

*Carlos Hernando Lozano Acosta**

La acción de tutela como mecanismo procesal para el amparo del derecho al agua en Colombia: ¿Protección en perspectiva ambiental?

Fecha de recepción: Diciembre 12 de 2008

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2009

RESUMEN

El ordenamiento jurídico colombiano admite la utilización de la acción de tutela para la protección del acceso al agua potable, aún cuando éste no se encuentre expresamente consagrado como derecho fundamental, mediante la utilización de diversas estrategias de exigibilidad judicial, particularmente por vía de conexidad. A pesar de esto, la Corte se ha abstenido de desarrollar un precedente judicial activo en la tutela de este derecho como fundamental dada su conexión con otros derechos o, en su afirmación, como prerrogativa en perspectiva ambiental, sin perder de vista que existen decisiones muy importantes en la materia que representarían un avance en esa dirección.

Palabras clave: Tutela, exigibilidad, ambiental, fundamentalidad, conexidad, disponibilidad, calidad, accesibilidad.

ABSTRACT

The Colombian legal system permits the use of the legal action, *tutela*, through the use of diverse strategies, in particular, by way of connectivity, for the protection of access to drinking water even though this is not expressly guaranteed as a fundamental right. However, the Colombian Constitutional Court has abstained from developing an active legal precedent in the protection of the right to drinking water as a fundamental one, due to its connection to other rights or in its affirmation as a prerogative within an environmental perspective. Despite this argument, the article does not lose sight of the fact that there have been important legal decisions made on this topic that represent an advance in the direction mentioned above.

Key-words: Tutela, Environment, "connectivity", "water availability", "quality", "right accessibility".

* Abogado y estudiante de la maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia e investigador del área de reparaciones del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ). chlozanoa@gmail.com. El presente texto constituye un avance de la tesis de maestría "El derecho al agua potable en perspectiva ambiental" y no compromete la posición del ICTJ.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo constituye un intento de aproximación, mediante el método de análisis juisprudencial, a las posibilidades de utilización de la acción de tutela como mecanismo de protección del derecho al agua en Colombia. La hipótesis que se pretende respaldar es que el ordenamiento jurídico colombiano permitiría la utilización de aquella acción constitucional para la protección del derecho al agua, aún cuando éste no se encuentre expresamente consagrado como derecho fundamental, mediante la utilización de diversas estrategias de exigibilidad judicial, particularmente por vía de conexidad. A pesar de esto, la Corte se ha abstenido de desarrollar un precedente judicial activo en la tutela de este derecho como fundamental por su conexión con otros derechos, aunque existen decisiones muy importantes que representarían un avance en esa dirección. En el mismo sentido, se afirma que no hay evidencia de protección judicial constitucional que aprecie el acceso al agua como derecho en una perspectiva ambiental. Para mostrar esto se recogerán los elementos esenciales del derecho al agua desde la perspectiva de su desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos, luego de una contextualización sobre la importancia del recurso natural para la actividad humana; más adelante se realizará una exposición panorámica de las generalidades de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos sociales y, por último, se hará un esfuerzo de sustracción de los principales argumentos insertos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho al agua, a fin de determinar qué tanto ha aprovechado la Corte las posibilidades de amparo que ofrece la acción de tutela para el propósito que se comenta.

2. CONTENIDO

2.1. Contexto y aspectos esenciales del derecho al agua en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

El agua es un recurso imprescindible para las múltiples facetas de la actividad humana en el mundo. Su importancia para la salud, la agricultura, la alimentación, la industria, la recreación, la cultura y en general la satisfacción de las necesidades de mujeres y hombres, hacen del recurso hídrico y su situación un asunto que despierta preocupación a nivel mundial.

La tierra ha sido conocida como el planeta azul debido a que su superficie está cubierta mayoritariamente por agua, lo que sugeriría existencias casi inagotables del líquido. Sin embargo, no todos los recursos hídricos del globo son adecuados para las necesidades humanas. De toda el agua existente en el planeta, tan sólo el 2.5% es agua dulce, en principio apta para el consumo humano. De este porcentaje, el 2.24% es de difícil acceso y su volumen disminuye cada vez más debido a que se encuentra en casquetes polares, glaciares y aguas subterráneas profundas. Por

lo tanto, tan sólo el 0.76% del agua existente es relativamente accesible para el consumo humano¹.

Debido al aumento del consumo *per cápita*, la proporción del agua apropiada por parte de los seres humanos ha venido incrementándose considerablemente. Dicha situación incide de manera directa en el estado del ambiente y en las posibilidades mismas de acceso al recurso. La actividad agrícola, que demanda cerca del 70% del agua que consume el mundo, genera unos dos millones de toneladas diarias de desechos contaminantes que van a parar a las fuentes hídricas². El cambio climático también tiene un efecto significativo en la disponibilidad del agua que aún no ha sido calculado con precisión por los expertos, pero que se estima es la causa del 20% de la escasez del líquido³. Así, las presiones que ejercen el desarrollo económico, la conversión de tierras y el crecimiento demográfico sobre el sistema natural hidrológico, han excedido las capacidades de recarga de los ecosistemas y de respuesta efectiva de los Estados.

El planeta, con sus seis mil millones de habitantes, se enfrenta a un panorama bastante desalentador. La gestión y uso inadecuados del recurso y la falta de voluntad política han abierto las puertas a una crisis mundial del agua que cada día empeora y que no presentará síntomas de reversión mientras no se tomen las medidas pertinentes. El efecto de dicha crisis se hace especialmente agudo entre los sectores más desfavorecidos, que han percibido de manera ostensible una desmejora en sus ya precarias condiciones de vida. El medio ambiente también se ha visto afectado por esos patrones de consumo y producción insostenibles, en un ciclo que revierte sus consecuencias sobre las personas que lo habitan.

Los conflictos políticos y sociales entre los siglos XVI y XVIII se ubicaron en la disputa por la distribución, división, explotación y propiedad de la tierra, mientras que las confrontaciones desde el siglo XIX, y aún hoy en día, parecen responder a la voluntad de apropiación de los recursos energéticos (carbón, electricidad, petróleo). Hacia un futuro que cada día se ve más cercano, la concentración del poder exige el control sobre tres recursos básicos: La información, los bienes financieros y el agua⁴. Ya empieza a conocerse el recurso como “el oro azul”, y se sienten las tensiones entre las naciones por el dominio del líquido⁵.

¹ Shiklomanov, E., *Evaluación de recursos hídricos y disponibilidad del agua en el mundo*, San Petersburgo, Instituto Hidrológico de San Petersburgo, 1996. Citado en Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, “Movimientos Sociales y Luchas por el Derecho Humano al Agua en América Latina”, en *Revista El Otro Derecho*, Bogotá, 2006, p. 164.

² Organización de las Naciones Unidas, *Agua para todos. Agua para la vida. Informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo*, París, 2000 [en línea]. Disponible en <http://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/water/WWDR-spanish-129556s.pdf> p. 9.

³ Ibíd.

⁴ Petrella, Ricardo, *El manifiesto del Agua. Argumentos a favor de un Convenio Mundial del Agua*, Barcelona, Editorial Icaria, Intermon Oxfam, 2002, p. 20.

⁵ En Latinoamérica, que proporcionalmente tiene las mayores reservas acuíferas del mundo, existe una fundada preocupación entre distintos sectores por la creciente militarización de territorios ricos en agua potable. Comúnmente la medida se justifica en el marco de políticas de seguridad nacional y antiterrorismo, pero algunos actores la han señalado como una estrategia de apropiación del recurso por parte de terceros, sin derecho sobre el territorio, pero con una alta demanda del líquido. Al respecto ver: *Reservas de agua en Latinoamérica: En la mira de las transnacionales* [en línea]. Disponible en http://www.telesurtv.net/noticias/afondo/especiales/bases_militares_latinoamerica/ (Consultado el 10 de agosto de 2009).

Según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 15 millones de personas mueren cada año debido a situaciones relacionadas con la falta de agua, y la situación sigue empeorando⁶. Se estima que si no se plantean políticas serias frente al desabastecimiento del líquido, conforme a la tendencia en curso el número de personas que no tendrá acceso al agua potable para el año 2025 será de aproximadamente cuatro mil millones⁷, con un incremento a los siete mil millones a mediados del presente siglo⁸. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, aproximadamente 1500 millones de personas carecen absolutamente de abastecimiento de recurso hídrico para consumo⁹. Tan sólo hoy, más de sesenta millones de seres humanos requieren con urgencia ayuda alimentaria de emergencia, debido a la ausencia de alimentos suficientes como producto de las sequías. Mientras tanto, el 40% del agua usada para riego se pierde por evaporación, y los escapes de los acueductos de las urbes desarrolladas oscilan entre el 40% y el 50% del volumen líquido utilizado¹⁰.

El acceso al agua potable en Colombia también es precario, a pesar de tener una situación privilegiada en términos de disponibilidad. Mientras que en el mundo el porcentaje de reservas es 101 l/s x km² y en Latinoamérica de 211 l/s x km², en nuestro país es de 581 l/s x km²¹¹. No obstante su fragmentación geográfica, Colombia está ubicada entre las naciones con mayor disponibilidad hídrica en el mundo, distribuida en redes subterráneas, superficiales, espejos de agua y grandes extensiones de humedales y ciénagas. A pesar de la tendencia a la privatización, la mayoría de los acueductos –67%– es manejada por empresas municipales. Sólo un 11% está en manos de particulares¹². La calidad del agua en Colombia es buena en términos generales. Empero, la contaminación ascendente por factor orgánico, de hidrocarburos, plaguicidas y metales pesados, dada la alta demanda hídrica que presenta la actividad económica en el país¹³, hacen que el 82% de los 1113 municipios colombianos no cumpla con los estándares de potabilidad de la normatividad vigente¹⁴.

Sin duda, el derecho al agua potable (D.A.P.) es una prerrogativa de formulación reciente. Si bien no existe un tratado de derechos humanos que lo consagre integralmente, es mencionado en diversos instrumentos y se encuentra asociado a una interpretación dinámica del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

⁶ Ver Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Human development report: Eradicating Poverty*, Washington D.C., 1997 [en línea]. Disponible en http://hdr.undp.org/en/media/hdr_1997_overview.pdf (Consultado el 10 de agosto de 2009).

⁷ Petrella, op. cit., p. 22

⁸ Organización de las Naciones Unidas, op. cit.

⁹ Por consumo debe entenderse no sólo aquel acto de utilización para alimentación, sino también los usos domésticos para higiene, limpieza personal y del lugar de residencia, así como los necesarios para la atención médica y de salud.

¹⁰ Defensoría del Pueblo de Colombia, *Informe Defensorial No. 39B. Diagnóstico sobre la calidad del agua para el consumo humano en Colombia, en el marco del derecho humano al agua*, 2006 [en línea]. Disponible en http://www.defensoria.org.co/red/anexos/pdf/02/informe_116.pdf (Consultado el 14 de agosto de 2009)

¹¹ Colmenares, Rafael, *Comentarios al proyecto de ley de Agua*, Bogotá, Foro Nacional Ambiental, 2005.

¹² Defensoría del Pueblo de Colombia, op. cit.

¹³ En Colombia, entre la actividad industrial y agrícola se consume el 67% del agua. El uso doméstico se lleva el 29%. Ver Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, *Informe Anual sobre el Estado del Medio Ambiente y los Recursos Naturales Renovables*, Bogotá, 2004.

¹⁴ Defensoría del Pueblo de Colombia, op. cit.

y Culturales (en adelante PIDESC), como veremos más adelante. Así, el acceso al agua en tanto derecho se menciona en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en el artículo 14, que estipula el deber estatal de adoptar medidas para garantizar el abastecimiento de agua para la mujer que habite en zonas rurales, como parte del derecho a gozar de un nivel de vida adecuado¹⁵. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 24 expone que los Estados deben combatir las enfermedades y la desnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre” como parte del derecho que asiste al menor de disfrutar del más alto nivel posible de salud¹⁶. Por su parte, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer de 2003, como parte del reconocimiento del derecho a la seguridad alimentaria, en el artículo 15.A plasma un deber estatal de adoptar medidas para garantizar el acceso de la mujer al agua potable y el Convenio Africano para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales compromete a los Estados para “garantizar a sus habitantes un aprovisionamiento suficiente de agua apropiada, adoptando al efecto las medidas oportunas” (art. 8.2).

En el ámbito del derecho internacional humanitario, el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (convenio III) establece el deber a cargo de la potencia detenedora de suministrar alimentos y agua potable para el consumo en cantidad suficiente a los prisioneros de guerra (arts. 21, 26 y 49) y acceso al líquido para el aseo corporal diario y el de sus prendas de vestir (art. 29). Las cantidades deberán ser las suficientes para mantenerlos en buen estado de salud (art. 46), incluso durante su traslado. En términos similares, el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) fija el mandato de proporcionar agua y jabón para el aseo diario y el de la ropa (art. 85) e instituye la obligación para la potencia detenedora de incluir en la ración alimentaria diaria agua potable suficiente (art. 89), aún durante el traslado de los internados (art. 127).

Siguiendo la misma lógica, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos armados Internacionales (Protocolo I)¹⁷, como parte de la protección de los bienes considerados indispensables para la supervivencia de la población civil, consagra la prohibición de atacar, sustraer o inutilizar tales bienes, entre ellos las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego (art. 54). Igualmente se puede desprender un sentido de protección convencional al agua en la cláusula de amparo del medio ambiente frente a daños extensos, duraderos o graves que puedan comprometer la salud o la supervivencia de la población (art. 55). Por su parte, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* [en línea]. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> (Consultado el 20 de mayo de 2008).

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño* [en línea]. Disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm (Consultado el 20 de mayo de 2008).

¹⁷ Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, 8 de junio de 1977 [en línea]. Disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/93_sp.htm (Consultado el 20 de mayo de 2008)

víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)¹⁸, estatuye la garantía de acceso al líquido para las personas privadas de la libertad (art. 5) y dispone en su artículo 14 la protección de bienes esenciales para la supervivencia de la población civil –instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego–, al igual que lo hace el protocolo I.

No obstante lo anterior, el referente más importante del derecho al agua en el DIDH lo constituye la observación general No. 15 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹. En interpretación de este instrumento, particularmente de los artículos 11 y 12²⁰, el Comité ha sostenido que el derecho al agua es “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”²¹. En esta construcción conceptual, el derecho al agua es ubicado al nivel de las garantías necesarias para que cobre vigencia el derecho a un nivel de vida adecuado. En el decir del Comité, el acceso al recurso hídrico es un derecho que se encuentra íntimamente relacionado con los derechos al más alto nivel posible de salud, a la vivienda, alimentación adecuada y la vida en condiciones dignas²².

Se parte de la necesidad del D.A.P. para que otros derechos cobren vigencia. Así ocurre, según la observación del Comité, con los derechos a la alimentación adecuada, la salud, el trabajo, y la cultura²³. Frente al primero, es preciso asegurar riego con destino a actividades agrícolas y de productividad alimentaria, a efectos de impulsar condiciones que permitan a los pueblos proveerse una nutrición apropiada. En ello se tendrá especial consideración frente a los productores pobres, de manera particular si son mujeres. En el derecho a la salud, se hace énfasis en la obligación del Estado de que las fuentes de agua se encuentren a salvo de agentes patógenos y sustancias que puedan influir de manera perjudicial en la salud humana²⁴.

¹⁸ Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)* [en línea]. Disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/94_sp.htm

¹⁹ En dicha observación también se incorporan recomendaciones relevantes para el derecho humanitario, al sostener que la asistencia internacional en lo referente al suministro del agua debe prestarse “de manera compatible con el pacto y otras normas de derecho humanos, y deberá ser sostenible y culturalmente apropiada”.

²⁰ PIDESC “Artículo 11. 1.: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un *nivel de vida adecuado* para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. [...] Artículo 12. 1.: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al *disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. 2.: Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La *reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil*, y el *sano desarrollo* de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la *bigeña del trabajo y del medio ambiente*; c) La *prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole*, y la lucha contra ellas; d) La *creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”.

²¹ Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 15 “El Derecho al Agua”*, Ginebra, 2002.

²² Ibíd.

²³ Ibíd., p. 2.

²⁴ Ibíd., p. 6.

Una de las principales apuestas del Comité por la interpretación del D.A.P. como derecho social, es justamente la consideración del agua como un bien social “y no fundamentalmente como un bien económico”²⁵. En esa dirección apunta también el concepto de adecuación del D.A.P. con la dignidad, la vida y la salud humanas, que será de interpretación amplia. Se incorpora además en la visión del Comité la consideración de los derechos de las futuras generaciones, articulada con el aprovechamiento sustentable del fluido²⁶.

La obligación general de no discriminación e igualdad, contenida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, irradia sus efectos sobre el D.A.P. en la misma forma en que lo hace sobre los demás derechos contenidos en el instrumento, siendo imperativo corregir las discriminaciones de facto que no se encuentren justificadas, como la distribución inadecuada del acceso al líquido. A pesar de que la titularidad del D.A.P. se predica de todos los sujetos humanos, debe proveerse especial atención a sectores históricamente discriminados en el ejercicio de los derechos sociales, como los menores, los solicitantes de asilo, los pueblos indígenas²⁷, los trabajadores migrantes, los desplazados, los refugiados y las personas privadas de la libertad²⁸.

El fundamento jurídico de la inclusión del D.A.P. como integrante del corpus del PIDESC se deriva de una interpretación amplia del derecho a un nivel de vida adecuado, que contiene “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, entendiendo que la observación sugiere que el listado de derechos no es exhaustivo, siendo viable incluir el D.A.P. por ser “una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”. Por ende, en la asignación del líquido se debe privilegiar la provisión necesaria para uso personales y doméstico (por encima, por ejemplo, del abastecimiento de agua para prácticas culturales) así como la priorización de los recursos hídricos para combatir el hambre y las enfermedades²⁹. Asociado a lo anterior, los Estados parte del PIDESC deben adoptar medidas para evitar las amenazas que implica para la salud el agua “insalubre y contaminada por sustancias tóxicas”, por lo que deben asegurar el resguardo de las fuentes de agua de elementos nocivos, así como el combate de los vectores de enfermedades en los ecosistemas acuáticos que “puedan plantear un riesgo para el hábitat humano”³⁰.

Para el comité, el contenido normativo del D.A.P. está atravesado por la existencia de libertades y derechos y ha de ser adecuado a la vida, la salud y la dignidad humanas³¹. Comprende al menos los siguientes elementos:

²⁵ Ibíd., p. 4. En el sistema de comercio mundial, particularmente en el marco de la OMC y el NAFTA, el agua es considerada como un bien comercial, susceptible de ser transado en los mercados bursátiles. Ver Molina Higuera, Angélica, *El Derecho Humano al Agua*. Serie estudios especiales DESC. Defensoría del Pueblo, Bogotá D.C., 2005, p. 24 [en línea]. Disponible en www.defensoria.org

²⁶ Ibíd.

²⁷ Frente a estas colectividades, el Estado debe asignar los recursos que sean necesarios para que aquellas “planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”, de conformidad con los derechos al territorio, la autogestión y la autonomía cultural.

²⁸ Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 15. “El Derecho al Agua”*, Ginebra, 2002.

²⁹ Ibíd., p. 3.

³⁰ Ibíd.

³¹ Ibíd., p. 6.

- i) *disponibilidad*, implica un abastecimiento “continuo y suficiente para los usos personales y domésticos” conforme a las directrices de la OMS, aunque con la posibilidad de plasmar enfoques diferenciales basados en aspectos como las condiciones de trabajo, el clima e incluso la cultura;
- ii) *calidad* relativa a la salubridad del líquido, libre de agentes que puedan resultar nocivos para la salud de las personas, además de la coloración y sabor, que deben ser aceptables;
- iii) *accesibilidad*, que se comprende en “cuatro dimensiones superpuestas”: accesibilidad física, que se refiere al alcance físico de todos los sectores de la población, incluyendo hogares, entidades educativas e instalaciones laborales, sin que implique en ningún caso riesgos para la seguridad personal; accesibilidad económica³², alusiva a los cargos directos y costos del suministro, que deben ser asequibles y no pueden implicar la disminución del goce de otros derechos (por ejemplo el derecho a la alimentación); no discriminación, por cualquier motivo de los que prohíbe el derecho de los derechos humanos y acceso a la información, que se compone de los derechos a obtener y disseminar información “sobre las cuestiones del agua”.

No obstante la consabida progresividad de los DESC, por el carácter limitado de los recursos económicos para su implementación, existen obligaciones de exigibilidad inmediata, como las obligaciones de no discriminación y de adoptar medidas y el deber de abstenerse de tomar decisiones regresivas no justificadas en relación con la vigencia del derecho al agua. Asimismo, el D.A.P. se encuentra inmerso en el marco de las obligaciones generales de derechos humanos: la obligación de proteger, la obligación de respetar y la obligación de cumplir.

La obligación de proteger alude al amparo frente a las actuaciones de terceros, es decir particulares que puedan menguar el goce efectivo del D.A.P., mediante las medidas administrativas o legislativas pertinentes, a efectos de obtener un sistema normativo de protección eficaz con posibilidades de participación y medidas de sanción en caso de incumplimiento³³. Este deber incluye la vigilancia de la actividad no sólo de las personas naturales que se encuentren en su jurisdicción, sino también la de las jurídicas presentes en la misma. La obligación de respetar implica directamente al Estado en el compromiso de no interferir en el disfrute del derecho al agua, bien sea de manera directa o indirecta, inclusive en lo relativo a las formas autóctonas de distribución del recurso hídrico. Esto comporta además la proscripción de ataques a la infraestructura de suministro, lo que representa una intersección con el catálogo de prohibiciones previsto por el derecho internacional humanitario³⁴. Por su parte, la obligación de cumplir ofrece una entidad amplia que se puede dividir en las obligaciones de facilitar, promover y garantizar, cuya definición es construida por el comité de la siguiente manera:

³² En este punto, los Estados se encuentran habilitados para adoptar políticas de discriminación en el pago del servicio de acceso al agua, con base en el principio de equidad e incluso el suministro de agua [mínimo] a título gratuito o a bajo costo.

³³ Ibíd., p. 8.

³⁴ Supra., p. 3.

La obligación de facilitar exige que los Estados partes adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho. La obligación de promover impone al Estado parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua. Los Estados partes también tienen la obligación de hacer efectivo (garantizar) el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de medios a su disposición³⁵.

Finalmente, la obligación de cumplir se viola, entre otros eventos, cuando los Estados no lograr asegurar el acceso mínimo indispensable al recurso de todas las personas.

En el compendio de obligaciones del D.A.P. se exige además que los Estados cooperen en la adopción de medidas conjuntas, incluso financieras y técnicas, para lograr el pleno ejercicio del derecho al agua, absteniéndose de obstaculizar el goce en otros países y de usar el agua como herramienta de presión política³⁶. En el plano jurídico supranacional, los Estados deberán velar porque los nuevos tratados internacionales no incidan de manera desfavorable en la vigencia del derecho, en particular los “acuerdos de liberalización del comercio” y en el ámbito multilateral sus actuaciones se deben orientar por la consideración del derecho al líquido³⁷. Existe también una cláusula de cumplimiento de las medidas de garantía del derecho al agua asociada al principio de buena fe en la satisfacción de las obligaciones internacionales³⁸, cuya infracción puede implicar la violación del derecho. La buena fe incluiría la necesidad de utilizar el máximo de los recursos disponibles por el Estado para la garantía del mismo. Las violaciones pueden ser actos de comisión (incluyendo medidas legales y administrativas) y actos de omisión, encontrándose entre cualquiera de ellas la “interrupción arbitraria e injustificada” y “los aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua”³⁹.

De las distintas obligaciones estatales frente al derecho al agua se puede derivar un deber de adecuación legislativa, que implica no sólo promover la generación de normatividad acorde a los compromisos derivados del pacto, sino también la derogación de aquellas disposiciones que atenten contra aquellos, entendiendo además que es preciso adoptar políticas claras en relación con el derecho al agua, basadas en los principios y la normativa del derecho de los derechos

³⁵ Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 15. “El Derecho al Agua”* (Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Ginebra, 2002, p. 8.

³⁶ Cf. Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 8. Relación entre sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CEDAW+Recom.+general+8.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CEDAW+Recom.+general+8.Sp?OpenDocument)

³⁷ Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 15. “El Derecho al Agua”*, Ginebra, 2002, p. 11.

³⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 26. “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

³⁹ Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 15. “El Derecho al Agua”* (Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Ginebra, 2002, p. 13

humanos⁴⁰. En el mismo sentido, el poder judicial gozará de la independencia necesaria para actuar, en caso de que sea necesaria su intervención para el goce del derecho⁴¹ y se preverán dispositivos de reparación y recursos judiciales en la materia⁴² que se encuentren a disposición de los ciudadanos. Directamente relacionado con lo anterior, el comité alienta a propiciar la reparación integral por violaciones del derecho al agua, que incluye los componentes mínimos de este instituto: i) indemnización, ii) restitución, iii) satisfacción y iv) garantías de no repetición.

Sin perjuicio de lo anterior, el referente más importante de la observación general No. 15 para la protección del derecho al agua en manos de la judicatura es la facultad que reconoce a los tribunales de los Estados Parte de incorporar por vía interpretativa los parámetros internacionales de protección del derecho al agua, incluyendo el PIDESC, mediante su invocación directa.

En suma, de lo anterior se desprende la caracterización del derecho al agua como un derecho social, atendiendo a, por lo menos, las siguientes razones: i) la derivación interpretativa directa de disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ii) la prohibición de regresividad injustificada, iii) el acento en la adopción de políticas públicas con algún grado de énfasis en obligaciones positivas y iv) la obligación de utilizar del mayor nivel de recursos disponibles en manos del Estado para su satisfacción. Se encuentra también el reconocimiento de un mandato de incremento en el nivel de protección del derecho por vía de la actividad judicial, que puede originarse en el litigio estratégico de los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil o en la oficiosidad de los jueces, posibilidad que sin duda representa una ventana de oportunidad para democracias precarias en las que los gobiernos son reacios a reconocer de manera efectiva los derechos sociales, más allá de los beneficios que para su satisfacción los individuos puedan obtener del mercado.

2.2 La tutela como mecanismo procesal de protección a los derechos sociales

La acción de tutela es una herramienta procesal prevista por la constitución de 1991 para la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos fueren vulnerados o amenazados por las autoridades o los particulares en determinados eventos⁴³. En el fondo, es una expresión procedural de las facultades insertas en la jurisdicción constitucional, como mecanismo para controlar el poder político por medio del marco jurídico que impone la constitución, vale decir, la protección de la eficacia de las normas contentivas de los derechos fundamentales frente a las decisiones políticas del gobierno, (o en ciertos casos las actuaciones de los particulares) garantizando así la supremacía del estatuto superior⁴⁴.

⁴⁰ Ibíd., p. 13

⁴¹ Ibíd., p. 16

⁴² Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Principio 10, sobre aspectos ambientales*: “Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.” Disponible en <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/riodeclaration.htm>

⁴³ Escrucería Mayolo, Iván Humberto, *Manual de Jurisprudencial Constitucional 5. Acción de tutela y procedimiento* [en línea]. Disponible en www.constitucional.gov.co (Consultado el 20 de mayo de 2008).

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-531/1993*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

La tutela tiene atributos que le son inherentes y le confieren la especificidad que la diferencian de otras acciones constitucionales. Se trata de un procedimiento excepcional, autónomo, directo, subsidiario, informal, específico e inmediato y es, en sí misma, un derecho fundamental, al ser la herramienta idónea prevista por el constituyente para el amparo de todos los demás derechos fundamentales no sólo mediante la resolución directa de casos, sino también por vía de la generación de precedente constitucional, en sede de revisión. La informalidad se encuentra profundamente asociada a la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, al tiempo que posibilita el acceso por parte de los movimientos sociales y organizaciones de la sociedad civil interesadas en la promoción y defensa judicial de los DESC. La acción procede bajo dos modalidades dado su carácter subsidiario: cuando el perjudicado no posee otro medio de defensa judicial, evento en el cual el operador imparte una orden de carácter definitivo, y cuando, existiendo medio principal, éste no es eficaz o carece de idoneidad para evitar un perjuicio que no se pueda remediar. En este último supuesto, el juez profiere una orden de tipo transitorio, hasta tanto el juez ordinario se pronuncie.

En la interpretación de la Corte Constitucional, la concepción de Estado Social de Derecho impresa en la carta del 91 implica que el modelo organizativo del Estado va más allá de la exigencia a éste para que no intervenga en la esfera individual de las personas; bajo esta formulación, el aparato estatal debe adoptar medidas para acortar las desigualdades sociales y garantizar la igualdad material, en contraposición a la igualdad formal del Estado liberal. De esta manera, “con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas”⁴⁵. Partiendo de esta convicción, la protección judicial de los derechos sociales sin duda representa la más genuina expresión de la materialización del componente esencial del Estado Social de Derecho. De hecho, en un primer momento, la jurisprudencia constitucional sostuvo que una de las características principales de los derechos sociales fundamentales la constituye la posibilidad de ser exigidos por vía judicial:

Los derechos a prestaciones en sentido estricto o DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES son aquellos en los cuales el titular del derecho fundamental tiene competencia para exigir judicialmente la efectividad de ese derecho. Por ejemplo, el titular del derecho fundamental a la educación primaria tiene frente al Estado el derecho de exigirle que se cumpla con el deber de dárselle tal educación y correlativamente el Estado tiene frente a la educación el deber de darla en preescolar y en educación básica⁴⁶. Particular importancia tiene el derecho a la salud, que también se relaciona con la vida⁴⁷.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela encuentra su razón de ser en la protección judicial de los derechos fundamentales –lo que se constituye en su objeto exclusivo–,

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia SU-747/1998*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ Cf. Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-423/1996*, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-205/1997*, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

debe señalarse que tales derechos no son solamente aquellos que se encuentran expresamente consagrados como tales en la carta política; por tal motivo, los derechos fundamentales, susceptibles de protección por la acción en comento, se pueden dividir en nominados e innominados. Esta posibilidad se deriva del artículo 94 de la constitución, que sostiene que la enunciación de los derechos contenidos en la constitución y los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como la negación de otros que también sean inherentes a la persona humana pero que no se encuentren expresamente consagrados en ellos. Se trata de derechos fundamentales bajo la formulación de normas adscriptas de derecho constitucional, esto es, derechos fundamentales que se estructuran a partir de la adjudicación judicial en casos específicos⁴⁸, haciendo que la decisión judicial concreta cobre cierto grado de abstracción y adquiera carácter vinculante para los operadores de la judicatura. Es bajo esta comprensión como la Corte ha tutelado prerrogativas no explicitadas en el texto constitucional como el derecho a la identidad⁴⁹ o a la circulación de la información vital⁵⁰. En este escenario jurisprudencial, algunos autores han visto el tránsito de la salud como derecho prestacional a derecho subjetivo⁵¹, situación mediante la cual se “actualiza[n] y concreta[n] las prestaciones que el sujeto puede exigir y adicionalmente [se] define con precisión las instancias que debe proporcionarle la atención que necesite”⁵² como se evidencia en la jurisprudencia de la Corte:

No obstante, cuando los derechos prestacionales, genéricamente consagrados, son asumidos por el Estado en forma directa, y se ha definido legal y reglamentariamente como destinatario de una prestación específica a un grupo de personas determinadas, tales derechos se truecan en subjetivos y, en consecuencia, pueden ser exigidos en forma inmediata por sus titulares, a través de la vía judicial prevista para el caso por el legislador⁵³.

Empero, el mecanismo más eficiente de fundamentalización de derechos por vía jurisprudencial es el de la conexidad. Mediante esta figura, es factible obtener la tutela de prerrogativas que en un primer momento no fueron entendidas como susceptibles de la protección prevalente que ameritan los derechos fundamentales. Sin duda, esta posibilidad representa una audaz posición del tribunal constitucional colombiano y ha permitido la amplificación del espectro de protección a la población que ofrece el componente de derechos de la carta del 91. En ese ejercicio, la Corte ha entendido por derechos fundamentales por conexidad, [que] “son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se occasionaría la vulneración o amenaza de los segundos”⁵⁴. En sentencias

⁴⁸ Parra Vera, Oscar, *El derecho a la salud*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003, p. 8.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-585/1992*, magistrado ponente Simón Rodríguez Rodríguez.

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia SU-14/2001*, magistrado ponente Martha Victoria Sáchica.

⁵¹ Parra Vera, Oscar, op. cit., p. 22.

⁵² Ibíd., p. 30.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-042/1996*, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-491/1992*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

anteriores, se expuso que “algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección”⁵⁵.

Recapitularemos de manera breve dos casos del ejercicio de la conexidad en la jurisprudencia colombiana, el derecho al mínimo vital (que, a su vez, es innominado) y el derecho a la salud, para ofrecer elementos sobre el funcionamiento del mecanismo y al mismo tiempo exemplificar como podría utilizarse para la protección del derecho al agua.

El derecho fundamental al mínimo vital encuentra reconocimiento continuo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, casi desde sus orígenes. Su fundamento normativo se desprende de los derechos a la vida, la igualdad material y la integridad y de los principios de solidaridad, dignidad humana y de la cláusula general de Estado social de derecho⁵⁶. En aquel momento, la Corte sostuvo:

*Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad*⁵⁷.

La justificación constitucional de la elevación de este derecho a fundamental se encuentra en la conservación del valor intrínseco del ser humano contra toda forma de degradación. Implica el suministro de las prestaciones necesarias para la satisfacción de las condiciones materiales mínimas de subsistencia, cuando la persona no está en posibilidad de proveérselas por sí misma, para llevar una vida “libre del temor y de las cargas de la miseria”⁵⁸. Por tal motivo, implica el mandato no sólo de evitar incurrir en actuaciones que disminuyan este suministro mínimo, sino además la adopción de acciones afirmativas a favor de grupos especialmente vulnerables –no obstante ser predicable de todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad– y la obligación estatal de desarrollo de políticas y normatividad encaminadas a la satisfacción de este propósito.

Así las cosas, nos encontramos ante un derecho que no se ubica en el catálogo expreso de derechos fundamentales y que sin embargo fue tratado como tal, dada su conexión íntima con otros derechos fundamentales y con los más importantes principios constitucionales de la carta política. Se trata además de un derecho que implica en la mayoría de los casos una prestación económica a cargo del Estado, lo que no fue obstáculo para el desarrollo de su protección judicial.

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-406/1992*, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-776/2003*, magistrado ponente Manuel José Cepeda.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-426/1992*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia C-776/2003*, magistrado ponente Manuel José Cepeda.

Por su parte, los derechos a la salud y a la seguridad social también han sido interpretados bajo el prisma de la conexidad, convirtiéndose el primero en un derecho fundamental.

El derecho a la seguridad social adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando su desconocimiento se traduce, indefectiblemente, en la vulneración de otro derecho de tal naturaleza, como la vida o la dignidad humana. [...] Cuando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida, y lo mismo ocurre cuando se refiere al derecho a la integridad física. Es decir, se trata de concreciones del derecho a la vida, mas no de bienes jurídicos desligados de la vida humana, porque su conexidad próxima es inminente⁵⁹.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que los derechos a la salud y a la seguridad social, si bien no cuentan con una fundamentalidad autónoma, ameritan el amparo en sede de tutela cuando quiera que encuentren conexión estrecha con derechos que sí la tengan, particularmente en relación con los derechos a la vida y la dignidad humana, puesto que la falta de protección de la seguridad social bien puede implicar la amenaza a otros derechos fundamentales⁶⁰. Así, “La Corte ha sido reiterativa en el sentido de considerar la salud como un derecho fundamental por conexidad, cuando en casos concretos, debidamente sopesados y analizados por el juez de tutela, su protección involucre al mismo tiempo el amparo de la vida misma”⁶¹.

Esta posibilidad se basa en una comprensión amplia del derecho a la vida, profundamente asociada a la dignidad humana, más allá de la mera continuidad de la existencia. Es decir que la posibilidad directa de la muerte no es el único supuesto que vulnera el derecho fundamental a la vida, puesto que ésta puede verse lesionado por cualquier circunstancia que la torne inaguantable. De esta manera, el dolor o la ausencia de un genuino bienestar integral en lo físico, psicológico y emocional que imposibilite el normal y mínimo desarrollo de la persona, puede vulnerar el más elemental de todos los derechos, en la medida en que torna indigna la existencia, aún cuando no necesariamente traiga consigo la muerte⁶².

En ese entendido, la Corte ha considerado que el concepto de vida no se limita a la protección de una mera existencia biológica, sino que debe fundarse en el principio de la dignidad humana que implica el derecho a una vida saludable, y es precisamente por esa razón que ha determinado que el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, no solo debe ampararse cuando se está frente a un peligro de muerte, o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino incluso ante eventos que pueden ser de menor gravedad pero que pueden afectar directamente la calidad de vida del individuo, verbigracia, en aquellos casos en los que se compromete la posibilidad que le asiste a

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-042/1996*, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-346/2005*, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

⁶² Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-300/2001*, magistrado ponente Clara Inés Vargas.

⁶² Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-118/2003*.

todas las personas de desarrollar dignamente las facultades inherentes al ser humano⁶³.

Ahora bien, la posibilidad de reclamación judicial del derecho a la salud no implica que todas las pretensiones en torno al mismo procedan por medio de tutela. La jurisprudencia ha creado requisitos que deben ser satisfechos para la prosperidad de la acción, a saber: i) que el accionante sea titular de un derecho subjetivo a la prestación que pide, lo que implica que el ordenamiento jurídico le haya atribuido a algún sujeto o entidad la obligación de asumir la carga; ii) que en el caso concreto, el derecho a la salud o a la seguridad social halle cercana conexidad con alguno de los derechos considerados por el ordenamiento jurídico como fundamental y iii) que el accionante no tenga disponible otro medio de defensa judicial o si lo hubiere, que sea ineficaz para evitar la consumación de un perjuicio irremediable frente al derecho que se solicita proteger⁶⁴.

En el caso concreto de los medicamentos y tratamientos, que representan buena parte de las pretensiones de las acciones de tutela en materia de salud⁶⁵, los requisitos establecidos por el precedente son: i) que la ausencia del medicamento o tratamiento que no fue entregado por estar excluido del POS vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del accionante; ii) que se trate de un tratamiento o medicamento que no se pueda reemplazar por otro existente en el POS, o que existiendo este la eficacia no sea la misma, por lo que es necesario suministrar el más eficaz para la protección del paciente; iii) que el accionante no cuente con la capacidad económica para asumir el costo del tratamiento o medicamento necesario y que no cuente con ningún otro recurso o plan para acceder al mismo; y iv) que el profesional de la salud que formula el medicamento o tratamiento solicitado se encuentre vinculado a la entidad promotora de salud en la que está afiliado el interesado⁶⁶. De esta manera, si el tratamiento o el procedimiento pedido es indispensable para la protección del derecho a la salud, fundamental en conexión con la vida, especialmente en el caso de las llamadas enfermedades catastróficas o ruinosas, o aún cuando no fuere el caso, si la negativa implica el deterioro de la salud, la persona que presta el servicio de médico debe garantizar el suministro requerido a efectos de prevenir o corregir la vulneración de los derechos en mención⁶⁷.

Con fundamento en los argumentos antes expuestos, la Corte ha sostenido en varias ocasiones que en aquellos eventos en que una persona no pueda costearse un tratamiento que sea necesario para lograr el restablecimiento de su salud, es deber de la EPS o ARS a la que se encuentre afiliada atenderla, inclusive cuando se trata de un procedimiento médico que no esté incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud –POS–, justamente con el fin de evitar el quebrantamiento de los derechos fundamentales a la vida y a la salud, pues

⁶³ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-346/2005*, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-348/1997*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁵ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la Salud. Período 2003-2005*, Bogotá, 2007. Disponible en http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutela_salud.pdf

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-300/2001*, magistrado ponente Clara Inés Vargas.

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-346/2005*, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

no se puede anteponer una disposición reglamentaria como condición para hacer efectivas tales garantías constitucionales⁶⁸.

Como dato empírico, vale la pena resaltar el empoderamiento de la ciudadanía en el uso de la tutela como mecanismo procesal de protección del derecho a la salud. Entre los años 1999 y 2005, su utilización por esta causa se incrementó en 280%, con un promedio de tutelas por salud, para el caso de Antioquia, por ejemplo, de 47 por cada 10.000 habitantes al año⁶⁹. De ellas, más del 87% son resueltas favorablemente, encontrando que cerca del 92.7% de los tratamientos tutelados se encuentran en el POS⁷⁰. Ahora bien, esta constatación no pretende desconocer el estado de cosas inconstitucional que se configura con la exigencia tácita que hacen las entidades de la salud del uso de la tutela para la concesión de los servicios, que evidencia la ineficacia sistemática y la crisis generalizada del sistema de salud⁷¹, y que impide hablar de una vigencia efectiva de este derecho en Colombia⁷².

En suma, en la jurisprudencia constitucional colombiana, bajo determinados requisitos, es posible la protección de los derechos sociales en sede de tutela, especialmente en los casos en los que implica afectaciones al derecho a la vida –sin perjuicio de los requerimientos financieros, que sin duda demandan análisis detallado en perspectiva de políticas públicas–, principalmente mediante la estrategia de la conexidad, no obstante la búsqueda de fundamentalidad autónoma para derechos de fuerte contenido prestacional.

2.3. La protección del derecho al agua en la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional

La constitución de 1991 no consagra de manera expresa el derecho al agua potable. No obstante, la Defensoría del Pueblo ha realizado un monitoreo continuo a la calidad del agua para uso humano y al suministro de los servicios de saneamiento y agua potable en todo el territorio nacional, bajo la concepción del acceso al agua como un derecho fundamental, basándose en el bloque de constitucionalidad y el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin duda, la conexidad entre el derecho al agua, –incluso como derecho innominado– y otros derechos considerados fundamentales por la constitución es relativamente simple de establecer. Esto se puede constatar acudiendo al auxilio que pueden prestar otras disciplinas como la fisiología y la economía, dado el papel esencial del recurso en casi la totalidad de las actividades humanas y en últimas, en la existencia misma, como lo recuerda el comité DESC:

⁶⁸ Ibíd.

⁶⁹ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la Salud. Período 2003-2005*, Bogotá, 2007 [en línea]. Disponible en http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutela_salud.pdf p. 78.

⁷⁰ Ibíd.

⁷¹ Como propuesta para solucionar esta crisis, se ha recomendado la creación de una justicia especializada en materia de seguridad social, no sólo para agilizar los trámites judiciales de protección del derecho a la salud sino también para reducir el impacto de la congestión que esta prerrogativa genera en el sistema judicial.

⁷² Al respecto, cf. Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, *La Salud está grave*, Bogotá. Disponible en <http://plataforma-colombiana.org/drupal/?q=node/5>

[...] 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 [...] El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). [...] También debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto⁷³.

La Corte Constitucional ha sido tímida en el reconocimiento del derecho al agua como fundamental por conexidad, a pesar de algunas decisiones que se refieren a órdenes de reconexión en el suministro o políticas de distribución del líquido al nivel de entes territoriales y que en la práctica han implicado un amparo no reconocido a esta prerrogativa. En efecto, en un caso en el que una mujer demandaba la reconexión del servicio de agua necesaria para un tratamiento médico apremiante, que requería condiciones óptimas de aseo⁷⁴, la Corte recordó que el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* hace parte del bloque de constitucionalidad, “ampliando [así] el espectro de protección por vía de tutela de los derechos fundamentales” y las observaciones del mismo –como la relativa al derecho al agua– son criterio válido de interpretación, siendo el acceso al agua un derecho social autónomo⁷⁵.

Sin embargo, en las razones que sustentan la decisión el tribunal se centra en argumentos sobre la manera como la orden de reconexión representa una decisión de tutela a los derechos a la vida en condiciones dignas y a la salud, el primero autónomamente y el segundo en conexidad, pero en ningún caso la protección del derecho al agua como fundamental en conexión a otros derechos, aún cuando el efecto empírico que se busca con el fallo –el restablecimiento del servicio de agua– sea el mismo.

En la sentencia *SU-442/1997*, relativa a la problemática ambiental que afecta a los ecosistemas aledaños a la bahía de Santa Marta y a la calidad del agua en la zona, el sentido de la decisión se orienta hacia la protección de los derechos a la vida, el ambiente sano y la salud, sin mencionar el derecho al agua, a pesar de que imparte órdenes precisas para el manejo y pre-tratamiento de aguas residuales en la ciudad, así como disposiciones sobre el alcantarillado en varios barrios del distrito. En la sentencia *T-523/1994*, promovida por una comunidad que padece infecciones dermatológicas

⁷³ Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 15. "El Derecho al Agua"* (Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Ginebra, 2002.

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-270/2007*, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.

⁷⁵ Ibíd., p. 17.

por el consumo de aguas contaminadas, la Corte liga la posibilidad de consumir agua potable al derecho a un ambiente sano, puesto que la salvaguarda de la pureza de las fuentes de agua es considerada parte de la política de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, para solucionar el “problema” del agua potable. Es decir que “si hay conexidad entre la vulneración del derecho fundamental a la salud y la causa que se señala como afectación al medio ambiente, la tutela debe prosperar”⁷⁶. De manera muy tímida, sostiene que “en principio, el acceso al agua potable es algo a lo cual tiene derecho una comunidad” sin explorar las posibilidades de conexidad con otros derechos considerados fundamentales, puesto que se concentra en sostener que la pureza del agua es un componente de la vigencia del derecho a un medio ambiente sano, y la protección de las fuentes de agua hace parte de la función ecológica de la propiedad. En similares términos se pronunció la Corte en el fallo *T-379/1995*:

*Siendo el agua, como se ha dicho, un elemento esencial del ambiente, su preservación, conservación, uso y manejo está vinculado con el derecho que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano; aparte de que la conservación de la calidad de las aguas, su aptitud, disponibilidad y suficiencia para el consumo humano, se consideran esenciales para asegurar el goce y vigencia de los derechos fundamentales a la salud y a la vida y los demás que se derivan de éstos*⁷⁷.

En la decisión *T-232/1993* se discute si la falta de potabilidad del agua representa una amenaza al derecho a la vida. La sentencia *T-410/2003*, por su parte, asume que la falta de calidad en el agua suministrada a una comunidad representa una vulneración a los derechos a la vida, la dignidad humana, la salud y el ambiente sano. No obstante, en el fallo *T-410/1993* la jurisprudencia progresiva de manera significativa al afirmar que el agua potable constituye un derecho constitucional fundamental cuando está destinada para el consumo humano⁷⁸, en la medida en que contribuye a la vida, la salud y la salubridad pública, entendiendo además que no ocurre así cuando se utiliza para otros propósitos, de tipo agrícola o industrial.

El suministro de agua también ha sido interpretado como un servicio que puede tener efectos sobre derechos fundamentales como la vida y la salud, más no de manera precisa como un derecho fundamental por conexidad⁷⁹. En este fallo, bastó con el análisis de cumplimiento de los requisitos legales sobre la potabilización de aguas para desestimar una posible amenaza al derecho a la vida⁸⁰, aún cuando impartió orden de protección del derecho a la vida mediante la preservación de una fuente de agua como exclusiva para consumo humano. Se resalta la consideración del artículo

⁷⁶ Corte Constitucional, *sentencia T-523/1994*, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁷ En esta decisión se titula un capítulo como “El derecho al suministro de agua potable, como condición para preservar y asegurar los derechos fundamentales a la salud y a la vida”. Sin embargo este enunciado no tiene mayor desarrollo en términos de conexidad.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-410/1993*, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.

⁷⁹ La interpretación se ha orientado a la comprensión del agua como un servicio público con efectos sobre la vigencia de los derechos a la vida y a la salud. Cf. Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-636/2002*, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T-232/1993*, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

366 de la constitución de 1991 como fundamento de la priorización del agua para consumo humano.

En la decisión *T-375/1996* la fuente jurídica del derecho a acceder al agua se encuentra en la concesión administrativa otorgada por la autoridad ambiental⁸¹. En ese orden, identifica la ruptura y daño de unas mangueras que distribuyen el líquido como una amenaza para la vida y la salud de los pobladores y manda cesar en los actos de ruptura; de nuevo, el derecho al agua con entidad propia se encuentra ausente.

Si bien estas sentencias se constituyen en un importante precedente en materia de derecho al agua, en todas ellas se protegen, por conexidad o de manera autónoma, prerrogativas diferentes al D.A.P., tales como la salud, el medio ambiente sano, e incluso la vida. Siendo así, hasta el momento el precedente constitucional no ha explorado de manera suficiente las potencialidades que podría ofrecer la tutela del derecho al agua como fundamental por conexidad; es probable que este reconocimiento de fundamentalidad por adscripción propicie condiciones para un mayor grado de protección, enriqueciendo así el logro de los más importantes propósitos constitucionales en un Estado Social de Derecho. Del mismo modo, la jurisprudencia analizada no ofrece evidencia significativa de reconocimiento del derecho al agua en perspectiva ambiental, es decir, aquella que incorpore “el conjunto de biodiversas interrelaciones dinámicas y problemáticas entre los elementos abióticos, bióticos y antrópicos, en los cuales este último tiene una capacidad mayor”⁸². No se trata de desconocer la relevancia de estas decisiones como precedente constitucional que enriquece la interpretación de derechos ya considerados fundamentales, como la salud o la vida, al introducir supuestos relacionados con el suministro de agua potable como escenarios de violación de derechos fundamentales, si no de resaltar la factibilidad y conveniencia de dar al derecho al agua un tratamiento de fundamentalidad específico dentro del régimen constitucional colombiano, robusteciendo así su entidad y quizás por ello su vigencia.

Ahora bien, la posibilidad de proteger el derecho al agua potable en sede de tutela no implica la exclusión de regulación jurisprudencial por medio del establecimiento de requisitos elementales para su procedencia, relacionados, por ejemplo, con la incapacidad de pago, que ha de calcularse en protección al mínimo vital; el carácter mínimo del suministro; el equilibrio de los ecosistemas contentivos o generadores del líquido y la constatación de la vulneración o amenaza de los derechos con los que se estructura la conexidad. Tampoco representa dejar absolutamente de lado las implicaciones económicas y de política pública que acompañan la garantía del derecho pues son aspectos de tipo técnico que no se pueden perder de vista para la adopción de los arreglos institucionales que lo hagan viable.

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, *sentencia T- 375/1996*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸² Mesa Cuadros, Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “Estado ambiental de derecho”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2007, p. 65.

3. CONCLUSIÓN

La tutela por vía judicial del acceso al agua para la persona humana, constituiría un avance en la protección de dicho derecho, como requisito para la vida en condiciones dignas y elemento positivo en el reconocimiento del papel de juez en la conservación de los recursos hídricos, vitales para múltiples facetas de la actividad humana. A su vez, la jurisprudencia constitucional colombiana admite la utilización de la acción de tutela para la protección del derecho al agua potable, aún cuando éste no se encuentre expresamente consagrado como fundamental, mediante la utilización de estrategias de exigibilidad judicial como la conexidad. A pesar de esto, la Corte se ha abstenido de desarrollar un precedente judicial activo en la tutela de este derecho como fundamental por conexión con otros derechos así considerados por la carta política, sin perder de vista que existen decisiones muy importantes en la materia que representarían un avance en esa dirección. Finalmente, se tiene que no hay evidencia en el precedente revisado de protección judicial constitucional que aprecie el acceso al agua como derecho en perspectiva ambiental.

4. BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

Castaño, Ramón, *Los mandatos constitucionales sobre el derecho a la salud: Implicaciones de equidad y eficiencia*, Universidad del Rosario. Serie documentos de trabajo. Disponible en http://www.asivamosensalud.org/descargas/lecturas/Mandatos_Constitucionales_derechos_Salud.pdf

Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la Salud. Período 2003-2005*, Bogotá, 2007. Disponible en http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutela_salud.pdf

Embid Irujo, Antonio, *El derecho al agua*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2006.

Mesa Cuadros, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el "Estado ambiental de derecho"*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

Molina Higuera, Angélica, *El Derecho Humano al Agua. Serie estudios especiales DESC*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2005.

Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 15. "El Derecho al Agua"*, Ginebra, 2002.

Parra Vera, Oscar, *El derecho a la salud*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

Corte Constitucional de Colombia, *C-531/1993*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, *C-776/2003*, magistrado ponente Manuel José Cepeda.

_____, *SU-747/1998*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, *SU-14/2001*, magistrado ponente Martha Victoria Sáchica.

_____, *T-042/1996*, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

_____, *T-205/1997*, magistrado ponente Alejandro Martínez.

_____, *T-232/1993*, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

_____, *T-300/2001*, magistrado ponente Clara Inés Vargas.

_____, *T-346/2005*, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

_____, *T-348/1997*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

- _____, *T-406/1992*, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.
- _____, *T-410/1993*, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.
- _____, *T 423-96*, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.
- _____, *T-426/1992*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____, *T-491/1992*, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____, *T-523/1994*, magistrado ponente Alejandro Martínez.
- _____, *T-585/1992*, magistrado ponente Simón Rodríguez Rodríguez.

292