobre este derecho, los cuales son de carácter vinculante para el Estado Colombiano, se ha podido verificar la existencia de un ECI.

La anterior premisa que frente al derecho humano al agua en Colombia se configura tal escenario se fundamenta básicamente en dos hechos; la primera es que tal como se estudió al inicio de este capítulo, la Corte declaró el ECI en la Sentencia T-302 de 2017, en la cual de manera fehaciente muestra la violación que existe en esta materia y pone de presente una serie de situaciones que reflejan las fallas estructurales que acaecen en un incumplimiento de obligaciones respecto del derecho que se estudia. En segundo lugar, se realizó un análisis propio que da cuenta de la vulneración sistemática y masiva del derecho al acceso al agua, a través de un examen particular de cada uno de los factores que componen la figura del ECI.

Así las cosas, se reitera que producto de dicho análisis, así como de sus elementos estructurales, se logró verificar situaciones que dan cuenta de la vulneración de las obligaciones que emanan de esta garantía fundamental, así como de otros que se encuentran en conexión con éste; se trata específicamente del derecho a gozar de salud, a la alimentación y a la dignidad humana.

Ahora bien, de acuerdo al esquema que presenta esta figura, una vez se ha declarado, el paso a seguir es que se dicten una serie de órdenes encaminadas a superar tal estado de cosas. Sin embargo, en el presente caso se quiere destacar que más allá de estas decisiones, el asunto debe ser analizado como un hecho generador de responsabilidad. En otras palabras, ante el carácter omisivo y dado que el ECI es en sí mismo una falla estructural y orgánica de la administración,

que conlleva a la violación de derechos fundamentales, necesariamente nos encontramos ante el escenario del instituto resarcitorio.

Entrando en esta materia, no se quiere desconocer que el ECI es una herramienta que obedece a una creación jurisprudencial de la jurisdicción constitucional cuyos objetivos se pueden concretar básicamente en tres (Quinche, 2017, p. 345): i. Intentar poner fin a la violación estructural y sistemática de los derechos fundamentales de un número plural de personas, ii. Evitar la sobrecarga de la acción de tutela y el vaciamiento de su contenido y iii. Permitir la colaboración entre las distintas funciones y ramas del poder público, en la búsqueda de soluciones para problemas estructurales. Empero, más allá de estas finalidades, ¿no es claro que detrás de una declaración de un ECI, con los elementos que ya se han explicado a lo largo del presente capítulo, se sustrae que el carácter omisivo de las diferentes ramas del poder público y en consecuencia tal estado de fallas achacables al Estado, las cuales se traducen en un atentado a derechos fundamentales de alta magnitud y que obligan a que se deban dictar una serie de ordenes complejas, van a acarrear la causación de unos daños que deben ser reparados ?.

En este orden de ideas, será en el siguiente capítulo que se pasará a examinar qué tipo de lesiones se encuentran configurados ante el a escenario que se ha explicado a lo largo del presente trabajo, así como la conceptualización sobre los demás elementos de la responsabilidad que se requieren para su consecuente declaración.

CAPÍTULO III

EXPLORACIÓN CONCEPTUAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EL ECI FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA

3.1. Sobre la Justicia Medioambiental

En primer lugar en lo concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado por vulneración del derecho al agua, es importante referirnos a un tema macro que se encuentra intrínsecamente relacionado con ello, y es lo referente a la justicia ambiental, esto por cuanto es un concepto que se encuentra estrechamente asociado con la responsabilidad de los Estados por los daños ambientales y en segunda medida con el ECI¹²⁴.

En este entendido, debemos partir que por justicia ambiental se entendió como la reivindicación de derechos frente a actividades contaminantes, debido primordialmente a la existencia de un desproporcionado riesgo ambiental y de la salud humana, que posteriormente se transformó en una manifestación que abarcaba una reclamación legal de derechos humanos con prerrogativas de carácter económico y social, aunque desde el punto de vista jurídico, la justicia ambiental debe entenderse como la búsqueda de una distribución equitativa de las cargas y beneficios ambientales entre todas las personas que conforman la sociedad (Guzmán, 2017, p. 42 - 43).

En este contexto de las reclamaciones y ante la cantidad de conflictos que involucra la sostenibilidad del medio ambiente¹²⁵, actualmente se habla de una justicia ambiental contenciosa,

¹²⁴ Según Guzmán, precisamente el tema concerniente a que la justicia ambiental está ligado con las reivindicaciones de derechos humanos, sociales y económicas sumado a lo anterior el denominado activismo judicial, ha conllevado a que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional Colombiana haya pasado de ser un garante del orden constitucional a convertirse en un fuerte actor en temas de políticas públicas en casos de déficit estructurales de protección de los recursos naturales, valiéndose para ello en la mayoría de las veces de la figura del ECI (Guzmán, 2017, p. 43 y 75).

¹²⁵ Sobre la cantidad de conflictos medioambientales, puede consultarse una herramienta denominada Atlas de Justicia Ambiental y sobre el particular la Universidad Autónoma de Barcelona comenta: “Esta iniciativa, que podría llamarse atlas de injusticias y conflictos socio-ambientales, está aumentando en la actualidad el total de

es decir, la posibilidad de los ciudadanos de poder reclamar o demandar ante tribunales de índole jurisdiccional¹²⁶ la protección efectiva de su derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. En este sentido, se encuentra que el objeto de estos tribunales es resolver únicamente conflictos de este tipo y en algunos casos, la consecuente declaración de responsabilidad y la reparación de los daños ambientales (Riquelme, 2013, p. 3). Sobre este particular, es en el derecho comparado donde se pueden encontrar experiencias relacionados con instancias judiciales de esta índole, verbigracia, están la Corte de Planificación y Medio Ambiente de Queensland y Vermont (Planning and Environmental Court), los Tribunales de Tierras y Medio Ambiente de Nueva Gales del Sur (Land and Environment Court), el Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica y el Tribunal Ambiental de Chile, entre otros (Guzmán, 2018).

Sin embargo, valga aclarar que en el caso de Colombia si bien han habido acercamientos sobre esta posibilidad de constituir tribunales especializados en esta materia o salas que tengan conocimiento exclusivo de estos asuntos, aún no se ha concretado ningún proyecto ni política al respecto (Guzmán, 2018). Ello, a pesar de que el País también presenta una alta problemática, encontrándose documentados más de 95 conflictos en este asunto¹²⁷, lo cual para el 2015, afectaba a la población campesina, urbana y a grupos indígenas, abarcando este tipo de problemáticas cerca de 25 mil hectáreas del territorio nacional (Guzmán, 2017, p. 86).

En concordancia con lo anterior, debe ponerse de relieve que a nivel internacional se han realizado una serie de declaraciones cuyo fin está relacionado con la protección del medio ambiente y en particular con la expedición de principios que deben guiar las decisiones de los

conflictos registrados en China, Bangladesh, Pakistán, Indonesia, Egipto, Etiopía, R. D. Congo, grandes países que hasta ahora no contaban con colaboradores locales (...) El país con mayor número de conflictos en el atlas es la India” (Universidad Autónoma de Barcelona, 2017).

¹²⁶ Sobre las figuras relacionadas con los tribunales ambientales puede consultarse a *Minaverry* en “El avance de la implementación de los tribunales ambientales en América Latina” y *Riquelme* en “Los tribunales ambientales en Chile ¿Un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia ambiental?”.

¹²⁷ Para el caso específico de Colombia se pueden rastrear un número significativo de conflictos ambientales, en el Atlas de Justicia Ambiental se pueden encontrar más de 100 casos registrados; respecto del agua, los casos están relacionados con la contaminación y desvío de los cauces de los ríos en virtud de proyectos mineros, hidroeléctricas y embalses, este es el caso por ejemplo del río Ranchería a raíz de la represa “EL Cercado”; el trasvase Río Guarinó; el proyecto hidroeléctrico “El Quimbo” ubicado en la cuenca alta del Río Magdalena, entre otros (Universidad Autónoma de Barcelona y Otros, s.f).

Estados en materia de daños, producto de la contaminación; es así como debe tenerse en cuenta la Conferencia de Estocolmo de 1972 cuyo principio 21 y 22 están relacionados con el deber de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de la jurisdicción de cada Estado no perjudique a otros entes estatales y, el deber de indemnizar a las víctimas afectadas por contaminación y de otros daños ambientales; igualmente, se encuentra la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, cuyos principios 10, 13, 15 y 16 versan sobre la garantía que deben tener los ciudadanos a acceder a medios judiciales efectivos y el derecho a obtener el resarcimiento de los daños¹²⁸.

Finalmente, en este punto cobra especial relevancia referirnos a un tema relativo a los conflictos que involucran exclusivamente al agua y que ha dado lugar a hablar en específico de una justicia hídrica, la cual se pasa a explicar a continuación. Sin embargo, no sobra decir, que se considera importante ahondar en estos temas relativos a la justicia ambiental e hídrica en tanto apoya la tesis relativa a la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por vulneración del derecho al agua en virtud de un ECI.

3.1.1. Acerca de la Justicia Hídrica

Así las cosas, para abordar este tema, es importante partir de que la Observación General No. 15¹²⁹ impone como obligación a los Estados promover y garantizar el acceso a la justicia, específicamente establece que “Toda persona o grupo que haya sido víctima de una violación del derecho al agua deberá contar con recursos judiciales o de otro tipo efectivos [SIC] tanto en el plano nacional como en el internacional (véase el párrafo 4 de la Observación general N° 9 (1998) y el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo)”.

¹²⁸ Recuérdese que el tema de conferencias y declaraciones internacionales fueron estudiadas con mayor detalle en el capítulo primero de la presente investigación.

¹²⁹ El estudio de este instrumento se realizó en el punto 3.1 del capítulo primero del presente documento. Sin embargo, es importante resaltar que según *Aniza García* el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – órgano encargado de expedir la mencionada Observación – ha establecido expresamente que “una medida fundamental para su plena realización [del derecho al agua], es el establecimiento de tribunales encargados de juzgar los casos de posibles violaciones a este derecho, de conformidad con las obligaciones estatales derivadas del propio PIDESC. Según el Comité, toda víctima de una violación del derecho al agua – sean individuos o grupos – deberán contar, tanto en el plano nacional como en el internacional, con recursos judiciales o de otro tipo, que le garanticen una reparación adecuada (...)” (García, 2008, p. 224).

Aunado a ello, impone de manera clara y precisa que todas las víctimas de las violaciones del derecho al agua deberán ser reparadas de manera adecuada, la cual podrá consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantía de que no se repetirán los hechos (Observación General No. 15, numeral 55).

En consonancia con lo anterior, y ante la preocupación internacional¹³⁰ respecto del ejercicio o uso que se está haciendo sobre el agua, reconociendo que la disponibilidad sobre el líquido se está convirtiendo en un problema global urgente; además de la consciencia respecto de otros aspectos fundamentales que se involucran en este derecho como el daño al agua dulce y a los ecosistemas relacionados, y que en conjunto con las deficiencias en la provisión de agua potable, impactan desproporcionadamente a las personas y al ambiente, se encuentra la Declaración de Brasilia sobre la justicia hídrica¹³¹, la cual si bien no tiene un carácter vinculante en tanto tendría la vocación propia de las normas de soft law, propone una serie de principios para orientar la resolución de los conflictos que surjan respecto de este recurso, pero que además permite dimensionar que las decisiones de este elemento están inmersas en un contexto que obedecería a preocupaciones de todo tipo como las biológicas, ecológicas urbanísticas y culturales, especialmente con lo determinado con los derechos fundamentales.

¹³⁰ Sobre este particular, puede observarse como ejemplo, la existencia del denominado Tribunal Latinoamericano del Agua que a pesar de ser un ente de naturaleza ética, esto es, que carece de poder judicial en tanto sus declaraciones y fallos no fueron conferidos por alguna autoridad estatal y en consecuencia no puede aplicar sanciones de tipo penal, administrativa o civil, sus juicios o veredictos constituyen verdaderos sanciones morales cuya eficacia depende principalmente del reconocimiento que hagan los diferentes actores de éste como instancia. En este sentido, debe decirse que el Tribunal constituye una acción pública de solidaridad continental que aspira a contribuir con los esfuerzos de diferentes actores y grupos sociales del Istmo Centroamericano que buscan mitigar las causas de la contaminación, el grave deterioro de los sistemas hídricos y las violaciones del derecho fundamental al agua (Tribunal Latinoamericano del Agua, s.f). Además, es importante mencionar que las audiencias públicas se constituyen en espacios de discusión y controversia desde las cuales se generan criterios y recomendaciones técnicas generalmente científicamente bien fundamentadas, lo cual se constituyen en estrategias de justicia ambiental. De igual manera, también es importante acotar que se encuentran instituidos otros mecanismo de defensa cuasi –jurisdiccionales como es el sistema de denuncias propio de los convenios de derechos humanos o de sus protocolos, los cuales constituyen un instrumento esencial para la protección de los derechos (García, A, 2008, p. 238).

¹³¹ La declaración fue expedida en el marco de conferencia de Jueces y Fiscales sobre Justicia Hídrica en el 8° Foro Mundial del Agua en Brasilia (Brasil), celebrado del 18 al 23 de marzo de 2018. En esta declaración se pueden encontrar detallados todos los motivos que dieron lugar a la configuración y expedición de los principios que se sugieren seguir al momento de decidir conflictos relacionados con el agua.

En este contexto cobra relevancia que el derecho internacional¹³² no desconoce que existen problemas relacionados con la violación del derecho al agua y aún más no deja de lado que se puedan causar lesiones en diferentes ámbitos en lo que se refiere a este recurso y por ello, precisamente, se ha buscado la consolidación y aprobación de una guía para resolverlos. En este sentido, llama la atención la importancia de imponer medidas resarcitorias sobre el tema en comento, en especial sobre su prevención; así, por ejemplo el principio número 4 denominado “justicia hídrica y prevención” reza de la siguiente manera: “Para evitar la implementación expost de costosas medidas para rehabilitar, tratar o desarrollar nuevas fuentes para el suministro de agua o los ecosistemas hídricos relacionados, la prevención de daños futuros debería ser prioritaria sobre la remediación de daños ya causados, considerando las mejores tecnologías y prácticas ambientales disponibles ”.

Ahora, en el caso en que no haya sido posible la prevención de los daños, el tema de la indemnización se enfoca preponderantemente en el factor pecuniario, dirigiendo los costos a contener, abatir y remediar la contaminación del agua o la degradación de los ecosistemas (principio 7). Esto es importante tenerlo en cuenta porque como se verá más adelante los daños ambientales presentan cierta complejidad sobre todo al momento de su tasación y en las medidas que se imponen para su reparación.

De otro lado, con el fin de reforzar el tema referente a la justicia hídrica y en lo específico a las acciones de responsabilidad se procederá a exponer algunos casos de derecho comparado en los que se ha demandado la protección de esta garantía y del recurso hídrico en general. Esto con el fin, de encontrar criterios que apoyen la tesis que expresamente se defiende en el presente trabajo, es decir, la posibilidad de entablar una acción de responsabilidad para la reparación de los daños causados por vulnerar el derecho al agua.

¹³² De igual manera, sobre este punto referente a la justiciabilidad ambiental en general, es conveniente traer a colación el Convenio de Escazú, el cual si bien no ha sido ratificado por Colombia y por ende no es exigible al Estado, trae dentro de su articulado una disposición expresamente relacionada con el tema en comento, esto es, el artículo 8 referente al “Acceso a la justicia en asuntos ambientales” en el que se dice que el Estado Parte debe garantizar el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir “cualquier decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente”. (Organización de Naciones Unidas, Acuerdo Regional Sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, artículo 8).

3.1.2. Decisiones sobre el acceso al Agua en el Derecho Comparado

Por lo expuesto, se pasa a continuación a poner en contexto algunos casos internacionales que versan sobre acciones de responsabilidad relativos al acceso al agua potable. Empero, es importante manifestar que no se intenta hacer una enunciación de casos propio de un trabajo de derecho comparado en sentido estricto, sino ilustrar el punto que se defiende en este documento, de la siguiente manera:

3.1.2.1. En Chile

Se reporta abundante jurisprudencia internacional sobre la protección y en general la justiciabilidad del derecho al agua cuando de por medio están involucradas comunidades indígenas. Así por ejemplo, se encuentra el caso *Pascual Lama*, asunto decidido por la Corte Suprema de ese País, en el año 2013, referente a la acción de protección de garantías constitucionales presentada por la etnia indígena Diaguita en contra de la Compañía Minera Nevada Spa (subsidiaria de la empresa Canadiense Barrick Gold) y de la Comisión de Evaluación Ambiental; comunidad que argumentó la falta de cumplimiento de las medidas ordenadas por la Resolución de Calificación Ambiental destinadas a prevenir la contaminación del agua de la zona y particularmente de los glaciares de este lugar, los cuales abastecían el curso del agua del que dependían para sus actividades y para mantener sus formas tradicionales de vida. En este sentido, la Corte coligió que indudablemente existía una seria amenaza a los recursos hídricos (Corte de Apelaciones de Copiapó, Sentencia No.300-2012 de 15 de julio de 2013, Ministro titular Antonio Ulloa Márquez y Otros)¹³³.

Como conclusión de este caso, la corporación ordenó: “Mantener paralizada la construcción del proyecto minero en cuestión hasta que se adopten todas las medidas contempladas en la RCA [Resolución de Calificación Ambiental] para el adecuado

¹³³Debe aclararse que la sentencia referida, fue apelada por la parte actora por considerar insuficientes las medidas decretadas; manifestaban en el recurso que en este caso debía haberse revocado la Calificación Ambiental otorgada al proyecto y en consecuencia debía realizarse un nuevo estudio de impacto ambiental. Sin embargo, la sentencia fue confirmada en su totalidad mediante el fallo de la Corte Suprema de Chile el 25 de septiembre de 2013 (Red Desc, s.f).

funcionamiento del sistema de manejo de aguas (...). Además, ordenó que se cumpliera con el “Plan de Monitoreo contemplado en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental y se estableciera un sistema de fiscalización del cumplimiento de las medidas” (Corte de Apelaciones de Copiapó, Sentencia No.300-2012 de 15 de julio de 2013, Ministro titular Antonio Ulloa Márquez y Otros).

3.1.2.3. En Argentina

3.1.2.3.1. Caso1. Menores Comunidad Paynemil.

En este asunto, la Defensora Oficial de Menores de la Provincia de Neuquén interpuso un recurso de amparo con el fin de que se le provea agua potable a la comunidad Paynemil y demás habitantes de la zona, con motivo de la contaminación de la fuente de agua por metales pesados de la cual la comunidad utilizaba para su consumo (Juzgado Civil No. 3 de Neuquén, Sentencia del procesos No. Z 172.149 del 11 de abril de 1997)¹³⁴.

En este sentido, el tribunal después de analizar las pruebas aportadas concluyó que se comprobó el probable hecho de contaminación del recurso hídrico con metales pesados, por lo que ordenó al Poder Ejecutivo Provincial “a) la provisión en el término de dos días de doscientos cincuenta litros de agua diaria por habitante de la comunidad; b) Asegurar en el plazo de cuarenta y cinco días la provisión permanente de agua por cualquier medio conducente para tal fin (...). Además, ordenó en el plazo de 7 días poner en marcha estudios para determinar la existencia de daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, realizar los tratamientos necesarios para su curación y tomar las previsiones necesarias para preservar el medio ambiente (Juzgado Civil No. 3 de Neuquén, Sentencia del procesos No. Z 172.149 del 11 de abril de 1997).

¹³⁴El proceso analizado fue recurrido y en segunda instancia se confirmó el fallo de primera instancia mediante la sentencia expedida por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, Expte. nro. 311-CA-1997, 19 de mayo de 1997 (Red-Desc, s.f)

Sin embargo, ante el cumplimiento parcial de lo ordenado, se denunció al Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH; en el marco de una audiencia, se llegó a un acuerdo mediante el cual el Estado Argentino se comprometió a tratar a los niños afectados en el Hospital Gutiérrez de Buenos Aires. También, se acordó que la planta de tratamiento y potabilización de agua que se construía a la sazón en el lugar, sería monitoreada en su funcionamiento por ambas comunidades mapuche” (Red DESC, s.f)¹³⁵.

3.1.2.3.2 Caso 2. Matanza- Riachuelo

Cabe exponer un segundo caso, el cual a pesar de no tener un enfoque de derechos, llama la atención por todas las medidas que se ordenaron tendientes a la protección del medio ambiente, del recurso hídrico y del saneamiento básico; el caso es el *denominado Mendoza Beatriz Silva y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo), expediente M. 1569. XL*¹³⁶, el cual está relacionado con una demanda judicial presentada por los vecinos de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo, debido a los daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación del río del mismo nombre. En esta demanda se responsabiliza tanto al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos

¹³⁵ Precisamente, sobre este paso de justiciabilidad internacional, cabe precisar que aunque la causa agotó las instancias judiciales nacionales, reconociéndose en todas ellas la correspondencia del reclamo, el Estado no obedeció las medidas judiciales ordenadas para garantizar el abastecimiento de agua y en consecuencia, se tuvo que realizar el reclamo internacional, en el cual el Estado argentino –como responsable en el derecho internacional– aceptó como acuerdo conciliatorio la construcción de una planta de agua potable, entre otras medidas (Pinto M, Liber M, Torchia N & Otros, 2006, p. 306). Dicho acuerdo se llevó a cabo el 15 de noviembre de 2001 y en esta participaron representantes del Estado de Argentina y la Coordinadora de Organizaciones e Identidades Territoriales Mapuches, Nara Osés [Defensora de Menores de Neuquén, quién fue la persona que impulsó las acciones judiciales en representación de los niños Mapuche en el ordenamiento interno] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f).

¹³⁶ Cabe resaltar que la doctrina considera que este caso es un importante referente en lo que concierne al “activismo judicial ambiental” dado que el caso presentaba algunas deficiencias probatorias en lo que se refiere a los daños y perjuicios causados por la mencionada contaminación al recurso hídrico, empero la Corte ordenó una serie de medidas para la definición del daño, su alcance y las correspondientes garantías para corregir la situación (Pinto, 2015, p. 354 - 355).

Adicionalmente, sobre este fallo se ha dicho que es de trascendental importancia en el ámbito del derecho de aguas, pero también en lo relacionado con el derecho ambiental en general dado que las órdenes impartidas involucran lo relacionado con la gestión del recurso hídrico pero también alcanza el tema del ambiente desde un punto de vista más amplio que es la ordenación ambiental del territorio. Aunado a lo anterior, este fallo también es relevante porque la corporación jurisdiccional previendo los conflictos de competencia que pueden involucrar la ejecución de todas las órdenes declaradas en su fallo, de una vez impone dichos deberes en una sola autoridad (ACUMAR) y decide en el ámbito judicial, el juzgado que conocerá de las impugnaciones de las decisiones de esta autoridad, producto de la realización de las obligaciones impuestas en el fallo (Embid A & Escorihuela M, 2007, p. 102 - 104).

Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el incumplimiento de su deber de preservación y protección ambientales, al considerar que éstos contribuyeron, ya sea con su acción u omisión, a la contaminación industrial de la Cuenca Matanza - Riachuelo. Además, es importante mencionar que la demanda también se dirige contra cuarenta y cuatro empresas que desarrollan actividades en la cuenca mencionada (Corte Suprema de Justicia Nacional, Sentencia M.1569 de 8 de julio de 2008, caso Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)).

En su decisión, la Corte Suprema de Justicia de esa nación determinó la responsabilidad del Estado Nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, y en consecuencia ordenó a la Autoridad de la Cuenca Matanza - Riachuelo, sin perjuicio de la competencia que la constitución y la ley le otorga a las otras autoridades mencionadas, a cumplir con un programa cuyos objetivos son la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca, la recomposición del ambiente de la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos) y finalmente, la prevención de los daños; en segunda medida, ordenó la creación de un sistema de información pública, realizar inspecciones a todas las empresas existentes en la cuenca para que se verifique y/o se obligue el cumplimiento de sus obligaciones en materia ambiental; la presentación en forma pública, trimestralmente actualizada el estado del agua y las napas subterráneas, además de la calidad del aire de la cuenca; así mismo ordenó otras medidas relativas al tema de vertimientos, limpieza del río, expansión de la red de acueducto y alcantarillado (Corte Suprema de Justicia Nacional, Sentencia M.1569 de 8 de julio de 2008, caso Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)).

3.1.2.5 En Paraguay

Es importante poner de relieve el caso denominado *Yakye Axa vs Paraguay*, el cual fue puesto a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debido a la precaria situación en la que se encontraba la comunidad indígena Yakye Axa debido principalmente a su traslado a un territorio en el que no podían desarrollar ninguna actividad productiva ni ancestral, además carecían de alimento, agua, asistencia médica y vivienda digna, produciéndose

enfermedades y muertes de varios miembros de esta etnia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay” de 17 de junio de 200, p. 50- 51).

Este hecho dio lugar a que dicha Corte expresamente estableciera que para el caso de los pueblos indígenas, el acceso a sus tierras ancestrales y el uso y disfrute de los recursos naturales¹³⁷ que en éstas se encuentran, están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso al agua limpia. En consecuencia, ordenó al Estado suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad, además ordenó la creación de un fondo de desarrollo comunitario para implementar en las tierras que se llegaren a entregar a la comunidad indígena, esto con el fin de que se garantice el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria (Rodríguez, Lozano & Gómez, 2011, p. 138)¹³⁸.

De acuerdo con lo anterior, nos encontramos entonces ante un escenario de derecho comparado y de instancias internacionales que expresamente respaldan la idea de la exigibilidad del derecho al agua y en consecuencia, la real posibilidad de encontrar una jurisdicción a la cual acudir ante la vulneración de este derecho. En este sentido, *Pinto M, Martín L, Torchiaa, S y otros* (2006) manifiestan que si el acceso al agua es un derecho humano, es un deber estatal respetar tal prerrogativa y asegurar su protección mediante el adecuado acceso a la jurisdicción. Por consiguiente, “los regímenes jurídicos internos, deben contemplar mecanismos para asegurar el disfrute para todas las personas del derecho humano al agua, asegurando además mecanismos

¹³⁷ Sobre este punto, referente a la relación de las comunidades indígenas con el disfrute de los recursos naturales, resulta de gran importancia porque evidencia la obligación de los Estados de garantizar los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a un ambiente sano, es decir, con respecto a ello se considera que este asunto constituye un reconocimiento jurisprudencial del derecho al ambiente sano como un derecho humano (Pinto M. & Andino, M, 2008, p. 535).

¹³⁸ Sobre este particular, es importante acotar que estas órdenes relacionadas con el suministro de agua y el desarrollo de infraestructura sanitaria fue reconocida por la Corte como una reparación del daño inmaterial sufrido por la comunidad, en este sentido la orden exacta fue: “(...) la Corte, conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, estima pertinente que el Estado deberá crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serán implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad (...) El programa comunitario consistirá en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay” de 17 de junio de 200, p.99).

jurisdiccionales de tutela efectiva” (Pinto M, Martín L, Torchiaa, s y otros, 2006, p. 304). Ahora bien, en este contexto se encuentra que la CIDH ha dicho que es deber del Estado:

“organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de julio de 1988 “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”)

De otro lado, entrando en materia en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por vulnerar el derecho al agua en el marco de un ECI, es preciso referirse a un autor que expresamente señala la idea de interponer una acción indemnizatoria en materia de aguas, es así como *Mitre* señala que un proceso contencioso administrativo de reparación o indemnización, sí es posible ser adelantado en el ordenamiento Español y sobre el tema expresa que la protección del derecho sería directa sin necesidad de interconectar la violación con un derecho subjetivo o bien a través de algún derecho constitucional, sin importar el grado de subjetividad que comporte, pues bastaría con argumentar y probar el daño.

También advierte, que este tipo de acciones se han adelantado en razón de los daños a la salud por virtud del mal funcionamiento del servicio de abastecimiento de agua lo que conlleva afirmar que el tema no se agota solamente en razón de la defensa de los cauces, sino que se extiende precisamente al tema de la protección de la vida e integridad de las personas y sus bienes. Sin embargo, el citado autor parece indicar que por esta vía solamente sería posible obtener una reparación pecuniaria, es decir, dejando de lado el tema ecológico en sí, lo que conllevaría a suponer que esta tutela no es suficiente, empero *Mitre* resalta que una de las mayores virtudes de estos procesos es que tienden a obligar al Estado a regular y mejorar los

servicios que presta y por consiguiente, obliga a ser responsable so pena de entrar en el instituto resarcitorio (Mitre, 2012,p. 268).

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, en especial teniendo en cuenta, lo analizado en el segundo capítulo en el cual se abordó cada uno de los elementos que configuran el ECI y respecto del cual se tuvo por probado, de acuerdo a los argumentos que se desarrollaron en dicho aparte, es oportuno, pasar a estudiar la presunta responsabilidad del Estado Colombiano por los daños que se ocasionan en virtud de tal estado de cosas.

3.2. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano por el ECI Frente al Derecho Fundamental al Agua

En este orden de ideas, respecto de la responsabilidad del Estado¹³⁹, valga aclarar que es el artículo 90 constitucional, la norma que establece la cláusula general¹⁴⁰ de responsabilidad de la administración y según la cual es responsable patrimonialmente por el daño antijurídico que se le imputa, el cual puede ser causado por acción o por omisión. Se desprende entonces que los elementos que deben analizarse en este instituto son principalmente el daño antijurídico y su imputación. En este sentido, debe decirse que no basta la antijuridicidad de la lesión, sino que es menester elaborar un juicio de imputabilidad que permita encontrar un título jurídico distinto a la simple causalidad material que legitime la decisión, es decir, acudir a la imputación jurídica

¹³⁹ El derecho a obtener una reparación se materializa básicamente a través de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 140 del CPACA que establece que “En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. (...)” (Ley 1437 de 2011, artículo 140).

¹⁴⁰ Sobre esta cláusula general de responsabilidad se encuentra: “(...) La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces «la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de naturaleza contractual como la extracontractual”. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 “es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual»” (Corte Constitucional, sentencia C- 864 de 7 de septiembre de 2004. M.P.: Jaime Araújo Rentería).

(Consejo de Estado, Sentencia 8163 del 7 de julio de 1993. C.P.: Juan de Dios Montes Hernández).

Desde esta perspectiva, debido a que nos encontramos estudiando un estado de cosas que es indicativo de una reiterada y crónica vulneración del derecho fundamental al agua, lo cual se traduce en una serie de desconocimientos y violaciones de las obligaciones a cargo del Estado, por lo tanto, lo que se reprocha es un incumplimiento sistemático a los deberes, la omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio por parte del Estado, lo cual genera un daño (antijurídico) a los administrados y en consecuencia, como se entrará a analizar en este capítulo, se abordará el estudio de este conflicto bajo el régimen de imputación¹⁴¹ denominado como falla en el servicio¹⁴².

Ahora, dentro de este examen, es el daño el primer elemento a analizar toda vez que es este la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión sobre su determinación, precisando sus distintos aspectos, en términos lógicos y cronológicos ha de ocupar el primer lugar. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le puede evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación de la

¹⁴¹ En lo concerniente a los títulos de imputación, específicamente en lo que se refiere a aquel que se debe aplicar a cada caso concreto, es importante resaltar, que la jurisprudencia ha entendido que no existe un mandato legal o constitucional que ordene la aplicación o escogencia de un título en específico, sino que será tarea del operador jurídico la justificación y escogencia del título que se debe adoptar para cada caso concreto. En este entendido, se encuentra que: “En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del Juez la labor de definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos títulos de imputación como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos en su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de abril de 2012, expediente No. 19001- 23-31-000-1999-00815-01-21515. C.P.: Hernán Andrade Rincón).

¹⁴² En lo que se refiere a los títulos de imputación de daño especial o el riesgo excepcional, no se ahondará en su estudio dado que no es objeto de la presente investigación hacer un análisis detallado de la imputación jurídica desde la perspectiva de una responsabilidad objetiva del Estado. Sin embargo, es importante al menos tener una claridad conceptual sobre estas figuras; así, sobre el daño especial la doctrina ha expresado, que éste se configura cuando la administración en desarrollo de una actividad lícita, la cual se desarrolla en virtud del interés general o mejor dicho, para satisfacer el bienestar general, causa un daño a un particular o a un grupo de ciudadanos, rompiendo así la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas. (MCausland, 2015, p.186). En lo concerniente al riesgo excepcional, podría concretarse en que trata de la realización de actividades lícitas que entrañan riesgos imprevisibles e irresistibles para su guardián, que por beneficiarse en su ejercicio debe reparar el daño que se concreta en virtud de tal riesgo (MCausland, 2015, p. 188).

conducta resultará necio e inútil (Henao, 1998, p. 36). De ahí que toda enunciación teórica como empírica sobre el instituto en comento, debe partir en primer lugar de este elemento. Por ello, se pasa a estudiar el daño respecto del tema objeto de esta investigación, es decir, aquel que es producto de la violación del derecho al agua en virtud del ECI. Finalmente, sobre este punto es importante mencionar que en el presente estudio se abordará este instituto a través de los elementos tradicionales de la responsabilidad¹⁴³ correspondientes al daño, imputación y fundamento, aunque Patiño enseña que en la jurisprudencia actual del Consejo de Estado se examina dentro de la imputación jurídica el elemento relativo al fundamento del deber de reparar (Patiño, 2015, p.171 - 172)¹⁴⁴.

3.2.1. El Daño Antijurídico Producto de la Violación del Derecho Fundamental al Agua en Virtud del ECI

En este orden de ideas, de acuerdo a cómo se ha abordado hasta el momento el punto de la vulneración del derecho al agua, nos encontramos ante un hecho dañoso cuyos efectos se ven reflejados en el entorno natural, compuesto principalmente por las afectaciones al ambiente, por aquellas infracciones que atentan contra todo un ecosistema, y por todas aquellas personas que

¹⁴³ De acuerdo hasta lo expuesto, en lo relacionado con la responsabilidad del Estado por vulneración del derecho al agua en virtud del ECI, está implícito que el tema mencionado se abordará a partir del análisis de cada uno de los elementos tradicionales de la responsabilidad (daño, imputación, fundamento) pero de igual manera, debemos ser conscientes que este examen, de acuerdo a lo estudiado en los dos primeros acápites del presente capítulo, involucra el tema ambiental. Por consiguiente conviene traer las siguientes consideraciones que se han realizado cuando se han hecho análisis similares a los presentes: “Cuando nos aproximamos desde la responsabilidad civil al derecho ambiental, se siente que la primera tiene elementos para aportar, pero también que el derecho ambiental hace tambalear las estructuras propias de la responsabilidad civil: surge la incertidumbre de si las teorías clásicas de la responsabilidad civil pueden realizar un aporte significativo al novedoso tema, o si, por el contrario, se comete el yerro de tratar de amoldar aquellas a este. Sin embargo, no hay escapatoria para una persona que no domina el tema del medio ambiente y, lo que es peor, que observa que la bibliografía sobre la responsabilidad civil no es de trascendencia en los libros de derecho ambiental” (Henao, Responsabilidad del Estado por daño ambiental, 2000). Empero, otro sector de la doctrina considera que es necesario encuadrar la responsabilidad ambiental bajo los supuestos del instituto tradicional de la responsabilidad civil, al respecto se encuentra: “El régimen tradicional de responsabilidad extracontractual no requiere mutarse o deformarse para lograr encuadrar los supuestos de daños ambientales producidos por la actividad minera. Por el contrario, el convencimiento tanto en el derecho nacional, como en el comparado, es que los daños ambientales exigen una armonización y adecuación en cada uno de sus elementos” (Briceño, Koteich & Robayo, 2016, p. 28).

¹⁴⁴ Sobre los elementos de la responsabilidad del Estado puede consultarse a Saavedra “La responsabilidad extracontractual de la Administración pública”; También puede consultarse entre muchas otras sentencias, la siguiente: Consejo de Estado, Sentencia Radicación 76001-23-25-000-1996-02792-01(16898) del 31 de mayo de 2007, C.P.: Enrique Gil Botero.

sufren las consecuencias directas de la debilidad institucional y/o del desconocimiento de las obligaciones que componen el derecho al agua que constituye *per se* un ECI; como es el caso, a nuestro juicio, cuando el agua destinada para consumo humano presenta indicadores que dan cuenta que realmente ese líquido no debería estar destinado para consumo de las personas, generando un riesgo para la salud; la falta de accesibilidad física a las fuentes de agua debido entre otras razones a su destinación (se prefiere su uso para actividades económicas sobre aquel que está destinado a la satisfacción de necesidades básicas de los seres humanos), lo cual genera un riesgo para la vida e integridad de las personas, entre otros eventos que fueron señalados en el capítulo anterior.

En este entendido, como puede analizarse respecto del primer evento mencionado, la indemnización y/o reparación va más allá de dejar un solo patrimonio indemne, es decir, la petición resarcitoria no es para la persona que realiza la solicitud; por el contrario, estamos en el escenario que busca principalmente la reparación de un patrimonio colectivo, siendo la condición de ciudadano o de residente el requisito que otorga la legitimidad para el inicio de la acción resarcitoria.

Así las cosas, lo anterior conlleva a que se observe una diferenciación entre daño y perjuicio, en tanto, desde este último punto de vista, se suele entender principalmente la existencia de una lesión que afecta el patrimonio de un solo individuo, el cual debe ser reparado. En cambio, desde la lógica del daño se busca la protección y el restablecimiento de bienes colectivos, siendo de esta manera innecesaria la individualización de la lesión o la causación de un perjuicio en concreto para solicitar su reparación, aunque cabe aclarar que esta no ha sido siempre la lógica que se le imprime a la figura que se estudia¹⁴⁵. Sin embargo, es importante que no se pierda de vista, como se verá más adelante, que la aminoración al ecosistema o en general

¹⁴⁵ El análisis que se plantea en este acápite relacionado con una reparación común, esto es, un resarcimiento que beneficia al ciudadano pero que también a las generaciones futuras, es de algún modo excepcional, en tanto la tradición es la búsqueda de la indemnización de un perjuicio. En este sentido, se ha dicho: “(...) Como se ha afirmado, la demanda ejercida por personas individuales que piden para sí es, y quizás seguirá siendo, la forma tradicional de operar la responsabilidad. En estos eventos, para retomar lo dicho en páginas anteriores, sólo se requiere que la persona que incoa la demanda establezca durante el proceso que se lesionó un interés del cual es titular, independientemente de que sea una persona jurídica o una persona natural” (Henao, 1998, p. 108).

al medio ambiente también genera un perjuicio individualizable que pueda ser reclamado por un solo sujeto.

En este orden de ideas, se encuentra cómo empieza a tener importancia la diferencia que la doctrina realiza entre los conceptos de daño y perjuicio, toda vez que esto repercute en la *legitimación en la causa por activa* y en consecuencia en el interés o derecho sobre el cual una persona o grupo de individuos puede solicitar la reparación; lo anterior se explica si partimos de entender que:

“el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparece como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada” (Francis Paul Benoit, 1957, citado en Henao, 1998, p. 76 - 77).

Finalmente sobre el tema que se viene tratando, cabe mencionar que también permite entender con claridad otro de los elementos que configuran la responsabilidad civil y es lo concerniente al elemento del nexo causal, en tanto si entendemos que el daño es la lesión, la enfermedad, los perjuicios a resarcir serán únicamente aquellos que devienen de las consecuencias que causó ese daño, es decir, solamente se reparará el perjuicio que proviene de dicha lesión (Henao, 1998, 78).

Ahora bien, partiendo de esta primera hipótesis, la vulneración del derecho fundamental al agua por el ECI conlleva a la configuración de un daño, más que a un perjuicio y que en este sentido debemos prestar atención especial sobre las repercusiones ambientales y a su vez el impacto del daño sobre las personas desde la perspectiva que este se ocasiona al vulnerar el derecho fundamental al agua, debemos ahora estudiar en qué consisten estos daños y cómo se enmarcan dentro de los conceptos que ha analizado la doctrina.

En este entendido, como bien se examinó en el primer capítulo de la investigación, el derecho al agua goza del carácter de fundamental y es una garantía que es intrínseca a la existencia del ser humano. De igual manera, es un derecho que involucra un fuerte componente medioambiental dado que gran parte de sus obligaciones envuelven todo el tema de preservación de ecosistemas y en general el resguardo de las fuentes hídricas por cuanto, no sobra decirlo, constituyen el origen del recurso¹⁴⁶. Así mismo, se encuentra también que las afectaciones de la naturaleza, caracterizado por el fenómeno de la contaminación del líquido conlleva repercusiones en la vida del ser humano, es decir, puede también causar un perjuicio individualizable en especial a lo que atañe a afectaciones en la salud de la población que está alrededor de los afluentes hídricos. En igual sentido, se encuentran aquellos casos en los que existe privación o inaccesibilidad física a los ríos, manantiales entre otras fuentes de agua en virtud de diferentes procesos o actividades que llevan a su desvío o en los cuales su uso está destinado a prácticas diferentes del consumo humano. Por consiguiente, en virtud de tales rasgos que se encuentran en los hechos mencionados debemos referirnos a lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como daños ambientales.

3.2.1.1 La configuración de un daño ambiental y ecológico por violación del derecho al agua

Antes de iniciar este estudio, cabe aclarar que cuando hablamos de un daño ambiental y ecológico, debemos partir que estamos entrando en una de las subespecies del derecho de daños pero que reviste de unas especiales características que los distancian de la definición y particularidades del perjuicio común¹⁴⁷; por cuanto, entre otras cosas, existe dificultad en su

¹⁴⁶ Sobre relación la intrínseca del agua con el ambiente y por supuesto respecto de la doble naturaleza de este derecho, se ha dicho precisamente que no existe “hoy ningún género de duda sobre la interrelación entre el agua y el medio ambiente. Es evidente que los problemas medioambientales, en especial la contaminación, tienen una fuerte influencia sobre la implementación de todos los derechos humanos, resultando especialmente crítico su impacto sobre el derecho humano al agua y al saneamiento” (Cobos, 2015, p. 5).

¹⁴⁷ En el instituto de la responsabilidad civil como del estado, la doctrina se ha encargado de definir y de atribuir unas características o condiciones para establecer que se está ante un daño resarcible, esto es, que debe ser un daño cierto, directo y personal, además de otras consideraciones que se desprenden de cada uno de estos conceptos. Sobre este punto se encuentra: “En cuanto a las cualidades del perjuicio indemnizable, la misma Corporación ha explicado que el perjuicio debe ser: - Certo o determinado: presente y futuro cierto, porque existe y se proyecta, inclusive, al futuro. - Particular: a las personas que solicitan reparación. - Anormal: por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio y - Protegido jurídicamente, porque recae sobre bienes legítimos de las personas humanas demandantes” (Hernández, 2015, p. 273).

comprobación, puede ser anónimo en tanto puede estar vinculado a diferentes causas o incluso puede presentar una causalidad plural, puede ser indirecto o reflejo, impersonal, además muchas veces puede ser catalogado con el carácter de incierto, hasta hipotético o conjetural (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente - PNUMA, 2010, p. 93).

Lo mencionado podría atribuirse al hecho de que la configuración de un daño ambiental y ecológico está determinado por un examen técnico y científico, dado entre otras cosas, porque uno de los elementos fácticos de su evaluación se enmarca en el fenómeno de la contaminación¹⁴⁸. Aunque, es importante aclarar, que éste no es suficiente para que se determine la existencia de un daño en esta materia, toda vez que de un modo u otro toda actividad la genera¹⁴⁹ y por ello el Estado ha fijado lo que se conoce como unos niveles mínimos o límites permisibles. De ahí que la premisa no es considerar que todas las actividades generan un daño sino solamente tendrán dicha capacidad aquella que supere el umbral permisible.

De acuerdo a lo anterior, es menester referirse a que la ley 23 de 1973, en sus artículos 11 y 13 reconocen la existencia de niveles permisibles o mínimos de contaminación. De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que el ejercicio de todas las actividades económicas generan algún tipo de contaminación. Sin embargo, en este contexto, se considera legítima cuando su ejercicio no compromete los límites tolerables de contaminación, pues si los excede, el bien común exigirá que restrinja o se prohíba al particular el ejercicio de su actividad¹⁵⁰.

¹⁴⁸ En nuestro ordenamiento jurídico la ley 23 de 1973 define la contaminación como “la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares” (Congreso de Colombia, Ley 23 de 19 de diciembre de 1973, artículo 4).

¹⁴⁹ Sobre los impactos ambientales que genera toda actividad se ha dicho: “(...) en el marco de la sociedad del riesgo, toda actividad produce contaminación, por lo que es inherente o intrínseco un peligro, lo que implica que de la simple naturaleza no podría hacerse derivar la producción de daños. El desafío para el sistema jurídico se encuentra en la comprensión de la contaminación como fenómeno presente en cualquier actividad, sin que su presencia permita concluir de antemano la realización de daños ambientales y ecológicos” (Briceño, Koteich & Robayo, 2016, p. 29).

¹⁵⁰ Expresamente dichos artículos establecen: “ARTÍCULO 11. Mediante reglamento u otras disposiciones administrativas, **el gobierno nacional fijara los niveles mínimos de contaminación** y aprovechamiento permisibles para cada uno de los bienes que conforman el medio ambiente (...) ARTÍCULO 13. Cuando técnicamente se establezca que han sobrepasado los **niveles mínimos de contaminación o aprovechamiento** o que hay una nueva contaminación no revista de manera especial, el gobierno nacional podrá inspeccionar los procesos industriales,

No obstante lo anterior, una parte de la doctrina califica como desafortunada la expresión “mínimos de contaminación”¹⁵¹ y por consiguiente de la interpretación que de esta ha hecho la Corte Constitucional, ello a nuestro parecer teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: según se desprende del artículo 49 de la ley 99 de 1993, existen actividades que al ejecutarse pueden producir deterioro grave a los recursos naturales renovables, al medio ambiente o que pueden introducir modificaciones al paisaje, razón por la cual es necesario contar con una licencia ambiental, es decir, con un instrumento que permita “prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que produzcan tales actividades ” (Corte Constitucional, Sentencia C- 746 de 26 de septiembre de 2012, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez). En otras palabras, con este instrumento se busca eliminar o por lo menos prevenir, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente en general (Corte Constitucional, Sentencia C- 035 de 27 de enero de 1999, M.P.: Antonio Barrera Carbonell 1999).

Ahora bien, en el trámite de licenciamiento se incorpora la obligación del interesado de suministrar a las autoridades ambientales estudios previos que con información detallada sobre la intervención que se pretende realizar, la influencia de la actividad sobre el ecosistema y las personas, la descripción de los riesgos, con el fin, como se expresó en líneas anteriores, de que se realice un manejo adecuado de tales consecuencias. De lo anterior se desprende que del desarrollo de proyectos o actividades lo tolerable es la causación de unos impactos en el ambiente cuyo manejo, planificación o compensación impedirá precisamente que se consoliden los denominados daños ambientales.

comerciales o de cualquier otra índole, en orden a reducir o eliminar la contaminación y controlar la fuente de la misma. Esta facultad será ejercida dentro del marco de las atribuciones que a esta respecto señala la Constitución Nacional.” (Congreso de la República de Colombia, Ley 23 del 12 de diciembre de 1973). (Subrayado por fuera del texto).

De igual manera, como se subrayó arriba la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los mínimos de contaminación en la sentencia T-254 del 30 de junio de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell. También, se pueden confrontar las siguientes sentencias: T-411 de 1992, T-163 de 1993, T-469 de 1993 y T-028 de 1994.

¹⁵¹ García considera que la redacción del artículo 11 de la norma ya citada, en cuanto trata sobre niveles mínimos de contaminación es sin sentido, pues lo lógico sería hablar de límites máximos permisibles de emisión, vertimiento o depósito de sustancias o elementos contaminantes (García, 2017, p. 67).

En consecuencia, se encuentra que toda actividad genera impactos ambientales¹⁵² y por consiguiente, son estos efectos los que pueden ser justificables y no el fenómeno de la contaminación. En este entendido, se encuentra que el derecho ambiental no espera que se alcancen niveles de contaminación sino evitarla (García, 2017, p.239); premisa que además de lo visto, encuentra respaldo en el precitado artículo 4 de la ley 23 de 1973, el cual establece que la contaminación, ante su presencia, configura ya una interferencia con el bienestar, la salud de las personas y del medio ambiente, por consiguiente representa una alteración al goce pacífico del derecho, es decir, un daño.

Así las cosas, es la contaminación lo antijurídico que genera consecuencias desde el punto de vista sancionatorio administrativo y penal¹⁵³ (García, 2017, p. 220), pero también lo sería desde el punto de vista de la responsabilidad civil en la medida que su determinación es producto del quebrantamiento de los deberes establecidos en la licencia ambiental, cuando estamos frente a los particulares, pero también frente a la responsabilidad del Estado cuando esta se configura por una omisión en el cumplimiento de sus obligaciones y fines instituidos en la denominada constitución ecológica y en las demás normas relativas al tema objeto de esta investigación.

¹⁵² Según el tratado internacional de Spoo relativo a “La evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo” explica que por *impacto* se entienden “los efectos causados por una actividad propuesta en el medio ambiente, incluidos la salud y la seguridad de los seres humanos, la flora, la fauna, el suelo, la atmosfera, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras materiales o la interacción entre esos factores; incluye asimismo las repercusiones sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas que se deriven de las alteraciones de esos factores (Comisión Económica para Europa, Convenio Sobre La Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, 1991). Adicionalmente, sobre este punto relativo al impacto ambiental conviene precisar que este concepto también ha sido identificado a nuestro juicio con lo que se conoce como deterioro ambiental, entiéndase por este último “como cualquier degradación física, química, o biológica importante al medio ambiente, siempre que no se considere daño a un bien” (Hutchinson, 2007, p. 61).

De acuerdo a lo anterior, se entiende entonces que toda actividad es susceptible de generar un impacto o deterioro ambiental pero sin que por ello pueda entrarse hablar de la existencia de un daño ambiental, dado que para ello se requerirá el análisis o valoración jurídica de la cual se hablará más adelante en el presente documento.

¹⁵³ Sobre el derecho penal y su relación con el derecho ambiental, en particular con lo concerniente a la contaminación, no debe perderse de vista que existe un tipo penal establecido en el artículo 332 de la ley 599 del 2000, el cual concierne expresamente acerca de la prohibición de realizar cualquier conducta que conlleve a una contaminación ambiental. En este entendido, el mencionado artículo expresa: “el que con incumplimiento de la normatividad existente, provoque, contamine o realice directa o indirecta emisiones, vertimientos, radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones al aire, la atmosfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas o demás recursos naturales, en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fánicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de cincuenta meses (...)” (Congreso de la República de Colombia, Ley 599 del 2000, artículo 332).

De acuerdo a lo expresado, puede decirse que el problema de los detrimentos ambientales están enmarcados por el elemento fáctico conocido como contaminación (Briceño, 2017, p.795). Sin embargo, es un concepto que pertenece propiamente al área de las ciencias naturales pero que ha sido transpuesto al derecho, es decir, este fenómeno se encuentra más en la frontera de las ciencias que en el ámbito de los juristas. Pero además, nos encontramos que es un elemento complejo dado que el área a la que pertenece no nos puede ofrecer una certidumbre que permita la racionalización de sus componentes y en consecuencia que otorgue certeza de la constitución de un daño ambiental.

Ahora, es importante aclarar que la contaminación no es lo que define la configuración de los perjuicios que se estudian, ya que ésta solamente viene a definir la situación fáctica, las condiciones y factores que inciden en la alteración, modificación o degradación de la naturaleza o del ambiente. Por consiguiente, el daño o perjuicio ambiental se relaciona con un espectro más amplio que la superación del umbral permitido (una alteración medible en unidades físicas), dado que tiene implícito una apreciación, es decir, un juicio de valor y es el daño el concepto jurídico que da lugar a la consideración de la responsabilidad y a la consecuente obligación de reparar (Briceño, 2017, 796 - 798).

En consecuencia, nos encontramos que la tipología de daños que se analiza no cumple con ninguno de los requisitos tradicionales y por ello, representa un gran desafío para el instrumental jurídico común y por consiguiente he ahí una de las dificultades a la hora de entrar a declarar una responsabilidad y la consecuente indemnización o reparación, y aún más cuando el análisis de estos conceptos y elementos se van aterrizar en el caso específico del derecho fundamental al agua.

En este momento, también es importante acotar que la definición de daño ambiental y ecológico, aparte de estar determinados por estudios científicos, cuya valoración y efectos son estudiados desde el ámbito legal, su entendimiento también depende acerca de lo que se conciba por *ambiente*, en especial el sentido restrictivo o amplio que se utilice, lo cual a su vez definirá la extensión de lo que abarca el daño ecológico y el ambiental. Así, por ejemplo Briceño señala para efectos de la valoración de los daños, refiriéndose al ambiente “es el que se reduce a

determinar las condiciones necesarias para la vida y disfrute de las personas de sus bienes y derechos (se asocia el concepto de calidad de vida) (...)”, mientras que para el tema de daños ecológicos se deberá entender por *ecosistema* como “(...) aquel que comprende todos los elementos del medio natural y todos los elementos que forman parte (...)”¹⁵⁴ (Briceño, 2017, p. 807)¹⁵⁵.

En este sentido, *Cafferatta* explica que si por ambiente se toma una posición restringida, deberá entenderse que se está frente a un daño ecológico dado que desde esta perspectiva éste se identificaría únicamente con el patrimonio natural o con los recursos naturales, por consiguiente según este autor, este daño es el que recae sobre bienes del patrimonio natural, es decir, sobre recursos naturales, el que afecta al agua, al suelo, la flora, la fauna y al aire. En cambio, si se adopta una noción de ambiente más amplia¹⁵⁶, el daño ambiental abarcará aquel que incluye al paisaje, los bienes del patrimonio cultural, o bienes y valores colectivos, y, aún más, el daño al equilibrio ecológico (PNUMA, 2010, p. 90).

¹⁵⁴ Para aclarar este concepto que se intenta ilustrar acerca del daño ecológico, es pertinente traer a colación la siguiente definición: “el perjuicio ecológico *stricto sensu* es aquel que afecta un medio natural independientemente de todo interés humano, corporal o material”. En este particular, en lo que respecta al daño al agua se encuentra: “el agua es contaminada tanto por los usos domésticos, como cada vez más por los usos industriales. Esta contaminación no altera solamente sus cualidades físico-químicas: así mismo el simple recalentamiento del agua contribuye a hacer perder sus cualidades al medio en el que se propicia la vida animal o vegetal. Las riberas devienen en abominables cloacas, desapareciendo la fauna” (Martine Remond – Gouilloud, citado en Briceño, 2017, p. 807).

¹⁵⁵ Sobre este tema relacionado sobre el sentido amplio que puede abarcar la noción que se estudia, conviene señalar que otros autores consideran que incluso para el daño ambiental puede aplicar el concepto tradicional de «aminoración patrimonial sufrida por la víctima» si se entiende por *ambiente* como *patrimonio* de acuerdo a algunos preceptos del Código Nacional de Recursos Naturales; plantea este código una concepción que entiende por éste como *patrimonio común* cuyo mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública en las que debe participar el Estado y los particulares. Además, se desprende como premisa inicial del código que el *ambiente* es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia. Adicionalmente, la ley 99 de 1993, al exponer los principios generales ambientales, consagró a la biodiversidad del país como patrimonio nacional y de interés de la humanidad (Osorio, 2007, p. 19 - 20).

De lo anterior se desprende, en primer lugar que el concepto genérico o tradicional de daño puede ser compatible con el concepto de daño ambiental según la posición de *Osorio*. Empero, a nuestro juicio, de ello también se desprende que por daño ambiental, desde la perspectiva vista, solamente abarca aminoración del derecho colectivo, es decir, constituye una definición de daño restringida.

¹⁵⁶ Sobre el alcance restrictivo o amplio que se adopte sobre lo que debe entenderse por ambiente o ecosistema, es importante aclarar que existe una segunda postura según la cual no se debe diferenciarse entre uno y otro. Así, considera que dentro del daño ambiental se encuentra también comprendida aquellas lesiones que solamente afectan al medio natural. Específicamente esta postura expresa: “(...) el ambiente comprende a la ecología por ser más amplio, pues aparte de la biósfera está compuesto también por los recursos naturales inertes: la tierra, las aguas (hidrósfera), los minerales (litósfera), la atmósfera y el espacio aéreo, los recursos geotérmicos y fuentes primarias de energía, lo que magnifica su campo con relación a la ecología. Ese criterio aconseja utilizar el término daño ambiental por ser comprensivo del ecológico” (Graciela Nora Messina de Estrella Gutiérrez, 1989, p. 113).

De acuerdo a lo expuesto, puede definirse el daño ambiental como “aquellos que se producen como consecuencia de un fenómeno de contaminación que produce la aminoración, el detrimento o la afectación de bienes, intereses o derechos de la esfera personal, o patrimonial, de algún individuo” y respecto del daño ecológico deberá entenderse como aquellos que “se producen como consecuencia de un fenómeno de contaminación que produce la alteración, degradación, deformación, extinción, generación, etc., de bienes ambientales, de recursos naturales, de ecosistemas, de la biodiversidad, o como un todo de la naturaleza”¹⁵⁷ (Briceño, Koteich & Robayo, 2016, p. 29).

Ahora bien, se pone de relieve que la jurisprudencia también ha entrado a definir qué se debe entender por uno y otro tipo de daños, sobre el primero el Consejo de Estado lo ha denominado como daño ambiental impuro y se define como la consecuencia de la afectación ambiental que repercute en el entorno de los seres humanos, y supera los límites de asimilación y de nocividad que puede soportar cada uno de estos; con respecto al segundo, es denominado como daño ambiental puro y se entiende como cualquier alteración, degradación, deterioro, modificación o destrucción del ambiente (agua, aire, flora) causados por una acción u omisión, por encima de los niveles permitidos y la capacidad de asimilación y transformación de los bienes, recursos, paisajes y ecosistema, afectando en suma el entorno del ser humano (Consejo de Estado, Sentencia del 20 de febrero de 2014. Radicado 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028), C.P.: Ramiro Pazos Guerrero).

De acuerdo a lo anterior, se encuentra que el estudio de los daños antes mencionados se justifican en el presente estudio precisamente porque de la vulneración del derecho al agua

¹⁵⁷ En cuanto a la justificación respecto de por qué adoptar dicha definición es preciso aclarar que en el sistema normativo colombiano, específicamente en el orden legislativo, no puede encontrarse una definición propiamente dicha del tema en comento; se encuentra sí en el artículo 42 de la ley 99 de 1993, y norma que la modifique o derogue, la descripción de algunas actividades que pueden ser causantes de contaminación o de alteración de los recursos como el agua, el suelo y el aire y en consecuencia la imposición de unas tasas para compensar tales afectaciones, pero no se encuentra propiamente dicho un concepto o definición de la cual pueda extraerse qué se debe entenderse por daño ambiental o daño ecológico, aunque en la norma citada se menciona que es objeto de sanción “el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes” por lo que suele ser ese último aparte descrito considerado como una definición del tema en comento. De igual manera, es importante precisar que la doctrina también denomina a los daños ambientales (aquellos que afectan la esfera patrimonial individual) como daño ambiental consecutivo y daño ambiental puro (daños a los bienes colectivos).

resultan claramente dos daños heterogéneos¹⁵⁸; el primero constituido por aquellos que afectan el *ecosistema* como por ejemplo el caso de la contaminación de las cuencas hidrográficas con metales como el mercurio y demás daños que afectan la esfera del patrimonio colectivo¹⁵⁹, incluyendo en esta tipología aquellos perjuicios relativos a vivir bien y a una calidad de vida.

En cuanto al segundo tipo de daños, se pueden concretar en lo relacionado a las enfermedades adquiridas por el consumo de agua contaminada, pero también incluso por las muertes¹⁶⁰ que se hayan producido a raíz de este hecho. En este entendido, los últimos tipos de daños mencionados encajan en aquellos perjuicios tradicionales de la responsabilidad y que en nuestro ordenamiento jurídico se han desarrollado a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, conllevando así a la posibilidad de solicitar la indemnización por un lucro cesante, daño emergente, el daño a la salud, incluso el daño inmaterial conocido como daño a los derechos humanos. Por lo expuesto, puede concluirse que el estudio y división de estos dos tipos de

¹⁵⁸ Un ejemplo acerca de la dualidad en la tipología que se estudia es lo mencionado por Briceño cuando explica que el deterioro ambiental causa efectos negativos sobre la salud, así: “En cuanto a los daños a la salud, se dice que es dentro de la taxonomía del daño ecológico o ambiental una de las primeras manifestaciones a las que se dirige la atención. Ha sido, además, el supuesto básico mediante el cual ha procedido las acciones de reparación de los daños causados por una afectación al ambiente. El ser humano requiere para su congrua subsistencia o para su subsistencia simplemente unas condiciones ambientales en las que no se encuentre afectada su salud” (Briceño, 2017, p. 864).

¹⁵⁹ Ahora bien, como se viene exponiendo, la mencionada doble connotación de los daños del derecho al agua se acompasa con la de los denominados daños ambientales porque el daño ambiental se causa siempre a la colectividad, pero con repercusiones, en ocasiones, sobre bienes individuales. En efecto, la persona tiene la posibilidad de accionar en su nombre para pedir una indemnización propia (daño ambiental consecutivo), como de accionar en nombre de una colectividad para pedir una indemnización de la cual no se puede apropiar pero de la cual sí puede gozar, que es realmente la que constituye la reparación del daño ambiental en su estado puro (Henao, 2013, p. 144).

Sobre los derechos colectivos, es importante mencionar que “(...) son aquellos que por antonomasia son ejercidos y acordados por colectividades, los cuales, por oposición, difieren de los derechos individuales que son ejercidos por sujetos particulares (...)” (Granados, 2010, p. 27). De igual manera, se ha dicho que estos derechos colectivos son : “(...) derechos relacionados con el mejoramiento y mantenimiento de la buena calidad de vida, aquellos derechos cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto, sino que a todos corresponde, y por ende cualquiera puede solicitar su protección dado el interés que todos tienen en su conservación y mantenimiento, y cuya vulneración genera conflictos de carácter colectivo, dada la pluralidad de sujetos afectados con su alteración (Correa, citado en Monroy, 2012, p.36).

¹⁶⁰ Sobre este punto puede revisarse nuevamente el capítulo dos de la presente investigación. Además, puede complementarse con estos datos generales obtenidos en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos humanos “(...) de 580 millones de habitantes de América Latina y el Caribe, el 20 por ciento no tendría acceso a agua potable por medio de un acueducto, y menos del 30% de las aguas servidas recibirían tratamiento, muchas veces deficiente, resultando en que 34 de cada 1.000 niños mueren cada año en América Latina y el Caribe por enfermedades asociadas al agua” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

daños ¹⁶¹ se justifica por la bifurcación que implica un solo hecho dañoso (violación del derecho al agua).

3.2.1.2. Algunas precisiones sobre los daños ecológicos y ambientales: amenaza y riesgo

De acuerdo a lo expuesto, los daños que estamos abordando son considerados anormales, en vista de las especiales características de las que están revestidos. Empero, no podemos dejar de lado, que ello no puede ser óbice para que los mismos no sean reparados o que en virtud del estado de riesgo y/o amenaza en el que se pueden presentar no se tomen medidas para corregirlos, restablecer o incluso indemnizar. Por ello, en virtud de estas consideraciones, es procedente mencionar aquella posición de la doctrina que establece que la amenaza y el riesgo deben ser considerados como daño cierto y por consiguiente, ante este panorama, es factible entrar en el campo del instituto resarcitorio que entraña la responsabilidad.

Para efectos de lo anterior, debemos partir de un elemento que caracteriza el daño, el cual es lo relativo a la *certeza*, es decir, aquella lesión consolidada o de la cual al menos puede estudiarse su proyección (daño futuro)¹⁶². Ello, en tanto la doctrina y la jurisprudencia han considerado que ésta es requisito *sine qua non* para obtener la reparación¹⁶³; al respecto, en varias oportunidades se ha expresado que “tanto en lo civil como en lo administrativo, para que exista la responsabilidad, es necesario que el daño se haya ocasionado. Es claro que el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de señalar que el daño para que pueda ser reparado debe ser

¹⁶¹ Es así como esta característica ya mencionada es concretada por la Corte Constitucional de la siguiente manera: “El daño ambiental se caracteriza por ser bifronte, dual o bicéfalo. Por una parte, suele afectar la salud y los bienes de determinados individuos o colectividades y, al mismo tiempo, perjudica el disfrute de un derecho colectivo (daño ecológico puro)” (Corte Constitucional. Sentencia T – 733 de 15 de diciembre de 2017. M.P.: Alberto Rojas Ríos).

¹⁶² Entendiendo daño futuro como “la prolongación cierta y directa de una situación actual” (Henao, 2009, p.192). De igual manera, para profundizar en el tema del daño no consolidado a partir de una situación existente consultar “El Daño” (1998) de Juan Carlos Henao.

¹⁶³ En jurisprudencia reciente, el Consejo de Estado reiteró las características del daño indemnizable y en este entendido, sobre la certeza del daño expresó: “el daño antijurídico, a efectos de que sea resarcible o indemnizable, requiere la constatación de los siguientes elementos: i) certeza, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura, hipótesis o eventualidad (...)” (Consejo de Estado, sentencia No. 25000232600020050037001 (37304) del 11 de octubre de 2017, C.P.: Marta Nubia Velasquez Rico).

cierto, esto es que no sea un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio” (Henao, 1998, p.129).

Sin embargo, el asunto radica entonces en lo que debe considerarse como certeza, según *Henao* no puede otorgarse la característica de lesión cierta solamente a aquel que se ha consolidado, es decir, aquel daño ocurrido, sucedido o consolidado; el análisis para considerar la amenaza como daño cierto debe realizarse a partir de una proyección de las consecuencias hacia futuro, partiendo desde el punto de la amenaza del derecho, es decir, observando su agravamiento hasta la concreción del mismo en una violación definitiva del derecho. En efecto, lo que se propone es realizar una prolongación cierta y directa de la amenaza actual, de tal manera que la alteración del goce pacífico de un interés lícito se convierte en un perjuicio cierto, en consecuencia el daño no solamente será aquel que se refiere a una lesión definitiva sino, precisamente a la amenaza de su goce pacífico (Henao, 2009, p. 195).

En referencia a la premisa anterior, es preciso recordar al maestro *Adriano de Cupis*, quien expresa: “El acto ilícito (antijurídico) puede producir en vez de un daño, un simple peligro de daño. Porque en verdad también el peligro de daño incide negativamente en el valor del bien al que incumbe, disminuyendo tal valor y repercute en el interés del sujeto a quien corresponde el bien, es de por sí, un daño, prescindiendo de aquel daño que podrá derivar de la actuación de la virtual posibilidad insita en él”. En este entendido, se encuentra que esta cita además de resultar pertinente para la idea relativa a que la alteración del goce pacífico del derecho es en sí mismo un daño, revela que es posible acudir a acciones constitucionales y ordinarias para el restablecimiento de la situación que es incluso anterior al hecho perjudicial consolidado conllevando a la desaparición de los elementos fácticos que generan la amenaza (Henao, 2009, p. 197).

Sobre el anterior razonamiento acerca de la amenaza de daño o de peligro debe decirse que no es un discernimiento o teoría nueva, de hecho se encuentra reconocido expresamente que las acciones populares como las de tutela pueden ser ejercidas precisamente para evitar la violación definitiva de los derechos. Además, sobre estos recursos constitucionales debe decirse que son acciones que requieren de un análisis igual que el que se debe adelantar cuando se está

realizando un juicio de responsabilidad ordinario, esto es, el estudio del daño (cierto, amenaza o peligro), la imputación y el fundamento.

En este entendido, se encuentra el inciso segundo de la ley 472 de 1998, la cual expresamente señala que “las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”; en un sentido similar, el Decreto 2591 de 1991 expresamente indica que la acción de tutela tiene por objeto la protección de derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Por lo anterior, puede decirse que solamente la diferencia entre uno y otro, es el grado de concreción del daño (Henao, 2009, p. 200) y en consecuencia, nos encontramos ante verdaderas acciones de responsabilidad.

Finalmente, es importante acotar que frente a esta problemática acerca de si la amenaza de daño puede ser considerada como daño cierto y en consecuencia activar los mecanismos ordinarios de la reparación, se encuentra un concepto muy importante que es el relativo al principio de precaución.

Sobre el principio de precaución.

Desde el punto de vista filosófico, la génesis de este principio deviene de entender la falibilidad de la ciencia, es decir, pérdida de confianza en los productos de ésta y del progreso; en el sentido de que comienza una consciencia acerca de la generación de unos riesgos producto de ese desarrollo técnico pero de los cuales no es posible conocer su total envergadura (riesgos inciertos) pero que las autoridades deben gestionar. De esta manera, se encuentra que el principio de precaución asume la tarea de tomar decisiones ante la ausencia de certidumbre científica en cuanto a los riesgos que las nuevas tecnologías puedan acarrear, tanto para el medio ambiente como para la salud (Embidi, 2010, p. 117).

Sin embargo, cuando se estudia el principio de precaución desde su naturaleza jurídica, encontramos que es un elemento que aún mantiene un carácter abierto¹⁶⁴, en consecuencia existe un grado de dificultad en encontrar una definición cierta e inequívoca respecto de su alcance como de los eventos sobre los cuales se puede invocar, esto es, si puede ser aplicado ante el riesgo, peligro o una amenaza de daño, así como sobre el requerimiento o umbral del concepto técnico o científico que se necesita para efectos de amparar la decisión de las medidas precautorias. En ese sentido, se pueden encontrar interpretaciones que de su análisis conlleven a establecer que este principio esté más cerca de la prevención que de un sentido precautorio, como es el caso de Alemania. Además, la doctrina también encuentra que no existe una total claridad acerca de su carácter vinculante, es decir, si es una regla de derecho de aplicación directa o si por el contrario es una regla meramente interpretativa (Embid, 2010, p. 152).

A pesar de lo expuesto, siguiendo a *Embid Tello* (2010) se partirá del concepto que por unanimidad se ha aceptado en el marco del derecho comunitario europeo y de ahí se analizarán algunos de los elementos que este autor expone es la clave para entender el principio objeto de estudio. Así las cosas, un primer concepto unánimemente aceptado de este, es aquel que “permite a las autoridades públicas competentes adoptar medidas preventivas proporcionadas, no discriminatorias y de carácter provisional cuando, a pesar de haberse llevado a cabo una evaluación de riesgos lo más completa posible, persiste la incertidumbre científica sobre la naturaleza y el alcance de un riesgo inaceptable” (Embid, 2010, p. 128). De esta definición, se desprende que frente al principio en comento se debe aplicar los criterios de proporcionalidad y de no discriminación, además le concede a estas medidas - a nuestro juicio - un carácter subsidiario y supeditadas a la previa realización de una evaluación de riesgos, cuya característica es que sea inaceptable, es decir, bajo consideraciones políticas sobre lo que la administración y el ordenamiento tengan por riesgos inaceptables.

Más adelante, a partir también del desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas se pasó a entenderlo como un principio general del

¹⁶⁴ Embid Tello (2010) explica que existen bastantes dificultades al momento de fijar un concepto de precaución único, tanto porque la naturaleza fijada a éste en los primeros convenios internacionales ha variado sustancialmente como por el hecho de que las posiciones doctrinales están tan alejadas entre sí, que bajo el nombre de «principio de precaución» tratan en realidad cosas bastante distintas.

derecho, el cual obliga a las autoridades a adoptar las medidas apropiadas con el fin de prevenir la concreción de riesgos potenciales para la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, primando la protección de esos bienes jurídicos sobre los intereses económicos. En este entendido, el reconocimiento como principio general, posibilita la aplicación de éste a cualquier evento o sector del derecho. Sin embargo, la doctrina realiza un análisis sobre dicho pronunciamiento, así como sobre unas normas de derecho comunitario que lo contemplan, pasando a considerarlo más como una regla de contenido indeterminado que permite amplios márgenes de maniobra a las autoridades públicas y en consecuencia adaptable a nuevas situaciones.

De acuerdo a lo anterior, se encuentra que no existe una definición exacta ni unánime sobre el principio bajo estudio aunque de las anteriores definiciones pueden encontrarse unos elementos en común como es lo relativo a: una evaluación de riesgos, riesgos potenciales o graves sobre el medio ambiente, la seguridad y la salud pública, hechos que deberán llevar a la autoridad pública a la toma de decisiones que pueden conllevar acciones de hacer o no hacer. Sobre el primer elemento se encuentra que la remisión a la ciencia es fundamental, es decir, contar con la evaluación científica del riesgo es condición previa para la aplicación de la precaución, aunque ante la imposibilidad de realizar una evaluación completa no debe ser impedimento para que la autoridad adopte las medidas, se trata es de que éstas cuenten con un mayor fundamento a efectos de que la decisión no sea arbitraria.

En relación al peligro y/o riesgo, Embid Tello (2010, p. 176) señala en cuanto al primero que la identificación implica determinar los agentes biológicos, químicos o físicos que puedan tener efectos negativos. En cuanto a la caracterización de éste señala que implica asociar las consecuencias adversas con la actividad, aunque este último punto ha sido flexibilizado para lograr que se adopten las decisiones precautorias. Respecto del riesgo, corresponde a la estimación cualitativa o cuantitativa, teniendo en cuenta la probabilidad, la frecuencia y la gravedad de los potenciales alteraciones que pueden afectar los bienes jurídicos vistos. En este entendido, el autor citado aclara que la comunidad Europea ha determinado que este principio solo puede aplicarse ante un peligro y/o riesgo concreto, por consiguiente existe la obligación de

determinar su existencia¹⁶⁵ y proscrita la posibilidad de aplicar este principio en condiciones de ignorancia científica, basada únicamente en indicadores, sospechas o posibilidades. En conclusión sobre este punto, el concepto de riesgo implica que no está plenamente demostrado pero tampoco se encuentra fundado en hipótesis no verificadas.

Finalmente, frente a lo expuesto cabe concluir que “la legitimación para abrir un procedimiento precautorio residirá, por tanto, en algún lugar entre la prueba concluyente y la hipótesis o conjetura. Este concepto jurídico indeterminado de riesgo no encuentra posibilidades de un mayor refinamiento (...) por lo tanto, se carece de instrumentos jurídicos capaces de precisar con un mayor detalle el núcleo esencial de la problemática de la aplicación del principio de precaución, que es el grado de colaboración de una hipótesis para ser aceptada como fundamento válido de medidas precautorias” (Embí, 2010, 194).

Ahora bien, en lo que respecta al caso colombiano, hay que destacar que el mismo ha sido aplicado en las decisiones de la Corte Constitucional desde cinco perspectivas, la primera como norma compatible con el derecho nacional colombiano; la segunda como norma que faculta a las autoridades para actuar; la tercera como norma aplicable por los jueces para imponer deberes a las autoridades y a los particulares; la cuarta línea jurisprudencial considera este principio como regla interpretativa y finalmente y la más importante para efectos del presente trabajo, se encuentra la posición relativa a considerar el principio de precaución como regla de apreciación probatoria (Corte Constitucional, Sentencia T- 236 del 21 de abril de 2017, M.P: Aquiles Arrieta Gómez).

De acuerdo a lo anterior, es importante manifestar que no es objeto ahondar acerca de toda la teoría y todas las apreciaciones que rodean a este principio, solamente se estudiará la última postura referida. En tanto, ésta es la posición que apoya en mayor medida la hipótesis que

¹⁶⁵ Al respecto es relevante mencionar que el doctrinante citado señala que no es muy clara la diferencia entre riesgo potencial frente al riesgo hipotético pero en la diferencia abstracta que existe entre uno y otro se encuentra la clave subjetiva de cuándo puede o no aplicarse el principio de precaución. Más adelante expresa que en la Organización Mundial del Comercio se diferencia entre probabilidad de riesgo y su posibilidad, siendo solamente en el primer evento procedente la aplicación de la precaución. Empero, en el ordenamiento jurídico Alemán sí se aplica el principio en comento para riesgos más o menos posibles o hipotéticos (Embí, 2010, p. 177 - 178).

se plantea en el presente trabajo, en lo que al daño se refiere - como requisito para declarar una responsabilidad civil y del Estado. En este orden de ideas, esta quinta línea jurisprudencial “produce una inversión de la carga de la prueba en relación con el daño ambiental. En casos concretos la Corte ha sostenido que el juez civil no debe tener certeza sobre el daño y el nexo de causalidad para ordenar medidas de restauración y protección, y que el juez de tutela puede usar este principio cuando existe una contradicción en el material probatorio sobre la existencia de un riesgo para la salud humana”(Corte Constitucional, Sentencia T – 236 de 21 de abril de 2017, M.P.: Aquiles Arrieta Gómez)¹⁶⁶.

Por lo tanto y de hecho, esta forma de concebir el principio de precaución, fue aplicada en un caso relativo al derecho al acceso al agua, específicamente, nos referimos a la sentencia T-139 de 18 de marzo de 2016, en este caso se estableció que a pesar de la incertidumbre que recaía sobre la potabilidad del líquido que abastecía a la población de la Vereda la Malaña (Municipio de Bucaramanga), puesto que existían pruebas contradictorias sobre su viabilidad para el consumo – algunos de los resultados concluían que esta no era apta en tanto no cumplía con los parámetros de calidad - la Corte infirió que se estaba ante una seria amenaza sobre los sujetos de especial protección que residían en la mencionado lugar, a consecuencia de la falta de disponibilidad de agua potable y en virtud del principio de precaución consideró:

“Es necesario aclarar que la Sala desestimó el análisis de la muestra de agua del 28 de mayo de 2015 (código 1500-15) según el cual el agua era apta para el consumo humano en aplicación del principio de precaución. Como se explicó anteriormente este impone

¹⁶⁶ En este punto es importante precisar que, si bien anteriormente, se expuso la postura mayoritaria en el derecho europeo respecto del principio de precaución, la cual en cierta medida se distanciaría de la postura expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia citada es relevante mencionar que en el derecho Alemán se puede encontrar una postura que se asimila a dicha línea jurisprudencial, en tanto permite que se tomen acciones frente a riesgos posibles dado que la precaución está pensada para situaciones en las que el nexo causal no está comprobado y en las que, por lo tanto, nos movemos en el campo de los riesgos posibles, que por fuerza deben ser hipotéticos. Sin embargo, *Embid Tello* considera que frente a esta postura no podría hablarse propiamente de un principio de precaución sino de un principio de precaución ampliado, en el cual se justifican las medidas a adoptar porque lo importante es proteger el bien jurídico.

Ahora bien, sobre la postura Alemana expuesta debe decirse que también encuentra una importante similitud con la postura que maneja la Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA), institución que también considera un sentido de precaución amplio al considerar tres tipos de actividades que las autoridades deben desplegar dependiendo del tipo de situación; si se está frente a un riesgo, incertidumbre o de ignorancia (AEMA , 2002, p.11).

la obligación de tomar medidas tendientes a la protección de la salud y el medio ambiente ante cualquier duda sobre su afectación. En el caso particular, se cumplen con los requisitos de su aplicación: (i) existe peligro de daño en la salud porque el consumo de agua no apta para el consumo humano genera enfermedades gastrointestinales; (ii) éste puede ser grave porque los directamente afectados son menores y miembros de una comunidad rural, donde puede ser difícil el acceso a los servicios de salud; (iii) existe otra prueba de laboratorio que acredita la existencia del riesgo sobre la salud; (iv) se pretende evitar la afectación del derecho a la salud. Adicionalmente, la aplicación de este principio cobra mayor importancia teniendo en cuenta que cualquier decisión que se tome tiene la virtualidad de afectar al interés superior de los menores del Centro Educativo La Malaña” (Corte Constitucional, Sentencia T-139 de 18 de marzo de 2016)¹⁶⁷.

Adicionalmente, dado que el caso aludido se refiere al derecho al agua, es importante mencionar que en éste también se comprobó que no solamente el problema radicaba sobre la inviabilidad sanitaria del recurso, sino que también la vereda presenta una privación física del líquido, en tanto las fuentes de abastecimiento se encontraban secas. Por consiguiente, en virtud de tales hechos, la corporación procedió a dictar una serie de órdenes complejas para garantizar el disfrute del derecho, dictando de esta manera una serie de medidas a largo, mediano y corto plazo de tal manera que los habitantes de Malaña pudieran disfrutar de agua con regularidad, continuidad, salubre y de calidad.

De acuerdo con lo anterior, nos encontramos ante un caso que indica claramente el dictamen de unas medidas dirigidas a restaurar y proteger sin que nos encontremos precisamente ante la concreción de un daño, verbigracia a la salud. Por el contrario, el Juez constitucional actúa y emite órdenes ante la amenaza del daño por violación de los componentes esenciales del derecho fundamental al agua, es decir, por la amenaza real y cierta de que ante el consumo del

¹⁶⁷ Cabe aclarar que los requisitos para aplicar el Principio de Precaución y que en este caso fueron utilizados para fundamentar la decisión frente al derecho al agua están determinados en la Sentencia C – 293 de 2002 y son concretamente los siguientes: “1. Que exista peligro de daño; 2. Que éste sea grave e irreversible; 3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta; 4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente; 5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado” (Corte Constitucional, Sentencia C - 293 del 23 de abril de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra).

líquido en las condiciones que estaban y por su falta de acceso, se pudiera consolidar la lesión o el detrimento a la salud y a la vida misma de las personas. Finalmente, a nuestro juicio, el análisis y raciocinio que se imprimió en el fallo citado puede ser aplicado a los daños macros que se configuran de la violación de las obligaciones a cargo del Estado.

3.2.3. Imputación de los Daños Configurados por Violación del Derecho al Agua

Ahora, el tema en este segundo acápite es determinar a quién se le debe atribuir la comisión u omisión de los daños antes referidos y el consecuente deber de reparar (fundamento). Al respecto bien lo dice el profesor *Henao*, la aminoración patrimonial sufrida debe ser imputable a alguien diferente a la víctima para efectos de que pueda operar la declaratoria de responsabilidad. En este entendido, sobre la imputación, señala *Patiño (2015, p. 171)* que según la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado este elemento se encuentra o debe analizarse en dos niveles, esto es, un nivel fáctico y otro de tipo jurídico, entendiendo este último como el deber de reparar, según los títulos de falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial, según sea el caso.

En lo concerniente a la imputación fáctica, es decir, a la asimilación de lo que en el estudio del instituto resarcitorio se conoce como el nexo causal se ha pasado a entenderlo como “un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño” (*Patiño, 2015, p.173*), y cómo fenómeno material, se ha diferenciado en este ámbito aquellos causados por acción y los causados por omisión. En el primero se encuentra que en la responsabilidad estatal por acción brota de manera clara el nexo entre el hecho dañoso y el daño, situación que permite imputar el resultado al sujeto causante. Sin embargo, en los juicios por omisión no es indispensable establecer las causas lesivas, sino identificar por qué el daño debe ser atribuido a esa persona distinta del causante, lo cual se determina por temas de atribución jurídica y no naturales o materiales (*Patiño, 2015, p.173*).

Sin embargo, cabe resaltar que consideramos este tema de la imputación por omisión problemático, ya que de por sí determinar que una causa produjo un efecto y que el mismo se puede arrojar a determinada persona en virtud de criterios técnicos y de previsibilidad (teoría de

la causa adecuada) no es tarea fácil, ahora más cuando nos encontramos en un ámbito en el cual, la materialización del daño, compuesto por el componente fáctico de la contaminación, puede ser imputado a una o varias personas.

Sobre este último punto, es decir, la imputación por omisión *Bohórquez* señala que:

“los supuestos más interesantes, o, al menos, más controvertidos en cuanto a su apreciación, serán aquéllos en los que los daños se asocien al funcionamiento del servicio público o, para ser más exactos, a la función administrativa de protección del medio ambiente. Y es que, por tener esta actuación administrativa una naturaleza tuitiva, no agresiva, necesariamente siempre va a mediar la intervención de un factor ajeno a la Administración en la producción de daños: bien sea el propio perjudicado o un tercero. Estas intervenciones interferirán el establecimiento de un nexo causal con el actuar administrativo, dificultando la puesta en marcha del instituto de la responsabilidad administrativa” (Bohórquez, 1999).

En este sentido, en el caso que se encuentra bajo estudio, en lo relacionado con la vulneración del derecho fundamental al agua debido a un ECI. Es decir, básicamente un funcionamiento anormal, una falla generalizada del Estado en lo que concierne a las obligaciones que involucra esta garantía fundamental; constituida en algunos casos por no ejecutar o por no ejercer sus funciones y obligaciones, conlleva, a nuestro juicio, a que se configure una atribución al Estado por omisión; ilustrados principalmente por la contaminación de las cuencas hidrográficas debido a la presencia de metales pesados, con vertimientos domésticos e industriales, entre otros como la falta de control de la deforestación; de tal forma que se afecta el abastecimiento de agua para el consumo humano y el medio ambiente en general.

En consecuencia, cabe resaltar que nos encontramos ante un actuar que se resumiría en que el Estado dejó de hacer o de materializar aquellas obligaciones que se encuentra a su cargo y además, también podría decirse que dejó pasar o incumplir deberes a cargo de los particulares, porque de qué otra forma podría explicarse algunas de las cifras que se citaron en el capítulo dos de esta investigación.

Por lo expuesto, se pasa en el presente asunto a examinar el segundo nivel de imputación relativo a responder la pregunta de por qué el Estado tiene el deber de reparar y en este sentido, se entra a analizar concretamente por el fundamento por el cual la administración pública puede ser responsable por ello, de acuerdo a los títulos de imputación.

3.2.4. El Fundamento o Deber de Reparar en Cabeza del Estado

Ahora bien, en este segundo punto se pretende resolver la pregunta por qué el Estado debe responder por los daños causados debido a una falla generalizada en su sistema, es decir, frente al ECI, el cual una vez fue analizado conforme a los requisitos establecidos por la Corte Constitucional se encontró que está efectivamente configurado para el caso del derecho al agua. Por consiguiente, el estudio de esta figura puso en evidencia las violaciones de las obligaciones que componen este derecho fundamental y en consecuencia unos daños que se enmarcan en lo que se conoce como daños ambientales; el agua involucra necesariamente el componente ambiental, visto en ese sentido como recurso hídrico y como un derecho fundamental, lo cual conlleva a que las consecuencias de su desconocimiento se bifurquen en el daño al ecosistema (daño ecológico) y los daños tradicionales (daño ambiental impuro), como se explicó en otro acápite del presente documento.

Ahora, teniendo en cuenta lo ya examinado en el primer y segundo capítulo de este escrito, en los cuales se realizó un extenso y detallado estudio sobre la fórmula de Estado, así como del estatus jurídico que ostenta el derecho fundamental al agua, el cual incluyó el análisis normativo y jurisprudencial acerca de las normas y obligaciones que emanan del derecho en específico, así como de los elementos que deben configurarse para constituir un ECI, es oportuno complementar con una breve referencia a los deberes y unos fundamentos ambientales generales y así entrar en el tema específico de la imputación y la responsabilidad por la obligación positiva del Estado.

Así las cosas, en primer lugar se destaca que dentro de los fines esenciales de la administración pública está la protección, conservación de las riquezas naturales. En este sentido, esta perspectiva “involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y

conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural” (Corte Constitucional, Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio). En segundo lugar, lo mencionado nos permite traer a colación que tal declaración tiene un claro sustento en el andamiaje jurídico ambiental que se encuentra constituido en el marco del derecho internacional, en el derecho constitucional y desarrollado también a través de múltiples medidas de carácter normativo.

Así¹⁶⁸, en la Carta Política de 1991 existe una serie de obligaciones, principios y derechos medioambientales que permiten hablar antes de cualquier cosa, de que en nuestro ordenamiento existe una constitución ecológica¹⁶⁹ y en consecuencia, ello pone de relieve la preponderancia que ostenta el cumplimiento efectivo de los deberes que se desprenden de los asuntos relacionados con el tema en comento. En este sentido, se encuentra en primer lugar, que de este postulado de constitución verde deviene que el derecho al medio ambiente tenga el carácter de fundamental e incluso tiene la calidad de interés superior, que por lo tanto se traduce en el deber de protegerlo de forma integral, lo cual incluye claramente la salvaguardia del agua, aire, tierra, fauna, flora y del ecosistema en general (Corte Constitucional, Sentencia T- 622 de 10 de noviembre de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio).

¹⁶⁸ En este punto es relevante mencionar que a pesar de ser innegable que el nacimiento de una verdadera preocupación ambiental de escala constitucional se consolidó hasta la expedición de la Constitución de 1991, no puede pasarse por alto que algunas normas referentes al uso y aprovechamiento de los recursos naturales son normas preconstituyentes, incluso desde los inicios de la República, y en la vigencia de la nueva Constitución lo que sucede con estas normas es que son interpretadas de acuerdo a la nueva filosofía de la Carta Política. En este sentido, debe decirse que fue esta nueva carta de navegación la que impulsó el desarrollo legislativo en diferentes asuntos, particularmente en cuanto a la definición de competencias e instrumentos como los establecidos en la Ley 99 de 1993 y Ley 1333 de 2009. Ahora bien, es importante resaltar que en esta construcción normativa medioambiental goza de fundamental importancia los pronunciamientos que sobre la materia ha expedido la Corte Constitucional (García, 2017, p. 33 - 35).

Para profundizar con mayor detalle este tema relacionado con el régimen jurídico ambiental puede consultarse a García en “El Régimen Jurídico de los Vertimientos en Colombia” y Amaya “La Constitución Ecológica de Colombia”.

¹⁶⁹ En la jurisprudencia, se ha definido la constitución ecológica como aquella que “tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares” (Corte Constitucional, Sentencia T - 760 del 25 de septiembre de 2017. 2007, M.P.: Clara Ines Vargas Hernández).

Ahora bien, es importante poner de relieve que este marco normativo constitucional contiene normas específicas, en este sentido, se encuentran principalmente las establecidas en el artículo 8, según el cual es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, artículo 49 que crea la obligación de garantizar el saneamiento ambiental a cargo del Estado, así como la atención en salud; artículo 79 que constituye el derecho fundamental y colectivo a gozar de un ambiente sano, así como el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines; artículo 80 que instituye el deber y el principio de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, constituye en cabeza del Estado el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

De igual manera, para el presente estudio goza de importancia aquellas disposiciones relacionadas con los fines del Estado en materia de satisfacción de necesidades básicas en salud, saneamiento ambiental y agua potable consagrado en el artículo 366 constitucional, a partir del cual también se reafirma la responsabilidad de este ente en lo que se refiere a preservación, conservación y protección ambiental, además de poner de presente la interrelación entre la calidad de vida, medio ambiente sano y el derecho a la salud, siendo entonces que un atentando contra este bien jurídico que se analiza es también un atentado a la vida (salud). En este mismo sentido, tampoco debe perderse de vista aquellas disposiciones de la Constitución que otorgan funciones ambientales a diferentes autoridades administrativas que implican en especial medidas de planificación (verbigracia artículos 311 y 313), entre otras disposiciones¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Se considera que los siguientes ejes temáticos resumen en mayor medida los derechos y obligaciones en la materia en comento. En este sentido, se ha dicho que: “La incorporación constitucional ambiental se ha dado, mayoritariamente, en varios ejes temáticos que se pasa a enumerar: i. El derecho a gozar de un ambiente sano; ii. La protección y conservación de los recursos naturales; iii. La consagración del modelo de desarrollo sostenible; iv. La función ecológica de la propiedad; v. Las funciones ambientales de las entidades públicas; el tema de la educación ambiental; vii. La responsabilidad por daño ambiental, y viii. La participación de las etnias en la protección del medio ambiente.” (Amaya, 2016, p. 13).

Adicionalmente, es importante resaltar la existencia de un marco legal¹⁷¹ que reafirma aquellas obligaciones del Estado relativas a la protección de los recursos naturales pero en especial a la obligación de planificar, lo cual implica que se permite la explotación de los recursos pero con un control sobre los impactos que la actividad conlleva y también, el deber de reparar ante la causación de un daño¹⁷².

En este orden de ideas, *Amaya* afirma que en los términos de los artículos citados y en lo concerniente al aprovechamiento de los recursos naturales, genera que sea la administración pública responsable del saneamiento ambiental, esto es, tiene la carga de diligencia frente a las situaciones que generan el daño ambiental, precisamente porque todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano (*Amaya*, 2016, p. 162). Ahora bien, se encuentra que es precisamente esa carga de diligencia en la ejecución de sus obligaciones lo que nos lleva a hablar sobre la atribución de los daños que se materializan en este asunto, a título de falla en el servicio, en virtud de la carga positiva del Estado; Esto es, que no solamente cabe responsabilidad en este campo por acciones, una obligación de abstención, sino que por el contrario se endilga responsabilidad por la inejecución de deberes de defensa y protección de los derechos en comentario¹⁷³.

¹⁷¹ Algunas de las normas que conforman principalmente este marco legal, sin perjuicio de las normas que las modifican, complementen o deroguen, son las siguientes: Ley 23 de 1973 “Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones” en esta norma se encuentran algunos temas relativos sobre qué debe entenderse por medio ambiente y contaminación, además algunas obligaciones en cabeza del Estado; Decreto Ley 2811 de 1974 “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente” en este código se encuentran en términos generales las prohibiciones – obligaciones para aprovechamiento de recursos; Ley 9 de 1979 “Por la cual se dictan Medidas Sanitarias” en ésta pueden encontrarse las condiciones sobre agua potable, vertimientos y emisiones; Ley 99 de 1993 “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones” como su nombre lo indica esta norma reorganiza el sistema ambiental y contiene algunos principios; Ley 1333 de 2009 “por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones” y en general, compuesto también por el Decreto Compilatorio 1076 de 2015 del sector ambiente y desarrollo sostenible. De igual manera, no debe perderse de vista que existen varios tratados en esta materia que han sido ratificados por Colombia y que contienen principios aplicables a los asuntos medio ambientales tanto en materia de política pública como para los procesos judiciales.

¹⁷² El artículo 16 de la Ley 23 de 1.973, establece que “El Estado será civilmente responsable por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada como consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente. Los particulares lo serán por las mismas razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado”.

¹⁷³ Textualmente, Briceño expresa: “como se ha visto aduciendo a lo largo de este trabajo, con la incorporación de los derechos colectivos al catálogo de derechos y con su relación sobre todo la que se produce entre el derecho al

De acuerdo a lo anterior, se encuentra que los deberes mencionados no son solamente elucubraciones o declaraciones de buena voluntad sino que por el contrario se exige del Estado su materialización, la cual debe ser eficiente y eficaz (artículo 209 constitucional) y en consecuencia, deben cumplirse las competencias legales y constitucionales asignadas (Briceño, 2017, p. 731). Además, no debe perderse de vista que los derechos fundamentales, según se explicó en el primer capítulo, tienen una doble dimensión¹⁷⁴, es decir, una clásica (dimensión subjetiva) relativa a que el Estado debe abstenerse de afectar el goce de los derechos y la actual interpretación, según la cual existe una obligación positiva en el ente estatal (dimensión objetiva). Por consiguiente, es necesario que se adelanten aquellas medidas, acciones y en general las políticas públicas a que haya lugar, de tal forma que se garantice el efectivo ejercicio del derecho en cuestión¹⁷⁵.

Es así como, se encuentra que tales deberes y obligaciones contrastan precisamente con el ECI, en tanto esta declaración constituye la materialización en sí misma del incumplimiento de éstos, y que se predica no solamente de un estamento sino de la administración en general a pesar de contar en términos generales con unos instrumentos encaminados a impedir precisamente un daño ambiental y que en consecuencia conllevan a indagar acerca de por qué estamos ante la configuración de unas lesiones como las que se estudiaron en el capítulo dos de este documento y que se encuadran en los denominados daños ambientales, lo cual no se responde sino ante la constitución de un actuar omisivo y negligente de las autoridades ambientales y por todos aquellos entes públicos a los que la constitución y la ley le ha venido asignando funciones de gestión, de planificación y protección del recurso hídrico.

En este orden de ideas, nos encontramos que ante tales fallas, entre las que se cuenta las relativas a la contaminación, que ha sido producida por diferentes actores y que se han venido

ambiente y los derechos fundamentales (como la salud, a la vida, a la integridad, etc.), aflora con más nitidez la idea de la carga positiva que tiene el Estado en la defensa y protección de tales derechos, que ya no se queda en el aspecto negativo de la no interferencia de aquel en el ejercicio de los derechos ” (Briceño, 2017, p. 730).

¹⁷⁴ Acerca de la doble connotación de los derechos fundamentales revisar el punto 1.4 del capítulo primero de la presente investigación.

¹⁷⁵ La idea de los deberes positivos del Estado en relación con los derechos fundamentales pueden ser consultados en la sentencia S.U - 225 de 20 de mayo de 1998, expediente T – 140800. En esa sentencia, se expresó que “la flagrante violación de un derecho humano que comprometa de manera radical la existencia misma de la persona obliga al juez a impulsar la actuación positiva del Estado”.

produciendo en el tiempo, no cabe más que achacarlas al Estado, porque estamos no solamente ante una amenaza y algunos otros daños ya consolidados, sino que por el contrario estamos refiriéndonos a unas fallas generalizadas frente a un derecho de vital importancia que repercute en todas las esferas de las comunidades humanas. Empero, no se trata de buscar un gobierno omnipotente y omnipresente porque el tema aquí es que hay unas funciones asignados a diferentes entidades que lo conforman, verbigracia están las Corporaciones Autónomas Regionales pero también en esta materia tienen asignados unas obligaciones las administraciones Departamentales, Municipales y Distritales¹⁷⁶, sin perder de vista que se encuentra estructurada toda una burocracia que conforma el sistema nacional ambiental pero que dada su ineficiente gestión e inejecución de las políticas ambientales conllevaron a la concreción de los daños¹⁷⁷.

En este entendido, estamos atribuyendo unos daños que en términos generales podríamos decir acéfalos en el sentido de la imposibilidad de realizar una individualización de cada uno los responsables de la contaminación y en este caso de los vertimientos puntuales que generan el daño a las cuencas, hecho que hasta un cierto punto puede asimilarse a lo declarado en el caso fallado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca referente al Río Bogotá¹⁷⁸,

¹⁷⁶ Sobre este punto relativo a la demanda de acciones concretas frente al derecho al agua, no debe perderse de vista que es un deber que no solamente se encuentra en cabeza del Gobierno Nacional, dado que también es exigible frente a las administraciones locales. En este sentido *García* expresa: “(...) corresponde al Municipio y a las demás entidades territoriales atender las competencias que les corresponden de manera tal que de la acción coordinada se logren beneficios para la comunidad que ha estado desprovista del acceso al agua y del servicio de saneamiento” (*García*, 2017, p. 399).

¹⁷⁷ Según las ideas aquí desarrolladas se debe tener en cuenta que “la clave para determinar la responsabilidad de la Administración pública se encuentra en dos criterios a los que debe obedecer la buena administración: eficiencia y eficacia. La eficiencia exige en el administrador de bienes públicos que su actividad la desempeñe con vehemencia, con energía y en forma virtuosa, en tanto que la eficacia conlleva al logro de la conducta prescrita por el orden jurídico, que implica (...) la efectiva aplicación de las sanciones por los órganos encargados de imponerlas (...)” (*Briceño*, 2017, p. 766).

¹⁷⁸ Sobre el caso fallado por el Consejo de Estado frente al río Bogotá, cabe aclarar que esta Corporación atribuyó las afectaciones a dicho río por acción y por omisión a varios actores y en consecuencia los declaró como responsables de la siguiente manera: “POR ACCIÓN A TODOS LOS HABITANTES E INDUSTRIAS DE LA CUENCA QUE DESDE HACE NO MENOS DE TREINTA AÑOS HAN VENIDO REALIZANDO SUS VERTIMIENTOS DOMÉSTICOS E INDUSTRIALES, además de las malas prácticas agropecuarias y de disposición de residuos sólidos, entre otras, todos ellos como actores difusos, POR OMISIÓN a la NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, MINISTERIO DEL TRABAJO, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA, - CAR, al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, y a todos los MUNICIPIOS aferentes a la cuenca” (Consejo de Estado, Sentencia AP 25000-23-27-000-2001-90479-01 del 28 de marzo de 2014. C.P.: Marco antonio Velilla Moreno).

en cuanto declaró que estos se encontraban constituidos “sobre todo durante los últimos veinte años, tiempo durante el cual se ha desarrollado industrial y económicamente la región y en el que las Administraciones públicas competentes han contribuido a causarlos”¹⁷⁹. A nuestro juicio, este tipo de daños (los difusos) están estrechamente relacionados con la figura conocida como “pasivos ambientales” que pueden ser entendidos como una “(...) deuda ambiental acumulada de diversos orígenes, responsabilidades y actores. O se pueden entender estos como la obligación de remediar o compensar el daño causado al bien ambiental o daños causados como consecuencia de no haber evaluado y considerado de manera adecuada la dimensión ambiental al momento de ejecutar un proyecto” (Burgos, 2008, p.138), y en este entendido, al no poder ser atribuidos a un actor en particular, deben ser efectivamente atendidos por el Estado por haber permitido su concreción, tanto en el sentido de la amenaza de daño como frente aquellos que se han consolidado, bien frente a los ecológicos o consecutivos o impuros.

Finalmente, sobre este tema es importante tener en cuenta que su determinación, es decir, su constitución y la declaración de los daños en esta materia estarían obligatoriamente marcados por la prueba técnica, es decir, que deberá contarse con los estudios científicos y técnicos correspondientes para establecer si se han superado los límites permisibles. Además, en aquellos casos concretos en los que pueda determinarse la participación de varios sujetos, incluidos los particulares, también se requerirá acudir a este tipo de pruebas para establecer la probabilidad con la cual el sujeto participó como causante del daño¹⁸⁰.

3.2.5. Medidas de Reparación por la Vulneración del Derecho Fundamental al Agua

Sin lugar a dudas, la reparación o indemnización de los daños ambientales ofrece todavía igual o mayor dificultad que los demás elementos de la responsabilidad que aquí se han

¹⁷⁹ Este tipo de contaminaciones, en el marco de la Unión Europea, son conocidos como contaminación de carácter extendido y difuso, caracterizados por la imposibilidad de asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales (Unión Europea. Directiva 2004/35/CE).

¹⁸⁰ No debe perderse de vista que lo aquí se ha dicho sobre la responsabilidad del Estado por la vulneración del Derecho al agua, no es óbice para no reconocer la responsabilidad de los particulares cuando hay lugar a ello. En este sentido, se encuentran múltiples sentencias que declaran su responsabilidad y el consecuente deber de reparar, por ejemplo están aquellas sentencias en las cuales por ocasión de voladuras de oleoductos se causan daños ambientales, verbigracia está la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 5686-2018 del 19 de diciembre de 2018, M.P.: Margarita Cabello Blanco.

estudiado. En efecto, este elemento de la responsabilidad que busca tradicionalmente volver las cosas a su estado anterior difícilmente puede ser conducente para los casos que aquí se han estudiado, en especial en lo que se refiere al daño ambiental puro o ecológico. En este sentido, *Henao (2013,p.158)* señala que la valoración de éstos ofrece grandes retos metodológicos porque el ambiente o los servicios ambientales no tienen un valor de mercado, por lo que en algunos casos se ha optado por el reconocimiento de un monto de dinero equivalente al costo de restauración del bien afectado. Empero, también es cierto que el sistema judicial se ha visto abocado a conocer otros daños que de igual manera ofrecen dificultad, pero no por ello se han dejado de reconocer y de otorgar una medida de reparación, este es el caso por ejemplo de la valoración de los daños extrapatrimoniales, específicamente los daños corporales (daño a la salud¹⁸¹).

Ahora bien, a pesar de la complejidad que apareja el tema de la reparación, *Briceño (2017, p. 872 -873)* señala que no puede por ello perderse de vista el principio de la reparación integral y de otras alternativas ante el escenario relativo a la imposibilidad de retornar al estado anterior el ecosistema o el recurso natural objeto del daño, así como tampoco debe dejarse de lado la proporcionalidad¹⁸² de las medidas que se impongan para alcanzar dichos objetivos. Así las cosas, lo primero que salta a la vista, es que ante esta tipología de daños se debe optar por la reparación en especie, por encima de la indemnización de índole pecuniaria porque cuando se trata del daño ambiental puro lo más importante es conseguir la restauración total del medio afectado, por consiguiente al responsable se le impondrá el deber, en primera medida, de la reparación *in natura o primaria*¹⁸³. Ahora, como ya se dijo, no en todos los casos es posible acudir a tal medida de reparación, por lo que están aquellas que la Corte en Sentencia T - 080 de

¹⁸¹ Sobre este tema referente a los daños inmateriales que reconoce el Consejo de Estado puede consultarse a *M'Causland* “la tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia” y también, *Koteich* “la reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona”.

¹⁸² Sobre el principio de proporcionalidad, *Briceño* explica que las medidas que se impongan deben ser impuestas sopesando también el costo que acarrearían los daños o perjuicios que se deben cubrir, esto es, el tema de cuantificar los medios económicos que se requieren para restablecer, sustituir o adoptar las medidas de prevención (*Briceño, 2017, p. 876*).

¹⁸³ En el derecho comunitario de la Unión Europea se entiende por reparación primaria o innatura como toda aquella medida “que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico. Por estado básico se entiende el escenario en el que de no haberse producido el daño medio ambiental se habrían hallado los recursos naturales y servicios en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T - 080 de 20 de febrero de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio).

2015 denomina como “acción reparadora secundaria” constituida por medidas de equivalencia y complementarias. Según esta sentencia siguiendo lo establecido en el anexo II de la Directiva 2004/35/CE sobre “reparación del Daño Medioambiental” se entendería por reparación equivalente la acción de favorecer un bien de igual naturaleza o favorecer un paraje alternativo¹⁸⁴, por medidas complementarias estarían aquellas relacionadas con el coste monetario aproximado de los recursos naturales y/o servicios ambientales perdidos.

De acuerdo a lo explicado, se encuentra que en el caso específico de la vulneración del derecho fundamental al agua en virtud de contaminación del recurso hídrico o de cualquier otro hecho que lo afecte, como la realización de cualquier obra o actividad económica es posible que el juez de conocimiento del asunto decrete cualquiera de las medidas mencionadas, operando estas medidas incluso cuando el actor alegue que el líquido ya se encontraba contaminado, pues se encuentran también en la obligación de no agravar el daño¹⁸⁵.

Junto con lo anterior, debe pensarse que en el tema en comento no puede dejarse de lado la aplicación del principio de prevención y precaución, esto es, que se orienten las acciones de los diferentes actores (particulares y Estado) a fin de que se impida la continuidad de aquellos

¹⁸⁴ Respecto de las medidas que se deben aplicar en subsidio de la reparación innatura se encuentra que proceden “Si los recursos naturales y/o servicios dañados no se restituyen a su estado básico (...) La finalidad de la reparación complementaria es proporcionar un nivel de recursos naturales y/o servicios —inclusive, si procede, en un paraje alternativo— similar al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el paraje alternativo deberá estar vinculado geográficamente al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada” (Parlamento Europeo y del Consejo. Directiva 2004/35/CE de 21 abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Anexo II, citada en Corte Constitucional, Sentencia T- 080 del 20 de febrero de 2015, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio).

¹⁸⁵ Sobre un caso en el que se autoriza la realización de construir un relleno sanitario cerca de un río con la excusa de que este ya estaba contaminado y que por ello ya no era apto para el consumo humano, la Corte se pronunció y reprochó el hecho de la siguiente manera: “La previa contaminación de las fuentes de agua que abastecen la vereda no exonera a las entidades demandadas de su responsabilidad, sino que la agrava, pues la decisión de autorizar y dar inicio a una actividad que incrementaría los niveles de contaminación del recurso hídrico en la zona, se adoptó a sabiendas de que las personas que la utilizan para su consumo no disponían de ninguna otra alternativa para acceder al líquido, y sin prever ninguna acción concreta para compensar la mayor afectación que se produciría como consecuencia de la construcción y operación del relleno sanitario” (Corte Constitucional, Sentencia T - 294 de 22 de mayo de 2014. M.P.: María Victoria Calle Correa).

Sin embargo, sobre el mismo caso mencionado, llama la atención como en la parte resolutive no se adoptaron medidas concretas para revertir el daño ambiental sobre el recurso hídrico. Aunque en la parte considerativa de la sentencia se dictó la siguiente orden en relación con el derecho fundamental al agua: “Dentro de las medidas de compensación previstas en este Plan de Manejo habrán de incluirse, en todo caso, medidas concretas y concertadas con la población para compensar las afectaciones a sus recursos hídricos y garantizar su derecho al agua potable (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T - 294 de 22 de mayo de 2014. M.P.: María Victoria Calle Correa).

hechos (acciones y/o omisiones) que causan los daños ambientales con el objeto de impedir que se llegue al punto de encontrarnos ante la irreparabilidad del daño. Por consiguiente, los principios de prevención y precaución¹⁸⁶ gozan de vital importancia en esta materia y aún más cuando nos encontramos ante la amenaza de daño, tema tratado en el acápite anterior.

Sin embargo, tal como se ha visto a lo largo de la presente investigación, la violación del derecho fundamental al agua está compuesto por muchos otros elementos, marcados en general por la figura del ECI, que como se vio en el segundo capítulo, su remediación debe estar compuesto por medidas de largo, mediano y corto plazo. En consecuencia, la reparación o restitución del daño ambiental puro o ecológico es solamente uno de los elementos que deberán declararse para remediar las violaciones al derecho fundamental al agua y puede ser analizado con claridad desde un caso en concreto o particular como los ya mencionados.

A pesar de lo expuesto, a nuestro juicio, todo este tema de la violación del derecho fundamental al agua por el ECI va más allá; las medidas de reparación a largo plazo estarían radicadas principalmente en cabeza del órgano ejecutivo y legislativo dado que en el análisis del hecho dañoso visto, arrojó como resultado que es necesario primero, constitucionalizar el derecho al agua, en segunda medida se requiere contar con una ley general de aguas, así como probablemente realizar algunos ajustes en lo que se refiere a la ley 142 de 1994 en lo relacionado con el tema de que en la realidad existe una práctica inconstitucional de exigir la interposición de la acción de tutela para garantizar un mínimo vital de agua en lo que respecta con las empresas prestadoras de servicios públicos; finalmente, tendría el legislativo que ocuparse de los denominados pasivos ambientales¹⁸⁷ que están afectando este derecho fundamental, pero que no

¹⁸⁶ A pesar de que estos principios ya fueron abordados en una anterior oportunidad en el presente trabajo, sobre estos cabe resaltar lo siguiente: “Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el principio de prevención (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C- 703 del 6 de septiembre de 2010. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹⁸⁷ Conviene traer a colación que el Ministerio de Ambiente ha establecido que en Colombia algunos de los pasivos ambientales tienen responsables inminentes, pero existen otros que se podrían considerar “huérfanos” debido principalmente a que a pesar de las leyes o regulaciones que deberían haber sido aplicadas para evitarlos, a los autores no se les exigió su cumplimiento ni tampoco fueron objeto de sanción o se impuso obligaciones para

pueden ser atribuidos a un actor en particular, lo cual no es tan difícil si se parte de antecedentes tan importantes como los del río Bogotá o aquellas declaraciones que van dirigidas a declarar a los ríos como sujetos de derechos con el fin de que las diferentes instituciones que tienen a cargo estas funciones ambientales de protección y preservación realmente ejecuten sus obligaciones.

De igual manera, goza de vital relevancia la adopción de medidas relacionadas con el tema de la eficiencia y eficacia en la ejecución de las funciones ambientales, en especial aquellas que tienen que ver con el control y planificación de las diferentes actividades económicas que hagan uso del recurso hídrico dado que otros de los problemas identificados versaron sobre la priorización que las entidades estatales y privadas deben darle al líquido para el consumo humano¹⁸⁸.

3.3. Recapitulación y Conclusiones: Responsabilidad del Estado por los Daños Ambientales Producto del ECI

En el ámbito internacional podemos encontrar una genuina preocupación y un avance en la construcción de instrumentos que permitan realizar una valoración y consecuente declaración de responsabilidad ante la configuración del daño ambiental; sobre el particular, llama la atención como en dicho escenario y en la jurisprudencia comparada no es nuevo encontrar fallos declarando la responsabilidad de la administración pública por violación específica del derecho

responder por su recuperación. De igual manera, otros pasivos posiblemente se causaron por la ausencia, en su momento, de regulaciones que los previnieran; en ambas situaciones, las entidades promotoras de los proyectos podían ser públicas, privadas o mixtas (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible). Empero, el punto a demostrar aquí es que estos pasivos huérfanos representan un riesgo para la salud humana, para los ecosistemas y en este caso, en especial para las cuencas hídricas y en consecuencia, para el derecho fundamental al agua; hecho que entonces podría explicar algunas de las cifras que se encontraron en el capítulo dos relativos al número de ríos contaminados.

¹⁸⁸ Sobre este tema relacionado con la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de las obligaciones, no debe perderse de vista que dentro del marco de acción para emprender en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como con los demás compromisos que se desprenden de los instrumentos de derecho internacional medioambiental, se encuentra la iniciativa denominada Pacto Global; proyecto que expresamente contempla en su artículo 15 el principio de efectividad, según el cual las partes que se adhieran al Pacto tienen el deber de adoptar leyes ambientales efectivas, garantizar su efectividad, su implementación justa y cumplimiento (traducción propia) (Draft Project “Global Pact for the Environment”, 2017). Sobre este Pacto Global debe decirse que en el momento aún se encuentra en construcción y en discusión, sin embargo éste tendrá el carácter de un convenio o tratado, es decir, con fuerza jurídica vinculante.

fundamental al agua, experiencias que sin lugar a dudas permiten enriquecer y apoyar las ideas que se han desarrollado y que se han materializado en el texto de este trabajo, consistente en la hipótesis de que existe una responsabilidad del Estado Colombiano por la violación del derecho fundamental al agua producto de una falla generalizada y sistemática que constituye básicamente lo que la Corte Constitucional ha denominado como ECI.

En este entendido, se encontró básicamente que el desconocimiento del derecho en comento, en lo que respecta al recurso hídrico, visto como elemento del medio ambiente, configura lo que la doctrina ha denominado daño ecológico o también daño ambiental puro, que como su nombre lo indica, es la evaluación del detrimento o de la lesión despojada de la concepción antropocéntrica y se concentra de manera específica en lo relacionado con el ambiente. Adicionalmente, de esta valoración también se encontró que esta violación constituye el daño ambiental consecutivo o impuro que genera los denominados perjuicios tradicionales. En consecuencia, el caso que analizamos da lugar a hablar de la bifurcación de dos daños diferenciados producto del hecho dañoso constituido por la violación del derecho al agua.

Ahora bien, una vez analizados los daños básicos que se pueden configurar por vulnerar el derecho fundamental al agua y decimos básicos porque tal como se explicó en el capítulo dos de esta investigación, el ECI y los deberes que involucra en sí el derecho fundamental al agua pueden configurar unos eventos que no se enmarcan en el área de la responsabilidad civil del Estado, sino que las fallas o hechos que este estado de cosas genera puede involucrar responsabilidades de tipo disciplinario y fiscal, en especial en lo relativo a la ejecución de los recursos públicos para la construcción de los acueductos y alcantarillados o en general respecto de los dineros del Sistema General de Participaciones que deberían ser ejecutados para los temas específicos de agua y saneamiento básico, hechos que nos conducen a establecer que si bien es cierto el Estado Colombiano tiene los recursos y, en términos generales, cuenta con las herramientas e instrumentos para cumplir con las obligaciones que se derivan del derecho al agua, al final no se cumplen y se han visto permeados por la ineficiencia e ineficacia en el cumplimiento de sus funciones; esto se ve no solamente en el tema de la ejecución de los recursos públicos y demás obras que devendrían en consecuencia de éstos, el tema aquí también se refleja en lo correspondiente a las competencias de las autoridades administrativas en general

que tiene a cargo la protección, conservación y planificación de los recursos naturales y que han generado afectaciones a las cuencas hídricas.

Todo este panorama nos lleva a un tema de vital importancia, el cual es el elemento de la responsabilidad concerniente a la imputación. En lo que respecta con este elemento, tal como se desprende de lo descrito, impide hablar concretamente del nexo causal entendido como el fenómeno físico de causa y efecto, porque de acuerdo a como se han materializado los daños, estos responden a varios agentes, incluso pueden hablarse que estos se han materializado en el tiempo, es decir, que aquí se ven reflejadas precisamente esas especiales características que tienen los daños ambientales (ecológicos o puros y los consecutivos o impuros) y obedecen básicamente a una omisión de las autoridades. Es decir, que en este caso nos encontramos ante la materialización de unos daños porque el Estado Colombiano ha dejado de hacer y ha dejado pasar.

En este orden de ideas, ante los daños causados por omisión, la doctrina enseña que es inocuo¹⁸⁹ examinar la causalidad material, por lo que debe pasarse a un segundo grado de atribución que es la imputación jurídica, la cual claramente se ve concretada toda vez que, como se explicó y se estudió detalladamente en el primer capítulo del presente documento, el Estado Colombiano tiene obligaciones concretas que se derivan del Derecho fundamental al agua, las cuales se encuentran no solamente en el ámbito internacional a través de los diferentes tratados y en especial, en la Observación General No. 15, sino que por el contrario éstas han sido desarrolladas y explicadas a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Aunado a lo anterior, es importante destacar que también se encuentran otras obligaciones específicas para el Estado en lo que respecta a la protección del medio ambiente; en general puede decirse que existe un marco constitucional y legal.

Adicionalmente, sumado a todo este análisis del marco de obligaciones que componen y que intervienen frente al derecho que se estudia, deviene un tema de vital importancia que son los deberes positivos del Estado, los cuales se concretan básicamente en dos elementos; uno es

¹⁸⁹ Sobre el tema de la causalidad material y jurídica, puede estudiarse a Patiño en “El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad”.

precisamente que esta posición de los deberes positivos del Estado se materializan en lo que se conoce como la dimensión objetiva que tienen los derechos fundamentales, es decir, que no basta con que el Estado se abstenga de afectar el derecho sino que por el contrario recae sobre este ente la obligación de aplicar acciones, es decir, tiene obligaciones de hacer o deberes prestacionales. Ahora bien, con un carácter similar, como se anunció *ut supra*, estos deberes positivos también se derivan de las obligaciones establecidas en el citado marco constitucional y legal¹⁹⁰.

Ahora bien, como se ha podido verificar cuando se realizó el estudio de todos y cada uno de los elementos que conforman el ECI, el Estado Colombiano, sus instituciones, sus funcionarios han incumplido con sus deberes. Recuérdese precisamente que la definición misma de esta figura entraña una falla sistemática, crónica y generalizada que pone en evidencia una distorsión de la realidad frente al sistema normativo y que indica que el cumplimiento de los deberes se encuentra en un plano meramente formal. En otras palabras, se configura el título de imputación de falla en el servicio, el cual consiste en una omisión de las autoridades en la ejecución de sus deberes. Sin embargo, aquí es importante hacer claridad que para declararse una responsabilidad por omisión, específicamente por falla, debe demostrarse que el Estado pudiendo haber cumplido, no lo hizo, esto partiendo de la premisa que no puede exigirse lo imposible.

En este orden de ideas, claramente nos encontramos ante un ente que podía cumplir con sus obligaciones; debemos partir aquí que contamos con un sistema normativo que contiene unos deberes claros y exigibles, existe la disponibilidad presupuestal (verbigracia el Sistema General de Participaciones), se encuentran instituidas varias organizaciones o entidades públicas sobre las cuales recaen las funciones objeto de reproche, además de que la descentralización conlleva a que desde la misma constitución se impusieran unos deberes a las administraciones locales en lo referente al cuidado, planificación y conservación de los recursos naturales. Sin embargo, como

¹⁹⁰ Para complementar este punto referente al fundamento de la imputación por la existencia de deberes jurídicos positivos en relación con el ambiente pero que también son aplicables al derecho fundamental al agua cabe resaltar la sentencia de la Sección Tercera, del 30 de enero de 2013, M.P.: Dra. Stella Conto, en la cual se expresó “ (...) A su vez, nuestra Constitución Política le dio dimensión positiva a la protección del ambiente, lo cual se proyecta en los siguientes aspectos: (i) deber abstracto de protección en cabeza del Estado y de los particulares; (ii) derecho a gozar del mismo a favor de todo ciudadano; (iii) deber concreto a cargo del Estado en la existencia y prestación del servicio público de saneamiento ambiental, o desde la protección del ambiente como servicio público propiamente dicho y (iv) deber concreto que impone al Estado ejercer una función precautoria, preventiva, represora y de limitación, especialmente de la propiedad y de la libertad económica (...)”.

bien se establece en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, en los cuales se encuentra en conflicto el recurso hídrico, estamos ante un Estado Paquidémico¹⁹¹ que ha sido incapaz de materializar sus obligaciones, pudiendo hacerlo. De igual manera, y para finiquitar este reproche, no puede olvidarse que el mismo constituye la antijuridicidad de los daños que se alegan configurados por el ECI dado que la sociedad no tiene el deber de soportarlos¹⁹².

Ahora bien, en este contexto no puede dejarse de lado, que los particulares han sido en algunos casos los causantes del daño, es decir, ha sido posible establecer frente a estos el nexo causal y también la consecuente atribución jurídica, a pesar, como se ha mencionado, de la dificultad que ofrece el establecimiento de estos elementos de la responsabilidad debido a sus especiales características a las que ya se ha hecho mención. Sobre este particular, pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional como la T- 733 de 2017 y la sentencia T – 294 de 2014. En este entendido, recuérdese que Henao explica que las acciones constitucionales, como la acción de tutela, son verdaderas acciones de responsabilidad.

¹⁹¹ En la conocida sentencia sobre la contaminación del río Bogotá, el Tribunal se preguntó: “¿Existe un subdimensionamiento del aparato estatal y un excesivo gasto burocrático con la creación de las CAR, en cuanto no existe articulación ente las políticas de aquellos con la ejecución de las funciones que a estas les corresponden ? (...) ¿ Es una falacia del Estado burocrático y paquidémico, la dualidad de entes, bajo la justificación de asignación de las políticas a unos y la ejecución de las mismas a otros ?” (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia No. AP - 01-479 del 25 de agosto de 2004. M.P.: Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda).

Adicionalmente, sobre esta inactividad del Estado y sus correspondientes instituciones llama la atención como la Corte desde el año de 1999 – en un caso concerniente a la degradación de la cuenca hídrica del SINÚ- expresa que: “ (...) resulta más preocupante para esta Corporación, es que el cambio de la Constitución Nacional por la Carta Política de 1991 no se reflejó en la actividad que cumplen las autoridades de los catorce municipios de la hoya hidrográfica y las del Departamento de Córdoba, para quienes parece no existir el deber social del Estado (C.P. art. 2), consagrado como principio fundamental y obligación de éste y de los particulares en el artículo 8 Superior, de proteger las riquezas naturales de la Nación. Esas autoridades no sólo han permitido la desecación de los cuerpos de agua y la apropiación particular de las áreas secas resultantes, sino que en muchos casos las han promovido y financiado (...) De esa manera, se puede afirmar que en la cuenca del Sinú se presentan conflictos de conservación del orden de magnitud 1, o sea de transformación total -cuando hay desaparición o cambio fundamental de sus características-, y del orden 2, o de perturbación severa -cambios en las funciones ambientales-, en un área de humedales que representa el tres por ciento (3%) del total de los identificados a nivel nacional por el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T- 194 de 25 de marzo de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz).

¹⁹² Sobre este particular, Patiño ha expresado: “El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado; por tal motivo es imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: 1) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; 2) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento (...)” (Patiño, 2015, p. 169).

Finiquitando este tema relativo a la imputación jurídica, en relación a los daños ambientales, es importante resaltar aquellas teorías que han sido utilizadas para atribuirle responsabilidad al ente estatal, como por ejemplo en los casos de aspersiones áreas con glifosato, las cuales se traen a colación porque resultan útiles para cuando se deba realizar el análisis de causalidad y de imputación por daños al recurso hídrico y por consiguiente al derecho al agua (daños ambientales impuros), con el fin de que se declare la responsabilidad y la consecuente reparación de perjuicios tradicionales, la cual puede ser perfectamente llevada a cabo ante una acción popular, una acción de tutela, acción de grupo e incluso una acción de reparación directa. En ese sentido, se encuentra entonces que en la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha construido varias teorías con el fin de aminorar la carga de probar este elemento, resumidas de la siguiente manera¹⁹³:

- En sentencia del 30 de enero de 2013, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la parte demandada insistía en la falta de prueba técnica o científica que demostrase que los daños causados al predio del demandante habían sido ocasionados por las fumigaciones de glifosato realizadas el 26 de abril de 1999 por la Policía Nacional en el Municipio Belén de los Andaquíes.

En este evento, el Consejo de Estado consideró que no obstante la ausencia de una prueba técnica que demostrase la existencia de un vínculo de causalidad directo entre la aspersión aérea del glifosato y la destrucción del cultivo de caucho, se tenía por probado este elemento por cuanto: **“en el expediente reposan elementos de juicio que permiten inferir razonablemente que la aspersión aérea de glifosato generó daño en el predio de los demandantes y afectó el medio ambiente”** (subrayado por fuera del texto).

- En la sentencia del 20 de febrero de 2014 de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, afirmó “(...) la Sala que si bien dentro del material probatorio analizado no obra una prueba directa, como lo es un dictamen pericial, que acredite la

¹⁹³ Los argumentos respecto de las diferentes teorías sobre el nexo causal que se citan fueron extraídas de la capacitación dictada por el Dr. Julio Cesar Rodas Monsalve en su conferencia denominada “Responsabilidad Jurídica por Daños Ambientales” para la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en Asociación con Fundepúblico en el Seminario de formación para aplicación de la justicia en asuntos ambientales, 2019.

repelida relación causal, **el daño antijurídico le es imputable al Estado por la estructuración de una causa altamente probable deducida indiciariamente**. Por consiguiente se tuvo por probado que la actividad de erradicación de cultivos ilícitos produjo de manera colateral la muerte del cultivo de lulo, lo cual se materializó en perjuicios en cabeza del demandante” (destacado por fuera del texto).

- En sentencia del 2 de mayo de 2016, la Subsección B de la Sección Tercera dio por probado el nexo de causalidad entre la aspersión aérea y la muerte de los alevinos del demandante, aunque no existía certeza sobre el día en que fue realizada la aspersión aérea, ni tampoco constara un estudio científico que demostrara que el deceso de los alevinos se debía al uso del plaguicida, a través del siguiente análisis: **“Si bien es cierto que en el plenario no obra un dictamen científico-técnico que confirme que la muerte de los alevinos de cachama se produjo por los efectos nocivos de la fumigación de los cultivos ilícitos cerca al predio, la Sala considera que las pruebas documentales y testimoniales allegadas al expediente permiten concluir, sin hesitación, que fue la aspersión aérea del herbicida glifosato la causa material del daño sufrido por el señor Leonardo Fabio Jaramillo Arango”** (destacado por fuera del texto).

Lo anterior nos permite concluir que en materia de daños ambientales, tal y como se explicó en este capítulo, se rompe la idea de las teorías tradicionales propias de la responsabilidad extracontractual, pues tratándose de la lesión ambiental, a nuestro juicio sean puros o ecológicos, no se requiere y tampoco el juez de conocimiento exige una prueba directa del nexo causal. Así por lo visto, pueden aplicarse varias figuras para dar por probado estos elementos, en el caso específico de la causalidad se hace un énfasis en el tema de los indicios y en las inferencias razonables (Rodas, 2019).

Finalmente para concluir este capítulo necesariamente debemos referirnos a las medidas de reparación que según se vio deberán tender primordialmente a la reparación innatura cuando ello sea posible y demás medidas secundarias mencionadas, además cabe resaltar que no puede perderse de vista la importancia de la prueba técnica en tanto “dicha reparación debe estar sujeta, de nuevo a conceptos científicos y técnicos y atender conceptos como asimilación y

transformación” (Briceño, 2017, p. 896). Sin embargo, tal y como se ha visto, cuando se está frente a un ECI las medidas a adoptar son las que se llaman complejas y que en este caso están mucho más allá que la coordinación de unas pocas entidades, lo que aquí verdaderamente se requiere es la adopción de unas reales medidas desde la rama legislativa.

CONCLUSIONES

Primera. La fórmula del Estado Social de Derecho conlleva a la introducción de un catálogo de garantías, así como una serie de principios y fines esenciales del Estado cuyo objetivo principal es asegurar el goce y efectiva protección de los derechos fundamentales. En este sentido, la novedad radica en la incorporación de los conocidos Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro de los cuales se destaca la preponderancia del medio ambiente, lo cual ha implicado, incluso que actualmente se hable de una Constitución ecológica, dado que en ella se reconoce la importancia de este bien jurídico y además, gracias a los pronunciamientos de la Corte Constitucional se ha fortalecido la vocación medioambiental del articulado de la Carta Magna conllevando a una evolución del derecho ambiental y en consecuencia a un cambio de visión, por lo que actualmente se considera que estamos ante un paradigma conocido como ecocentrismo.

Ahora bien, lo anterior conlleva a manifestar que no se trata solamente de contar en nuestro ordenamiento jurídico con una enunciación o declaración formal de un listado de derechos, el punto es que la fórmula obliga a un cumplimiento efectivo de los fines sociales del Estado, el cual es la protección y goce de los derechos fundamentales, siendo incluso esta tarea un tema de legitimidad. En este entendido, de estos postulados constitucionales se desprende la carga positiva del Estado, es decir, la obligación real de las autoridades de cumplir con sus deberes y asegurar el disfrute de esos derechos, y en consecuencia un escenario en el cual la administración pública debe ejercer su actividad con eficiencia y eficacia, cumpliendo las competencias legales y constitucionales que le son asignadas. Sobre este punto, cabe también mencionar que este deber se agudiza en materia ambiental, si partimos de los principios y compromisos medioambientales de derecho internacional y de la citada constitución ecológica; sobre este particular, recuérdese por ejemplo el principio de efectividad que ha instituido el Pacto Global, según el cual es obligación de los Estados garantizar la efectividad de las normas ambientales y asegurar su implementación y cumplimiento.

Cabe aclarar que dichas obligaciones no solamente se encuentran constituidas a favor de aquellas garantías enunciados en la Carta Política, sino que por el contrario, gracias al trabajo de la Corte Constitucional; y, como máximo intérprete de la constitución ha expresado que también hacen parte del catálogo de derechos aquellos que cumplan con los criterios que se han desarrollado en su jurisprudencia, así como algunas otras pautas expuestas por la doctrina. Así, dentro de estas teorías para identificar un derecho como fundamental cabe destacar el denominado bloque de constitucionalidad, los criterios de conexidad y de inherencia a la persona, permitiendo esta interpretación, que ostenten la calidad de fundamental otros derechos no enunciados en ese texto, como es el caso del acceso al agua.

Segunda. En lo que concierne al derecho al agua dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puede afirmarse que es una garantía que no se encuentra dentro del catálogo de derechos fundamentales escritos en la Carta Política, por lo que ostenta la categoría de ser innominado, ingresando principalmente a nuestro ordenamiento jurídico por el bloque de constitucionalidad, dado que es una garantía que proviene del derecho internacional, siendo la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el mayor instrumento que lo reconoce. La evolución de lo que hoy se conoce como el derecho fundamental al agua en el orden Colombiano fue producto de toda una línea jurisprudencial realizada por la Corte Constitucional; a través de diferentes pronunciamientos, hoy se tiene establecido con claridad el contenido del derecho, así como las obligaciones que se desprende de éste tanto para el Estado Colombiano como para los particulares. Por consiguiente, nos encontramos ante un derecho exigible que permite acudir ante las instancias judiciales para efectos de lograr su protección y efectividad.

En este orden de ideas, los primeros pronunciamientos que tutelaron el acceso al agua se fundamentaron bajo los criterios de «conexidad» y de «inherente a la persona», es decir, por la estrecha relación de esta garantía con derechos expresamente consagrados en la Constitución como son el saneamiento, el derecho a gozar de un medio ambiente sano, el derecho a la vida, a la salud y la dignidad humana. Posteriormente, esta posición evoluciona hasta el punto de contemplar el acceso al agua como fundamental cuando está destinado al consumo humano.

Sobre dicha evolución, que en este trabajo se denominó como un segundo momento jurisprudencial, la Corte Constitucional emite una serie de decisiones que aparte de considerar el acceso al agua como un derecho autónomo, desentrañan su contenido, es decir, explica los elementos de disponibilidad, calidad y accesibilidad. Además, les otorga a estos componentes del derecho fundamental la categoría de obligaciones, detallando aquellas de cumplimiento, de protección y de respeto. Así por ejemplo, en lo que concierne al deber de «respetar», involucra la no interferencia u obstaculización del acceso al agua, concretamente de no emprender prácticas que contaminen el agua, limitar o reducir la infraestructura o los servicios de suministro del líquido; respecto del deber de «proteger» y «cumplir» se concreta en que el Estado debe regular el comportamiento de terceros, ya sea de los individuos, de las empresas o de otros entes estatales, de tal forma que se impida a estos grupos menoscabar el disfrute del derecho e involucra el deber de adoptar las políticas y medidas que satisfagan la garantía.

Tercera. El derecho humano al agua es un elemento de vital importancia para la supervivencia del ser humano y de la vida en general, tiene la característica de ser transversal en tanto repercute en el orden biológico, económico, social y cultural por lo que también se encuentra ligado indiscutiblemente a derechos de vital importancia como la vida, la salud, la integridad física, el medio ambiente y en general con el derecho a la dignidad humana. Por consiguiente, su garantía requiere diversas acciones o estamentos del Estado, verbigracia se requiere como mayor instrumento para su garantía, más no el único, contar con una infraestructura de acueducto y alcantarillado, protección de las fuentes hídricas como ríos, manantiales y en general de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con este recurso, requiere así mismo que la población cuente con información y en general todos aquellos deberes que se derivan de las obligaciones de disponibilidad, calidad, accesibilidad.

Cuarta. Sobre el grado de cumplimiento del Estado Colombiano en cuanto al derecho al agua se encontró que requiere acciones urgentes para su real y efectivo cumplimiento, en tanto la violación de sus obligaciones ha llegado a tal punto que puede hablarse de un ECI en esta materia; un detallado análisis de los elementos que ha impuesto la Corte Constitucional permiten declarar la existencia de esta figura, y sin lugar a dudas, cada uno de estos requisitos se

encuentran configurados frente a la garantía en comento, faltando únicamente su declaración formal por la citada Corporación.

De esta manera, cabe resaltar las siguientes fallas de las obligaciones que se derivan del derecho al agua: el grado de contaminación de las principales cuencas del país con sustancias peligrosas como mercurio y otros metales pesados, además de residuos domésticos e industriales; los indicadores sobre la calidad del agua para consumo humano muestran que existe un alto porcentaje de la población consumiendo agua no apta; el consumo de agua no potable conlleva a afectaciones de la salud e incluso de la vida de los habitantes; la baja y en algunos casos la nula cobertura en materia de acueducto y alcantarillado para el área rural, hecho que ha sido una constante desde hace más de 20 años; fallas en las administraciones locales en lo que respecta a acueducto y alcantarillado, materializándose esto en la inexistencia de dicha infraestructura o las fallas en su funcionamiento; gran cantidad y dispersión de normas relativas al manejo de aguas y en general de las funciones ambientales que tienen las diferentes autoridades, lo cual conduce a la ineficiencia e ineficacia en materia de manejo del recurso hídrico como de las demás riquezas naturales, y finalmente, la falta de constitucionalización del derecho humano al agua.

Lo anterior, conlleva a establecer con claridad que tales hechos están vulnerando todas y cada una de las obligaciones que tanto la Corte Constitucional ha determinado a lo largo de su línea jurisprudencial (deberes de protección, respeto y cumplimiento) respecto del contenido de esta garantía, la cual abarca la disponibilidad, calidad y accesibilidad. Así como de aquellos deberes y compromisos instituidos en los convenios internacionales que contemplan el derecho al agua.

Quinta. De acuerdo a lo anterior y en concordancia a lo que se ha expuesto en el presente trabajo, se concluye en un primer momento que las violaciones del derecho al agua reportadas configuran lo que la doctrina ha denominado daño ambiental, constituido por los dos tipos de daños diferenciados que abarca esta tipología; esto es, un daño ecológico o ambiental puro, compuesto por las lesiones al ecosistema y en especial por la contaminación al recurso hídrico, y aquel que se encuentra constituido en detrimentos de patrimonios individuales causando los conocidos perjuicios tradicionales, los cuales se enmarcan en lo que se conoce como daño ambiental

impuro o consecutivo. Sin embargo, es importante anotar que en materia de responsabilidad, este tipo de daños revisten de dificultad tanto para su declaración como en lo relacionado con su atribución, debido principalmente porque dependen de pruebas técnicas y científicas que puedan determinar si se ha sobrepasado los límites permisibles y en consecuencia si se ha configurado el daño ambiental; lo anterior aunado a los eventos en que todavía no se está ante un daño materializado sino ante la amenaza de daño, lo cual requiere una interpretación extensiva de la «certeza» del daño, evento que abre la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad.

Adicionalmente, puede encontrarse que este tipo de daños podrían ser causados por diferentes agentes incluso configurados en un periodo de tiempo difícil de determinar. En consecuencia, la imputación jurídica ha obedecido prácticamente a una flexibilización de la carga de la prueba, marcado por los indicios e inferencias razonables, además del uso del principio de precaución, criterio que también coadyuva en esta materia, en la cual la relación causa y efecto no está clara pero que se justifica la declaración de responsabilidad con el fin de proteger el bien jurídico.

Sexta. En el caso concreto de la violación del derecho al agua, la atribución de los daños obedecería principalmente a la carga de la obligación positiva del Estado respecto de los deberes que se desprenden de este derecho como de aquellos relativos al medio ambiente, los cuales se encontraron precisamente desconocidos; incumplimiento de competencias por múltiples autoridades a nivel nacional, regional y local, además en términos generales desconocimiento de obligaciones y de las condiciones del ordenamiento jurídico en materia de protección, conservación y aprovechamiento de los recursos, en especial del agua. Ahora bien, en cuanto a las medidas de reparación que deberían adoptarse en este caso, se encuentra que están marcadas en primer lugar por la procura de la reparación innatura, es decir, que se debe priorizar el restablecimiento del equilibrio ecológico. En segundo lugar, cuando sea imposible restaurar el bien ambiental dañado, se encuentran las denominadas medidas de equivalencia y las complementarias. Sin embargo, es relevante mencionar que este no es un tema resuelto en tanto las medidas mencionadas son solo algunas de aquellas soluciones posibles en estos casos, verbigracia en la jurisprudencia internacional pueden encontrarse otras fórmulas en cuanto a reparación de daños ecológicos y en especial, en los casos de contaminación hídrica.

Séptima. Algunas de las violaciones al derecho al agua que se evidenciaron trascienden las categorías que comprenden los daños ambientales (puros y ecológicos) dado que ante el escenario de ECI el cual es una herramienta que evidencia una falla generalizada, grave, crónica y sistemática de la Carta Política da lugar a que deban dictarse medidas complejas, lo cual no solamente porque sea propio de esta figura que se declaren órdenes de esta naturaleza, sino porque también desde el punto de vista de los derechos humanos/fundamentales el Estado está en la obligación de adoptar medidas de no repetición y por consiguiente, garantías de que no se presenten nuevamente los hechos que dan lugar a la acción de responsabilidad.

En este sentido, si bien en los casos de contaminación del recurso hídrico proceden las medidas de restauración o cualquier otra alternativa que se contemple como conveniente para restaurar el daño ecológico, a nuestro juicio estas no serían trascendentes o suficientes, en tanto que la raíz del problema radica en la ineficiencia de las autoridades públicas, pero también en las fallas del orden normativo. En consecuencia, se vislumbra necesario que se dicten órdenes complejas como aquellas relativas a exigir a la rama ejecutiva y legislativa, para efectos de obtener una reparación de fondo a las cuestiones aquí planteadas, la expedición de una ley de aguas y la constitucionalización del derecho en comento. Sobre la primera medida, su justificación se encuentra en que la regulación de las aguas (derecho de aguas) constituye el principal presupuesto para la planificación hidrológica; tema que involucra la protección del recurso y del medio ambiente, remedia la dispersión y la enorme cantidad de normas que actualmente regulan lo pertinente, lo cual contribuye a la superación de la ineficiencia en esta materia. En consecuencia, si se refuerza la protección medioambiental, mediante la gestión adecuada del recurso se está también garantizando el acceso al agua, por lo que esta regulación constituye una herramienta para garantizar la efectividad del derecho fundamental bajo estudio.

Ahora, en lo concerniente a la necesidad de constitucionalizar el derecho se acredita bajo el entendido de que este hecho reforzaría la idea de que el acceso a agua potable no es solamente una aspiración moral sino que por el contrario dejaría por fuera de cualquier duda su exigibilidad conllevando precisamente que el Estado lleve a cabo todas las acciones que se requieran para superar el ECI.

Octava. Ahora bien, lo expuesto anteriormente conlleva a que se formulen varias preguntas tales como: ¿en una acción de reparación directa ante un escenario como el planteado puede el Juez administrativo, en el cual se busca reparar un daño ambiental impuro ordenar medidas macro dirigidas a que el legislador expida la citada ley de aguas o incluso, yendo más allá, la orden de reformar la constitución para contemplar esta garantía como fundamental ?. De igual manera, frente al mismo escenario anterior pero ante lo relativo a una acción de tutela o popular ¿podría en estos casos el juez constitucional, en el evento de encontrar probado un daño ambiental impuro, garantizar la consecuente reparación y en igual sentido, ordenar medidas macro que involucran funciones del legislador y de la rama ejecutiva ?.

Las respuestas a estos cuestionamientos dan lugar a proponer que del presente trabajo se puedan desarrollar diferentes líneas de investigación encaminadas a proyectar con detalle dichos planteamientos, los cuales pueden involucrar aspectos procesales y probatorios que no se abarcaron en la presente investigación, pero que se consideran importantes para ampliar el conocimiento en el instituto de la responsabilidad del Estado por vulneración del Derecho al Agua.

Novena. No debe perderse de vista que la propuesta que se ha planteado en este trabajo referente a una responsabilidad patrimonial del Estado por desconocer los deberes que involucra el derecho al agua y los consecuentes daños producto de dicha falla en comento, pueden ser consideradas como una novedad en el ámbito interno, e incluso ser susceptible de muchas críticas por los temas vistos en el punto anterior, también es cierto, que en el ámbito internacional se encuentran algunos antecedentes interesantes que refuerzan los argumentos expuestos. En este orden de ideas, se encuentra por ejemplo en específico lo expresado por *Mitré* y la jurisprudencia del derecho comparado, en las cuales se viabilizan las medidas que estos tribunales adoptaron con la finalidad de dar efectividad a esta garantía después de haber sido declarado la responsabilidad ante la CIDH, por ejemplo el caso de las repúblicas de Paraguay y Argentina. En este primer caso, se ordenó la creación de un fondo de carácter económico para que se lleven a cabo medidas de suministro de agua y, en el segundo evento, se viabiliza una afectación a la salud por suministrar líquido contaminado, conllevando a que se impusiera la obligación de proveer una cantidad mínima diaria por persona, además de la realización de

medidas a largo plazo concernientes a la construcción de una planta de potabilización y tratamiento de aguas.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Europea del medio Ambiente. (2002). *Lecciones tardías de alertas tempranas: el principio de cautela, 1896 - 2000*. Dinamarca.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2002). Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos. *Observaciones y recomendaciones generales de los organos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Bogotá.

Amaya, N. O. (2016). *La Constitución Ecológica de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. (2000). Recuperado el 2019 de 05 de agosto, de Resolution 54/175: <http://derechoalaalimentacion.org/wp-content/uploads/2012/08/AG-54-175-derecho-al-desarrollo.pdf>.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2017). Recuperado el 1 de 05 de 2019, de Resolución A/71/L.75. Labor de la Comisión de Estadística en relación con la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: http://ggim.un.org/documents/A_Res_71_313_s.pdf.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.

Bernal, P. C. (2014). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, P. C. (2015). Derechos Fundamentales. En J. L. Fabra Zamora, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen dos*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Bernal, P. C. (2018). *Derechos, Cambio Constitucional y Teoría Jurídica* . Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid : Debate.
- Bockenforde. E. (1994). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden. Traducción de Juan Luis Requejo Páges e Ignacio Villaverde.
- Bohórquez, R. L. (1999). *La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por daños ambientales*. Obtenido de Vlex : <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3772/#/vid/231806>.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Brewer, A., & Santofimio, J. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado* . Universidad Externado de Colombia.
- Briceño, M; Koteich, M & Robayo, W. (2016). Daños punitivos y responsabilidad civil por daños al medio ambiente en el sector minero. En J. C. Henao, *Minería y Desarrollo - Tomo II - Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Briceño, Chávez. A. (2017). *Responsabilidad y protección del ambiente. La obligación positiva del estado*. Bogotá. Universidad Externado de colombia.
- Burgos, M. S. (2008). Pasivos ambientales: una deuda acumulada. En *Lecturas sobre derecho del medio ambiente Tomo VIII* (págs. 133 - 163). Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

- Bustamante, P. G. (2011). *Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas. Monografía para optar al título de Magister en Estudios Políticos*. Obtenido de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/1617/BustamantePenaGabriel2011.pdf;jsessionid=1ECACF45997BABC3FF2D8AAA63F90807?sequence=1>.
- Camargo, D. M. (2012). Analisis economico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia: El papel de los incentivos, la acción colectiva y la provision de bienes públicos. *CON-TEXTO · Revista de Derecho y Economia*.
- Cambio para construir la Paz 1998 - 2002. (s.f.). Recuperado el 7 de julio de 2019, de Fortalecimiento de la infraestructura Social: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/Pastrana2_Fortalecimiento_Infraestructura.pdf f.
- Cárdenas, B. R. (2011). *Contornos jurídico - fácticos del estado de cosas inconstitucional*. Bogotá, Colombia: Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Cárdenas, B. R. (2016). *Del estado de cosas inconstitucional [ECI] a la formulación de una garantía transubjetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chile, S. R.-2. (s.f). *Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Red DESC*. Obtenido de Caso Pascual Lama: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2014/caso-pascua-lama>.
- Chinchilla, H. T. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales ?* Bogotá: Temis S.A.
- Comisión Económica para Europa.(1991).*Convenio Sobre La Evaluación Del Impacto Ambiental En Un Contexto Transfronterizo*. Obtenido de

<https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontexts/ish.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe Anual Capítulo IV.A "Acceso al agua en las américas una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano"*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf>.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (14 de mayo de 1999). Observación General No. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11). Ginebra, Suiza.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (s.f.). Observación General No. 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Comité Internacional de La Cruz Roja. (1949). Recuperado el 1 de 05 de 2019, de IV. Convenio de IV Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>.

Comité Internacional de La Cruz Roja . (1949). Recuperado el 12 de 05 de 2019, de Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>.

Comité Internacional de La Cruz Roja . (1977). Recuperado el 1 de 05 de 2019, de Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>.

Conferencia de Jueces y Fiscales sobre Justicia Hídrica en el 8° Foro Mundial del Agua en Brasilia (Brasil). (marzo de 2018). *Brasília Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica** (Declaración de 10 Principios). Obtenido de

https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasilgia_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation.pdf.

Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente - CIAMA. (1992). Declaración de Dublín sobre el agua y desarrollo sostenible. Dublín: <http://appweb.cndh.org.mx/derechoagua/archivos/contenido/CPEUM/E1.pdf>.

Congreso de Colombia. Ley 1892 del 11 de mayo de 2018. *"Por medio de la cual se aprueba el convenio de Minamata sobre el Mercurio"*.

Congreso de Colombia. Ley 23 de 19 de diciembre de 1973 "Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones."

Congreso de Colombia. Ley 99 de 22 de diciembre de 1993 "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones."

Congreso de la República. Ley 1437 de 18 de enero de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

Contraloría General de la República.(2018).*La Guajira: revisión de la situación en Agua Potable y Saneamiento Básico*. Recuperado el 8 de julio de 2019, de <https://www.contraloria.gov.co/documents/463406/1185469/Bolet%C3%ADn+Macrosectorial+No.+018.pdf/fdd07c00-6270-4df1-aaf0-dcf87661f1f2?version=1.0>.

Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES. (2018). Recuperado el 25 de Mayo de 2019, de Documento CONPES 3918. Estrategia para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en Colombia: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3918.pdf>.

Defensoria del Pueblo.(2014).*Crisis humanitaria en la Guajira 2014: Acción integral de la Defensoria del Pueblo en el Departamento*. Bogotá: Defensoria del Pueblo.

Defensoria del Pueblo.(2012). *Avance del derecho humano al agua en la constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales 2005 - 2011*.Bogotá.

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas. (26 de marzo de 2019). *Naciones Unidas* . Obtenido de https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml.

Departamento Nacional de Planeación.(s.f.).*Departamento Nacional de Planeación - DNP*. Recuperado el 7 de julio de 2019, de Planes Nacionales de Desarrollo anteriores : <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND2010-2014%20Tomo%20I%20CD.pdf>.

Departamento Nacional de Planeación - DNP.(s.f.). *Departamento Nacional de Planeación* . Recuperado el 7 de 7 de 2019, de Planes Nacionales de Desarrollo Anteriores : <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND.pdf>.

Departamento Nacional de Planeación.(26 de septiembre de 2016). *Departamento Nacional de Planeación*. Obtenido de También tenemos que hacer la paz con la naturaleza porque el mercurio sigue causando estragos”: Simón Gaviria Muñoz: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/%E2%80%9CTambi%C3%A9n-tenemos-que-hacer-la-paz-con-la-naturaleza-porque-el-mercurio-sigue-causando-estragos%E2%80%9D-Sim%C3%B3n-Gaviria-Mu%C3%B1oz.aspx>.

Departamento Nacional de Planeación. (28 de Noviembre de 2016). *Evaluación de operaciones de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, que mida la capacidad con la que cuentan para lograr sus objetivos y proponer acciones de mejora para el fortalecimiento integral de las mismas*. Recuperado el 6 de julio de 2019, de https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Sinergia/Documentos/CAR_Producto_4_Informe_Resultados_v20161128.pdf.

Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). *DNP*. Recuperado el 7 de Julio de 2019, de Todos por un Nuevo País 2014 - 2018 : <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>.

Derechos Humanos. Manual para Parlamentarios. No. 8 - 2005. (2005). *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. . Recuperado el 16 de mayo de 2019, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7505.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7505>.

Draft Project “Global Pact for the Environment”. (2017). Obtenido de <https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/draft-project-of-the-global-pact-for-the-environment.pdf>.

Embid Irujo & García, M. d. (2016). *Reflexiones sobre el derecho de aguas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Embid Tello, A. (2010). *Precaución y Derecho: El caso de los campos electromagnéticos*. Madrid: Iustel.

Estrada, A. J. (1998). *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Estrada, A. J. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Estrada, A. J. (s.f). Los derechos fundamentales como objeto protegido de la acción de tutela. Una aproximación a la luz de la jurisprudencia constitucional colombiana.

Ferrari, V. (2014). *Funciones del Derecho*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

- Ferreira., A. P. (2017). La dimensión Socioambiental del Estado de Derecho. 14(28).
- Gafner, R. C & Montes, C. C. (2016). El uso del mercurio en la minería artesanal en Colombia. En J. C. Henao, *Mineria y Desarrollo: Medio Ambiente, Desarrollo Sostenible en la actividad minera*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Gafner, R. C. (2018). La contaminación hídrica por mercurio y su manejo en el derecho colombiano. En *tratado de Derecho de Aguas, Tomo I: Derecho de Aguas Colombiano para el Siglo XXI* (págs. p.241 - 283). Bogotá: Universidad Externado.
- Garavito, C. R. (2010). *Más alla del desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- García, A. (2008). *El derecho humano al agua*. Madrid: Trotta.
- García, Pachon M.(2017).*Régimen Jurídico de los Vertimientos en Colombia*.Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gil, B. E. (2015). Concepto de regulación y responsabilidad del Estado. En J. C. Henao, *La responsabilidad Extracontractual del Estado* (págs. 389 - 412). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Granados, M. B. (2010). Las acciones populares y de grupo en el derecho comparado. *Civilizar*, 24 - 41.
- Gutiérrez, G. N. (1989). *La responsabilidad civil en la era tecnológica* . Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Guzmán, L. F. (2017). *El activismo judicial y su impacto en la construcción políticas públicas ambientales: Análisis de caso en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guzmán, L. F. (2018). *Blog Departamento de Derecho del Medio Ambiente. Universidad Externado de Colombia*. Obtenido de Medio Ambiente y acceso a la justicia: ¿Son los tribunales ambientales una solución para abordar los conflictos ambientales en Colombia?: <https://medioambiente.uexternado.edu.co/medio-ambiente-y-acceso-a-la-justicia-son-los-tribunales-ambientales-una-solucion-para-abordar-los-conflictos-ambientales-en-colombia/>.

Henao, J. C. (1998). *El daño*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Henao, J. C. (2009). De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho frances . En A. H. Briceño, *Daño Ambiental Tomo II* . Bogotá : Universidad Externado.

Henao, J. C. (2013). El Juez Constitucional: Un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15(29) , 67 - 102.

Henao, J. C. (2013). Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental. Bogotá.

Henao, J. C.(2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En *La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI jornadas internacionales de derecho administrativo* (págs. 33 - 121). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hernández, E. P. (2015). *La defensa del derecho al agua como derecho colectivo desde su perspectiva ambiental. la causa “kersich, juan gabriel y otros c. aguas bonaerenses y otros s/ amparo”*. obtenido de revista catalana de dret ambiental Vol. VI Núm. 2 (2015): 1 – 23: <https://core.ac.uk/download/pdf/39153706.pdf>.

Hinestrosa, F. (2002). Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hutchinson, T. (2007). *la Responsabilidad Ambiental por Omisión en Cuestiones Ambientales*. En M. I. Otros, *Daño Ambiental Tomo I* (págs. 51 - 88). Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales - IDEAM . (2019). Obtenido de IDEAM: http://documentacion.ideam.gov.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=37163&shelfbrowse_itemnumber=38638.

Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales -IDEAM.(2019). *Estudio Nacional del Agua 2018*.Bogotá: Ideam: 452 pp.

Instituto Nacional de Salud. (s.f.). *Instituto Nacional de Salud* . Recuperado el 2 de 05 de 2019, de Vigilancia de la Calidad del Agua: <https://www.ins.gov.co/sivicap/Paginas/sivicap.aspx>.

Instituto SINCHI. Recuperado el 30 de junio de 2019, de Atlas Amazónico: <http://siatac.co/web/guest/productos/atlas>.

Leonard A. Maynard, J. K. (1981). *Nutrición Animal*. México: Mcgraw-hill Interamericana Editores SA.

López, C. (2015). *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

M'Causland. S. M (2015). *Responsabilidad Objetiva del Estado:tendencias, deseos y realidades*. En J. C. Henao, & A. Ospina, *La responsabilidad Extracontractual del Estado* (págs. 184 - 233). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mitre, G. J. (2012). *El derecho al agua: Naturaleza jurídica y Protección Legal en los ámbitos Nacionales e Internacional*. Madrid: Iustel.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (s.f.). *Pasivos Ambientales*. Obtenido de Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible : <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/10-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-articulos/548-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-44#documentos>.

Ministerio de la Protección Social y Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial . (22 de junio de 2007). Resolución 2115. *Por medio de la cual se señalan características, instrumentos básicos y frecuencias del sistema de control y vigilancia para la calidad del agua para consumo humano*. Bogotá , Colombia.

Ministerio de la Protección Social, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial . (22 de junio de 2007). Resolución 2115. Bogotá, Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2018). *Informe Nacional de Calidad del Agua para Consumo Humano INCA 2016*. Bogotá: Ministerio de Salud y la Protección Social.

Ministerio de Vivienda. (2018). Recuperado el 8 de julio de 2019, de Informe de Monitoreo del Sistema General de Participaciones : <http://www.minvivienda.gov.co/Lists/InformesSGP/Attachments/11/Informe%20Monitoreo%20SGP-APSB%20Vigencia%202018.pdf>.

Moncada, M. M. (2017). *El derecho al agua en el Chocó: un estado de cosas inconstitucional*. Bogotá: Tesis de Posgrado de Universidad de los Andes.

Monsalve, D. J. (27 de Julio de 2019). Responsabilidad Jurídica por daños ambientales . *Capacitación escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en Asociación con Fundepúblico en el Seminario de formación para aplicación de la justicia en asuntos ambientales*. Bogotá.

Navia, A. F. (2000). La Responsabilidad Extracontractual del Estado a la Luz del artículo 90 de la Constitución Política. *Revista de Derecho Privado*, 212 - 231.

Organización de las Naciones Unidas. (1977). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua.

Organización de Estados Americanos - OEA. (1988). Recuperado el 1 de 05 de 2019, de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador": http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html.

Organización de Naciones Unidas - Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (1992). Recuperado el 30 de abril de 2019, de Programa 21 : <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21sptoc.htm>.

Organización de Naciones Unidas. (1992). *Departamento de Asuntos Económicos y Sociales División de Desarrollo Sostenible*. Recuperado el 30 de abril de 2019, de Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo : <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.html>.

Organización de Naciones Unidas.(1992).Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente de Dublín. Dublín.

Organización de las Naciones Unidas - Departamento de de Asuntos Económicos y Sociales. (2002). Recuperado el 2019 de 05 de 1, de Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible : https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm.

Organización de Naciones Unidas: Derechos Humanos. (2012).El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas : https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf.

Organización de Naciones Unidas.(s.f.).*Informe de la conferencia internacional sobre la población y el desarrollo*. Recuperado el 30 de abril de 2019, de <https://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>.

Organización de las Naciones Unidas. (2006). Recuperado el 1 de 05 de 2019, de Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: <https://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>.

Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. A/ RES/70/1. Recuperado el 22 de mayo de 2019, de https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf.

Organización de las Naciones Unidas. (2012). Recuperado el 1 de 05 de 2019, de Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible: <https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1-spanish.pdf.pdf>.

Organización de Naciones Unidas. (4 de marzo de 2018). *Acuerdo Regional Sobre El Acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en américa latina y el caribe*. Costa rica, Escazú.

Organización Mundial de la Salud. (31 de marzo de 2017). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de El mercurio y la Salud: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mercury-and-health>.

Organización Mundial de la Salud. (2018). *Organización Mundial de la Salud*. Recuperado el 9 de julio de 2019, de Fiebre tifoidea: <https://www.who.int/features/qa/typhoid-fever/es/>.

Organización Mundial de la Salud. (s.f). *Organización Mundial de la Salud* . Recuperado el 2 de 05 de 2019, de Guías de la OMS para la calidad del agua potable: https://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/guidelines/es/.

Papacchini, A. (2003). *Filosofía y Derechos Humanos*. Cali (Colombia): Universidad del Valle.

Patiño, H. E. (2015). El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En J. C. Henao, *La responsabilidad Extracontractual del Estado : XVI jornadas internacionales de derecho administrativo* (págs. 167 -180). Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Patiño, N. I. (1995). *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Parejo, A. (1995). *Eficacia y administración. Tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Boletín Oficial del Estado.

Pinto, M. &. (2008). El derecho humano al ambiente en Argentina y su relación con el Sistema Interamericano de derechos humanos. En A. E. (Director), *El Derecho a un Ambiente Adecuado* (págs. 489 - 543). Iustel.

Pinto, M. &. (2015). La inconclusa revolución jurisprudencial del derecho argentino ambiental . En A. E. (Coordinador), *Agua, Energía, Cambio Climático y Otros Estudios de derecho ambiental* (págs. 337 - 366). Navarra : Arazandi S.A.

Pinto, M., Liber Martín, N. T., & Solar, S. R. (2006). Configuración del Derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularidades de su integración y expansión conceptual. En A. E. (Director), *El Derecho al Agua* (págs. 285 - 315). Navarra: Arazandi.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente - PNUMA. (2010). *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*. Obtenido de <http://www.pnuma.org/gobernanza/PonenciasVPrograma.pdf#page=93>.

Quinche, M. F. (2009). *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá. Universidad del Rosario.

- Quinche, M. F. (2017). *La Acción de Tutela*. Bogotá : Temis.
- Ramírez, G. R. (2016). *El acceso al agua potable: Un deber estatal. Cómo el servicio público de acueducto garantiza el derecho social fundamental de acceso al agua potable*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Red Internacional para los Derechos Económicos Sociales y Culturales - Red - DESC. (s.f.). *Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo*. Obtenido de Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, Expte. nro. 311-CA-1997, 19 de mayo de 1997 : <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/menores-comunidad-paynemil-saccion-amparo>.
- Red internacional para los derechos económicos, sociales y culturales RED - DESC. (2 de Enero de 2019). *RED DESC* . Obtenido de Mendoza Beatriz Silva y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo). Expediente M. 1569. XL: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2011/mendoza-beatriz-silva-y-otros-c-estado-nacional-y-otros-s-danos-y-perjuicios-danos>.
- Regional, D. d. (2004). *La Mojana: riqueza natural y potencial económico*. Obtenido de https://www.ccmagangue.org.co/pdf/pdf-desarrollo-regional/publicaciones-investigaciones/estudios/LA_MOJANA_RIQUEZA_NATURAL_Y_POTENCIAL_ECONOMICO_2004.pdf.
- Rivera, R. E. (1997). *El Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Rodriguez, G; Lozano, C & Gómez, A. (2011). *Protección Jurídica del Agua en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Roig, M. J. (1994). *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Roig, N. B. (2009). *El tiempo de los derechos*. Madrid : Editorial Sistema. Fundación Sistema.

Salazar, C. R. (2013). Los tribunales ambientales en Chile. ¿un avance hacia la implementación del derecho de acceso a la justicia AMBIENTAL? *Revista catalana de dret ambiental Vol. IV Núm. 1 (2013): 1 – 43 -Estudi-*, 1- 43.

Salinas, A. S. (2006). El derecho al agua como derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados (p. 89 - 135). En Antonio Embid. Irujo al., *El Derecho al Agua*. Navarra: Arazandi.

Sierra, Á. O. (2007). Responsabilidad por daños transfronterizos. En M. I. Otros, *Daño Ambiental Tomo I* (págs. 15- 47). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Silva, A. P. (2015). Indemnización y compensación de perjuicios en la responsabilidad del Estado . En J. C. Henao, *La responsabilidad extracontractual del Estado: XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 269 - 314). Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Sistema de Información Ambiental de Colombia. (2007). *Sistema de Información Ambiental de Colombia*. Recuperado el 2 de 05 de 2019, de istema de Información Ambiental de Colombia: http://www.siac.gov.co/siac_general.

Sistema de Naciones Unidas en Colombia. (2012). *Chocó: La dimensión territorial y el logro de los ODM*. Recuperado el 31 de 05 de 2019, de [https://info.undp.org/docs/pdc/Documents/COL/00058595_cartillaChocoAlta1%20\(2\).pdf](https://info.undp.org/docs/pdc/Documents/COL/00058595_cartillaChocoAlta1%20(2).pdf).

Tole, M. J. (2006). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El Estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Julio - diciembre* (15).

Tribunal Latinoamericano del Agua. (s.f). *Fundamentos ético jurídicos : Documento preparado por José M. Borrero Navía, JD., LL.M., en el marco del Convenio de Cooperación Interinstitucional celebrado entre la Fundación Guilombe y la Fundación Centro de Asistencia Legal Ambiental, CELA.* Obtenido de <http://tragua.com/wp-content/uploads/2012/04/FUNDAMENTOS-%C3%89TICO-JUR%C3%8DDICOS.pdf>.

Tribunal Lationamericano del Agua.(s.f).*Tribunal Lationamericano del Agua.*Obtenido de <https://tragua.com/quienes-somos/historia/>.

Ubajoa, O. J. (2016). *El derecho humano al agua en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional de Coombia.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Unidad para la Atención y Reparación Integral a Víctimas - UARIV. (s.f.). *Capítulo 6. Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) - Sentencia T- 025.* Obtenido de <https://repository.oim.org.co/bitstream/handle/20.500.11788/975/Capitulo%2006.pdf?sequence=10&isAllowed=y>.

Universidad Autónoma de Barcelona. (2017). *Universidad Autónoma de Barcelona.* Obtenido de El EJAtlas alcanza los 2.100 casos de estudio de conflictos socio-ambientales en el mundo: <https://www.uab.cat/web/sala-de-prensa/detalle-noticia/el-ejatlascalcanza-los-2-100-casos-de-estudio-de-conflictos-socio-ambientalesen-el-mundo-1345667994339.html?noticiaid=1345724763308>.

Universidad Autónoma de Barcelona y Otros. (s.f). *Atlas Global de Justicia Ambiental .* Obtenido de Colombia : <https://ejatlas.org/country/colombia?fbclid=IwAR0J5ZL8WAZzuRo3yFo5JYfv3oYfuAKoH1rObNF7Cuj4DgZSUe6D95lmC1U>.

Villar, B. L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho . *Revista Derecho del Estado.* Recuperado el 18 de mayo de 2019, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/705>.

Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sentencia AP 25000-23-27-000-2001-90479-01 del 28 de marzo de 2014.
C.P.: Marco antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado. Sentencia 25000232600020050037001 (37304) del 11 de octubre de 2017,
C.P.: *Marta Nubia Velásquez Rico (E)*.

Consejo de Estado. Sentencia No. 19001- 23-31-000-1999-00815-01-21515 del 19 de abril de 2012, C.P.: *Hernán Andrade Rincón*.

Consejo de Estado. Sentencia No. 8163 del 13 de julio de 1993, C.P.: *Juan de Dios Montes Hernandez*.

Consejo de Estado. Sentencia con radicado No. 8163 de 13 de julio de 1993, C.P.: *Juan de Dios Montes Hernández*.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028) de 20 de febrero de 2014, C.P.: *Ramiro Pasos Guerrero*.

Corte Constitucional. Sentencia T- 406 de 5 de junio de 1992, M.P.: *Ciro Angarita Baron*.

Corte Constitucional. Sentencia SU - 225 de 20 de mayo de 1998, M.P.: *Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá.

Corte Constitucional. Sentencia C- 035 de 27 de enero de 1999, M.P.: *Antonio Barrera Carbonell*.

Corte Constitucional. Sentencia T - 194 de 25 de marzo de 1999, M.P.: *Carlos Gaviria Díaz*.

Corte Constitucional. Sentencia C - 293 del 23 de abril de 2002, M.P.: *Alfredo Beltran Sierra*.

Corte Constitucional. Sentencia T - 1030 de 30 de octubre de 2003, M. P.: *Clara Inés Vargas*.

Corte Constitucional. Sentencia T - 760 de 25 de septiembre de 2017. M.P.: *Clara Ines Vargas Hernández*.

Corte Constitucional. Sentencia C- 703 de 6 de septiembre de 2010. M.P.: *Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*.

Corte Constitucional. Sentencia C- 746 de 26 de septiembre de 2012, M.P.: *Luis Guillermo Guerrero Pérez*.

Corte Constitucional. Sentencia T - 294 de 22 de mayo de 2014, M.P.: *María Victoria Calle Correo*.

Corte Constitucional. Sentencia T - 080 de 20 de febrero de 2015. M.P.: *Jorge Iván Palacio Palacio*.

Corte Constitucional. Sentencia T - 139 de 18 de marzo de 2016, M.P.: *Jorge Ivan Palacio Palacio*.

Corte Constitucional. Sentencia T- 622 de 10 de noviembre de 2016, M.P.: *Jorge Ivan Palacio Palacio*.

Corte Constitucional. Sentencia T- 236 de 21 de abril de 2017, M.P.: *Aquiles arrieta Gómez*.

Corte Constitucional. Sentencia C-864 de 7 de septiembre de 2004, M.P.: *Jaime Araújo Rentería*.

Corte Constitucional. Sentencia T - 733 de 17 de diciembre de 2017. M.P.: *Alberto Rojas Rios*.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicado No. SC5686-2018 del 19 de diciembre de 2018, M.P.: *Margarita Cabello Blanco*.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicado No. 11001-22-03-000-2018-00319-01- STC4360-2018, M.P.: *Luis Armando Tolosa Villabona*.

Tribunal Administrativo de Bolívar. Sentencia radicado No. 13001-33-31-006-2011-00755-00 del 29 de enero de 2014. M.P: *Hirina Meza Rhénals*.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia radicado No. AP - 01-479 del 25 de agosto de 2004. M.P.: *Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda*.

Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos.(2005). *Sentencia de fondo, reparación y Costas de 17 de junio de 2005 "Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay"* . Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

Corte Interamericano de Derechos Humanos. (s.f.). *Corte Interamericano de Derechos Humanos, Periodo de sesiones 2001*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/Hearings.aspx?Lang=es&Session=119&page=2>.

Corte Suprema de Justicia Nacional. (8 de julio de 2008). *Sentencia MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*. Obtenido de Red Internacional

para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: https://www.escri-net.org/sites/default/files/Sentencia_CSJN_2008_spanish.pdf.

Corte de apelaciones de Copiapó. (15 de julio 2013). *Sentencia No. 300-2012. M.T: Antonio Ulloa Márquez y otros.*

Corte Suprema de Chile, Sentencia N°Civil-300-2012, Ministros titulares Antonio Ulloa Márquez; Mirta Angélica Lagos Pino y señor Pablo Krumm De Almozara. Obtenido de https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/3_sentencia_corte_de_apelaciones_copiapo_causa_rol_300_2012.pdf.

Juzgado Civil No. 3 de Neuquén. (11 de Abril de 1997). Proceso No. Z 172.149 del 11 de abril de 1997. Neuquén , Argentina.