



EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE EN COLOMBIA. ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL RECURSO HÍDRICO

ALVEIRO MALAVER ECHEVARRÍA

**Tesis de grado presentado como requisito para optar al título de
Maestría en Derecho Administrativo**

**Director
EDMER LEANDRO LOPEZ PEÑA,
PhD en Derecho**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
TUNJA, BOYACÁ
2021**

AUTORIDADES ACADÉMICAS

Fray JOSÉ GABRIEL MESA ANGULO, O.P.

Rector General

Fray EDUARDO GONZÁLEZ GIL, O. P.

Vicerrector Académico General

Fray ALVARO JOSÉ ARANGO RESTREPO, O.P.

Rector Seccional Tunja

Fray OMAR ORLANDO SÁNCHEZ SÚAREZ, O.P.

Vicerrector Académico Seccional Tunja

Dra. NUBIA LORENA DAZA LÓPEZ

Decana Facultad de Derecho – Seccional Tunja

Dra. CATHERINE DEL PILAR DIAZ SANABRIA

Directora de Postgrados Facultad de Derecho

Notas de Aceptación

NUBIA LORENA DAZA LÓPEZ

Decana Facultad de Derecho

CATHERINE DÍAZ SANABRIA

Directora de Posgrados en Derecho

EDMER LEANDRO LOPEZ PEÑA

PhD en Derecho

Director tesis de grado

Tunja, febrero de 2021

ABREVIATURAS

ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
BC	Bloque de Constitucionalidad. Precisado por la Corte Constitucional
CCC	Corte Constitucional colombiana.
CPC	Constitución Política de Colombia.
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer
CEPAL	Comisión Económica para América Latina - ONU.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo.
CONANP	Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas.
Corte-IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CSJ	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
DESCA	Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.
GIRH	Gestión Integral del Recurso Hídrico.
I+D+i	Investigación, Desarrollo e Innovación.
IPBES*	Plataforma Intergubernamental de Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos
NNA Niños Niñas y Adolescentes	
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OJN	Ordenamiento Jurídico Nacional (colombiano).
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(*) por sus siglas en inglés

Tabla de contenido

	Pág.
Introducción	9
Descripción del problema de investigación	10
Pregunta central de investigación	14
Hipótesis.....	14
Justificación	14
Objetivos	17
Metodología	17
1. Título I. El derecho fundamental al agua potable en Colombia.....	19
1.1. Reconocimiento del agua como derecho humano	19
1.2. El agua potable en el ordenamiento jurídico colombiano	20
1.3. El derecho al agua potable en el bloque de constitucionalidad	22
1.4. Mecanismos de protección del DFA	24
1.5. El derecho fundamental al agua potable, desde la gobernanza del recurso hídrico	24
1.6. El derecho fundamental al agua desde los marcos legales e institucionales del sector...	25
2. Título II. El agua potable como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico	28
2.1. El derecho fundamental al agua desde la filosofía del derecho y la teoría constitucional..	29
2.2. Primer momento jurisprudencial: las bases del derecho al agua potable	31
2.3. Segundo momento: línea jurisprudencial sobre el derecho fundamental al agua.....	34
2.4. Posiciones alternativas frente al derecho al mínimo vital en Colombia.....	37
3. Título III. Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por la vulneración del derecho fundamental al agua potable	39
3.1. La responsabilidad del Estado	39
3.2. El concepto de daño.....	41
3.3. Características del daño indemnizable	43
3.4. El daño antijurídico	45
3.5. Tipos de perjuicios.....	45
3.6. Responsabilidad Extracontractual del Estado.....	46
3.6.1. El daño: ¿qué se debe indemnizar?.....	46

3.6.2. La imputación: ¿Quién debe indemnizar?	46
3.6.3. El fundamento jurídico: ¿por qué se debe indemnizar?.....	47
3.7. Tipos de responsabilidad del Estado	47
3.8. Los títulos de imputación en la responsabilidad extracontractual del estado.....	48
3.8.1. Imputabilidad por falla del servicio	48
3.8.2. Responsabilidad Objetiva	49
3.9. Análisis de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por vulneración del DFA..	49
3.10. ¿Existe daño antijurídico por la vulneración del derecho fundamental al agua?.....	50
3.11. ¿Es imputable el daño antijurídico por vulneración al DFA?	52
3.12. ¿Existe violación al DFA en Colombia?.....	54
3.13. ¿Por qué el Estado debe responder por daños causados debido a la falla generalizada del servicio?	57
CONCLUSIONES	60
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

RESUMEN

El agua es un recurso natural finito y en su forma potabilizada es vital para la existencia y subsistencia de los seres humanos. El derecho fundamental al agua potable en el sistema jurídico colombiano no corresponde a un principio constitucional consagrado taxativamente, pero tiene su reconocimiento por parte de diversos pronunciamientos en los cuales se le asigna tal categoría. Estas decisiones se fundamentan principalmente en tratados internacionales que, si lo reconocen de forma taxativa; los principios constitucionales como lo son la vida y la dignidad humana; y la tesis de la conexidad de derechos fundamentales según la cual son aquellos que se relacionan de forma estrecha con derechos reconocidos de forma taxativa por el texto constitucional.

El derecho al agua como derecho fundamental autónomo es un tema que aún no se ha resuelto en forma consolidada en el ordenamiento jurídico del Estado colombiano, porque existe legislación y jurisprudencia, orientado hacia diferentes niveles que difuminan u ocultan las verdaderas responsabilidades por la vulneración o violación de éste derecho humano; en especial por la delegación de responsabilidades a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos domiciliarios de agua y saneamiento básico; aunado con una serie de conexidades que afectan otros derechos inherentes a la gestión del recurso desde lo ambiental o del consumo humano desde de salud pública e incluso sobre la afectación al medio ambiente el daño ecológico causado.

Se realizó un extenso y detallado estudio sobre el estatus jurídico que ostenta el derecho fundamental al agua en Colombia, a partir del concepto derecho al agua, pasando por los DDHH internacionales, los compromisos del bloque de constitucionalidad y la perspectiva de la gobernanza del agua; posteriormente se realiza el análisis normativo y jurisprudencial referidas al DFA, así como las principales normas deberes y obligaciones que se derivan de ese derecho; para concluir con el análisis de contenido sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto al daño, título de imputación y responsabilidad del Estado.

En la investigación se obtuvo que a pesar de coexistir normas, doctrina y jurisprudencias para proteger a plenitud el Derecho Fundamental al Agua, existe Responsabilidad del Estado por daño antijurídico causado a los colombianos, a título de falla generalizada del servicio.

Palabras Claves: Derecho Humano al agua, razonabilidad, mínimo vital, proporcionalidad, Responsabilidad del Estado, falla del servicio, recurso hídrico, gobernanza del agua.

ABSTRACT

Water is a finite natural resource and in its purified form is vital for the existence and subsistence of human beings. The fundamental right to drinking water in the Colombian legal system does not correspond to a constitutionally established principle, but it is recognized by various pronouncements in which it is assigned such a category. These decisions are based mainly on international treaties which, if they are exhaustively recognized; constitutional principles such as life and human dignity; and the thesis of the connectedness of fundamental rights according to which they are those that are closely related to rights exclusively recognized by the constitutional text.

The right to water as an autonomous fundamental right is an issue that has not yet been resolved in a consolidated way in the legal system of the Colombian State, because there is legislation and jurisprudence, oriented towards different levels that blur or hide the true responsibilities for the violation or violation of this human right; especially for the delegation of responsibilities to the companies that provide residential public services for water and basic sanitation; coupled with a series of connections that affect other rights inherent to the management of the resource from the environmental point of view or of human consumption from the public health point of view and even the ecological damage caused to the environment.

An extensive and detailed study was carried out on the legal status of the fundamental right to water in Colombia, based on the concept of the right to water, through international human rights, the commitments of the constitutionality bloc and the prospects for water governance; subsequently, the normative and jurisprudential analysis referred to the DFA is carried out, as well as the main rules, duties and obligations that derive from that right; to conclude with the content analysis on the jurisprudence of the Constitutional Court and the Council of State regarding the damage, title of imputation and responsibility of the State.

The investigation found that despite the coexistence of norms, doctrine and jurisprudence to fully protect the Fundamental Right to Water, there is State Responsibility for unlawful damage caused to Colombians, as a generalized failure of the service.

Keywords: Human Right to water, reasonableness, vital minimum, proportionality, State responsibility, service failure, water resources, water governance.

Introducción

El agua potable como derecho vital común a los seres humanos, sin duda adquiere un carácter fundamental, en tal virtud el suministro del preciado líquido, en condiciones de accesibilidad, disponibilidad, calidad y oportunidad, que establecen la constitución y la ley, en Colombia, no solo es una prioridad, es un deber, una obligación del Estado.

Colombia, el sexto país con mayor riqueza hídrica del mundo, cuenta con tres cordilleras en donde se alojan el 50% de los páramos del mundo y más de 700 mil cuerpos de agua entre ríos, quebradas, caños y lagunas. La oferta hídrica del país es seis veces superior a la oferta mundial y tres veces mayor que la de Latinoamérica (La nota positiva, 2020), lo cual supondría una posición privilegiada y competitiva, si de calidad de vida saludable se trata.

Según el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales IDEAM, la reserva de agua corresponde a: 15,3 kilómetros cúbicos ubicados en embalses artificiales, glaciares, nieves, lagos y ciénagas, 1622 kilómetros cúbicos que se hallan en ríos y arroyos, y 5848 km³ en reserva estimada de agua subterránea (Dane & Ideam, 2015).

Sin embargo, en nuestro país existen innumerables problemas que afectan la sostenibilidad del medio ambiente y consecuentemente impactan sobre la garantía de derechos fundamentales como el agua potable para el consumo humano, lo cual ha sido recurrente durante décadas, frente a la acción o la omisión del Estado, que es a quien compete la Responsabilidad de velar por los principios y derechos del Estado Social de Derecho.

Los derechos al ambiente, establecidos en la Constitución Política colombiana (CPC), señalan como prioridad del Estado: la protección, recuperación, conservación y regulación del medio ambiente, los recursos naturales no renovables y sus ecosistemas, entre ellos los recursos hídricos que dependen del adecuado manejo de los factores de biodiversidad conexos, desde los páramos, subpáramos, cuencas y ecosistemas.

Es desde allí, desde la gestión del recurso hídrico, donde parte los conceptos, elementos y mecanismos indispensables para la garantía del derecho fundamental al agua potable para las personas y comunidades (urbanas y rurales), en cabeza del Estado; dado que éste tiene el deber de regular, vigilar y controlar el cuidado, captación, tratamiento, purificación y adecuada

distribución de agua potable a todos los habitantes del territorio nacional, como garante sine qua non de los derechos fundamentales, de lo cual se deriva la Responsabilidad del Estado.

La omisión en el cumplimiento de los principios y los deberes constitucionales del Estado Social de Derecho, en pro de proteger los derechos fundamentales, deslegitiman al Estado como Social de Derecho y Democracia, a su gobierno y a sus instituciones, aunque en el caso del agua potable, la provisión de servicios públicos (de acueducto y saneamiento) esté delegada o asignada a la empresa privada, pero bajo el control administrativo de las respectivas superintendencias.

De igual manera, los daños ocasionados por la omisión del Estado en el cumplimiento de su deber, en este caso de garantizar agua potable a todos los habitantes del territorio nacional, generan una responsabilidad, con la consecuente obligación de indemnizar los daños ocasionados con su acción u omisión.

En este trabajo se desarrolla un tema monográfico sobre una revisión normativa y jurisprudencial, para establecer el estado actual del conocimiento y reconocimiento sobre el derecho individual y colectivo al agua potable, así como la eventual Responsabilidad del Estado, y dado que corresponde a un problema de características transversales, está abordada desde diferentes niveles del conocimiento, realidad fáctica del fenómeno y ramas del derecho administrativo; desde lo institucional y con enfoque holístico, basado en la dimensión humana de las personas y las comunidades, así como la prevalencia de la vida y la dignidad humana.

Descripción del problema de investigación

La necesidad de acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento, es un claro diferenciador de las personas de vida saludable y productiva, respecto de aquellas que conviven en la pobreza, y son más vulnerables a enfermedades mortales derivadas de la escasez o la mala calidad del agua (Becerra-Ramírez & Salas-Benítez, 2015).

En la crisis del agua a nivel global, son determinantes la desmedida explotación de los recursos naturales, la deforestación y la contaminación de los recursos hídricos, pero el elemento de mayor incidencia y riesgo para salud y la vida humana es la distribución desigual e inequitativa que se realiza en las comunidades, en otras palabras, sin justicia social.

El derecho al agua y al saneamiento básico fue reconocido explícitamente por la Asamblea y el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el año 2010. Si hasta ese momento era un derecho que se justificaba en el marco del derecho a la vida o el derecho a la salud, desde este momento cobra entidad propia y de alguna manera, más peso de cara a su exigibilidad. En el año 2015 otra resolución de la Asamblea establece el saneamiento también como derecho independiente. (AECID, 2019).

El derecho fundamental al agua potable, no solo es el reconocimiento jurídico de los Estados hacia los ciudadanos, sino un derecho humano por su relación directa e imprescindible para la calidad de vida, salud y ... de las personas, las comunidades y los seres vivos.

Desde el ordenamiento jurídico, el derecho al agua no es un tema lineal (del derecho administrativo), sino que agrupa, transversaliza todo el sentir normativo que, tanto las normas internas colombianas como los instrumentos jurídicos internacionales, en las diferentes ramas del derecho público, por cuanto, constituye un pilar fundamental del ser humano para la realización y materialización de otros derechos de igual prioridad, como el derecho a la salud pública, el ambiente sano y la calidad de vida, sin distingo de raza, etnia o clase social.

En Colombia, “el establecimiento constitucional del derecho al agua como fundamental, no fue reconocido en la constitución colombiana de forma explícita o directa, aunque el artículo 366 hace alusión al agua, en sentido de bienestar y mejoramiento de la calidad de vida” (Novoa-Briceño & Ocampo-Rambal, 2013, p.14); en consecuencia, la obligación del Estado existe a pesar de no reconocer el agua como “derecho fundamental”, pero si la reconoce como “objetivo fundamental”, lo cual no deja de ser una contradicción constitucional, siendo un aspecto desarrollado en otro contexto, por la Ley del Sistema Nacional Ambiental (Ley 99 de 1993).

Siendo Colombia un Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho (ESCD), en la Constitución Política se debería evidenciar la prevalencia del interés general sobre el particular considerando el derecho al agua potable como un principio constitucional; sin embargo, la Corte ha tenido que fundamentarse en otros derechos para otorgar la tutela al recurso hídrico, basada en los principios del ESCD, y en aquellos derechos relacionados con el acceso al agua potable: el artículo 49, como derecho al saneamiento; el artículo 79, como garantía de gozar de un medio

ambiente sano, y el artículo 366 para satisfacer las necesidades básicas en materia de salud y agua potable.

La Corte Constitucional desde sus inicios, ha desarrollado su línea jurisprudencial del derecho al agua, según lo establecido en el párrafo 2 de la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y ha mantenido apego a lo desarrollado por la Relatoría de Naciones Unidas para la garantía de este derecho humano (Red DESC, s.f).

Así mismo, la Corte acude a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), promulgados por la Organización de las Naciones Unidas ONU, que marcaron la Agenda 2030 como compromiso esencial para el desarrollo humano de las naciones, en especial el sexto objetivo que se refiere, en sentido amplio, al agua limpia y al saneamiento como un compromiso internacional que debe verse reflejado en el accionar legislativo, ejecutivo y judicial de cada Estado con responsabilidad vinculante, como el caso de Colombia (PNUD, 2016).

En otras palabras, en ausencia de un derecho fundamental al agua, la Corte acude a las propiedades o *criterios que caracterizan una garantía constitucional como fundamental*, en especial de los criterios denominados de “conexidad”, “inherencia a la persona” y aquellos pronunciamientos supranacionales que componen el denominado bloque de Constitucionalidad (Burgos-Cárdenas, 2019, p. 46).

Así, existe una doble connotación del acceso al recurso hídrico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: como un derecho fundamental y como un servicio público domiciliario; lo cual está dado por el artículo 93 constitucional, figura que consagra el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, el problema es por lo demás insólito, dado que, siendo el sexto país con mayor riqueza hídrica en el mundo, Colombia no posee adecuados indicadores de accesibilidad, disponibilidad y calidad de agua de consumo humano, debido a situaciones conexas con la realidad socioeconómica del país, como los impactos sobre los RN que implica la deforestación, el cambio climático y la sobrepoblación.

Con la promulgación de la Ley 142 de 1994, el Estado colombiano entregó el monopolio de los servicios públicos, dando paso a la privatización de estos y quizá sin proponérselo, abrió el camino a la ignominia de la limitación onerosa y al arbitrio de las decisiones económicas y tarifarias (no de

las necesidades básicas) de la empresa privada, dada su autonomía comercial ha “priorizado las necesidades de inversión” de a cuáles regiones llegar con la distribución y a cuáles marginar. Hoy en día, un cuarto de siglo después, la cobertura municipal en suministro de agua potable de calidad en Colombia es precaria, agravado por un incontrolado incremento de las tarifas (en teoría reguladas por las comisiones nacionales), una deficiente distribución del líquido y un suministro de baja calidad de agua; por lo cual, el reconocimiento de un derecho humano al agua no garantiza una cobertura nacional (Mota-Vargas, 2010).

El problema se agrava en lo que corresponde al suministro de agua potable a la población rural, través de los acueductos veredales, en donde la situación, no ajena al derecho, no es menos preocupante debido a los focos de corrupción que han hecho metástasis en las más humildes de las comunidades, y el ataque sistemático a los ecosistemas a causa de la contaminación y pasivos ambientales mineros (minería legal e ilegal), que paulatinamente ha empeorado la calidad del agua para el consumo humano.

La anterior situación se recrudece porque el recurso hídrico potable es despilfarrado sin consideración, al ser empleado en distintas actividades como lo son la ganadería, la industria y las actividades cotidianas de las personas de no consumo o ingesta (Sutorius & Rodríguez, 2015).

Finalmente, es preocupante que el problema no hubiera tenido “doliente” en la propia población, a juzgar por los diferentes intentos que desde el año 2007 se han realizado sin éxito, para alcanzar el reconocimiento constitucional como derecho fundamental por la vía de iniciativa popular de referendo por el derecho humano al agua potable (que alcanzó respaldo de más de dos millones de firmas) y asegurar un mínimo vital gratuito. Desde el legislativo también se ha intentado obtener dicho reconocimiento constitucional el derecho fundamental al agua (Motta-Vargas, 2010).

La iniciativa más reciente fue promovida por el Partido Verde en abril de 2018, quien radicó el “Proyecto de Acto Legislativo No. 08 de 2020, por el Derecho Fundamental al Agua”, el cual ya fue aprobado en primer debate en la Comisión Primera del Senado aprueba en primer debate proyecto de Acto Legislativo que protege el derecho al acceso al agua e incluir el artículo 11-A (Capítulo I, Título II) de la Constitución Política de Colombia, para reconocer al agua potable como derecho fundamental de primera generación para los colombianos (Currea & Uribe, 2020).

Pregunta central de investigación

Considerando que la gestión del recurso hídrico sostenible abarca el cuidado de desde su fuente natural (páramos, subpáramos, ecosistemas), hasta su consumo humano como líquido vital potabilizado y sano, como recurso que contribuye a reducir los índices de morbilidad por enfermedades infecciosas y gastroenteritis en las comunidades, en especial, rurales, en condición de pobreza, indígenas y tribales; se formula la siguiente pregunta de investigación:

¿Los elementos jurídico-normativos inmersos en los marcos legales e institucionales que permitan garantizar los derechos fundamentales del agua potable son insuficientes, o existe Responsabilidad del Estado colombiano por incumplimiento de la obligación positiva en la gestión del recurso hídrico requerido para el consumo y supervivencia de las comunidades?

Hipótesis

La dignidad humana comporta muchos aspectos y escenarios que aplicados a la realidad determinan que sea un principio que se efectivice o no, ahora bien el papel del Estado Colombiano ha omitido sistemáticamente el deber de suministrar agua potable como mínimo vital a gran cantidad de la población que lo conforma, dicha negligencia ha causado en muchas personas la vulneración de otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, generando daños económicos y morales que deben ser reparados por el Estado y los particulares que causan la vulneración, en tal virtud es necesario y pertinente establecer si existe responsabilidad del Estado a título de falla en el servicio, por la no salvaguarda, protección, y prestación del Derecho Fundamental de Agua Potable.

Frente a las actuales circunstancias, es necesario y urgente, generar conciencia colectiva en los seres humanos, respecto de las graves consecuencias para la vida, la salud y la dignidad de las personas que habitan el planeta, en razón a la creciente escasez de agua, para ello se debe establecer cuál es la responsabilidad del Estado frente a la vulneración del Derecho Fundamental al agua. Por tal razón al Estado Colombiano, le asiste el deber constitucional y legal de suministrar agua potable a su población y el deber de proteger, conservar, regular y recuperar el medio ambiente y las fuentes hídricas existentes en el país, la omisión y negligencia frente a este deber,

vulnera el derecho fundamental de acceso al agua potable como mínimo vital y consecuentemente otros derechos como, la salud, el ambiente sano, la dignidad humana, la paz y otros derechos sociales, económicos y culturales.

La regulación normativa en Colombia respecto del derecho al agua potable, es incoherente, dispersa, fragmentada y alejada de las realidades ambientales, sociales, culturales, económicas y políticas del país, de un lado se regula el Derecho de Aguas, refiriéndose a servidumbres, vertientes y causas determinando este como un Derecho Colectivo del Medio Ambiente, y de otro lado el Derecho al Agua, dándole un sentido de derecho subjetivo fundamental por estar destinado al consumo humano, por tal razón en consejo de estado y la corte constitucional a través de su jurisprudencia han otorgado un reconocimiento de Derecho Humano al agua potable

La omisión y negligencia frente a este deber, vulnera el derecho fundamental de acceso al agua potable como mínimo vital y consecuentemente otros derechos como, la salud, el ambiente sano, la dignidad humana, la paz y otros derechos sociales, económicos y culturales, circunstancias que sin duda genera una responsabilidad al Estado, como se demostrará en la Investigación a Título de Falla del Servicio.

Justificación

En el presente estudio se pretende determinar los elementos, principios e interpretaciones de acceso al agua reconocido como un derecho básico, individual y colectivamente inalienable, configurándose con las características propias de un Derecho Humano.

Así mismo, encontrar las herramientas, los argumentos y elementos jurídicos, mediante los cuales, pueda existir Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por daño antijurídico (con efectos económicos, sociales, culturales y morales) causados a los habitantes del territorio nacional, con ocasión o por la negligencia en el suministro adecuado de agua potable para el consumo humano de las comunidades urbanas y rurales.

El derecho fundamental al recurso hídrico contempla su accesibilidad, disponibilidad y calidad, por lo cual debe abordarse el estudio, para resolver la pregunta de investigación desde el criterio

internacional de la gestión del recurso hídrico; sin desconocer las circunstancias directas inmersas en la problemática del libre mercado de los servicios públicos, en el que participan agentes públicos y privados en libre competencia y con regulación solo en tarifas del consumo por unidad residencial.

También se explora la importancia de los criterios jurisprudenciales más apropiados para el reconocimiento judicial del derecho fundamental al agua, basado en los planteamientos del doctrinante Bernal-Pulido (2015, 2018), para hacer constitucionalmente efectiva la garantía del derecho según corresponda: principio de razonabilidad, el mínimo vital y el principio de proporcionalidad (p. 181).

Además del propósito central, también se pretende sugerir una forma transversal para el tratamiento normativo del derecho al agua potable, desde varios niveles (multinivel), como perspectiva de política pública integrada con las políticas y estrategias de **gobernanza del agua potable**, en razón de la prioridad comunitaria y sostenible para el tratamiento, distribución y comercialización del agua; explorando la posibilidad de que los instrumentos jurídicos deben reconocer a la gestión del agua normada por usos y costumbres desde una legislación incluyente que reconozca los derechos culturales de los pueblos indígenas y tribales, bajo el enfoque económico de los bienes comunes (Elinor Ostrom, 2011).

En todo caso, en el desarrollo se jerarquiza la concepción del agua como derecho esencial para la especie humana, por lo tanto, se priorizará en lo holístico, por el alto grado de trascendencia que el tema tiene no sólo para la calidad de vida de los habitantes de la población (urbana y rural).

Al respecto, Gómez-Robayo (2018), señala que incorporar el acceso al agua como derecho básico es una reafirmación de que forman parte de los derechos principales de hombres, mujeres y niños, indispensable para sus regímenes vitales, los de sus ambientes capitales y los de las comunidades y naciones donde residen.

Para nuestra nación colombiana, que experimenta hoy una profunda metamorfosis, con altos impactos negativos con el llamado posconflicto, los resultados de este trabajo monográfico, aportará luces sobre posibilidades de redireccionar los enfoques sociológico-jurídico, económico de bienes comunes, vinculados con el desarrollo sostenible y la salud pública; no solo dentro de las capacidades institucionales, sino orientado la GIRH y su método ecoeficiente, transversal a las

entidades prestadoras del servicio de agua potable, pero sin perder de vista que este es un derecho fundamental, así como la puesta en marcha de políticas y lineamientos apegados a los mandatos constitucionales y legales; privilegiando los derechos humanos, por encima de los postulados macroeconómicos corporativos con los que se maneja el negocio de la generación, distribución y comercialización de agua, por encima de los derechos constitucionales y los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos.

Objetivos

El **objetivo general** de la investigación es:

Analizar los elementos jurídico-normativos inmersos en los marcos legales e institucionales del OJN y su cumplimiento, para determinar si existe Responsabilidad del Estado colombiano en la garantía y protección del derecho humano al agua potable a las comunidades urbanas y rurales.

Los **objetivos específicos** son los siguientes:

- Analizar el contexto jurídico actual sobre el derecho al agua potable: conceptos, doctrina y jurisprudencia de tipo administrativo, ambiental y Responsabilidad del Estado.
- Examinar el tratamiento jurídico nacional comparado de diferentes legislaciones en América Latina sobre el derecho fundamental al agua potable, vinculante como derecho humano.
- Determinar si existe Responsabilidad Extracontractual del Estado por incumplimiento de la obligación positiva del Estado, en la efectiva protección de los derechos fundamentales para el acceso, disponibilidad y calidad del agua potable, suministrada por empresas prestadoras de servicios públicos.
- Sugerir un tratamiento normativo en varios niveles (multinivel) como perspectiva de política pública integrada con las políticas y estrategias de gobernanza del agua potable, en razón de la prioridad comunitaria y sostenible para el tratamiento, distribución y comercialización del agua.

Metodología

La investigación corresponde al tipo socio jurídico, con carácter descriptivo, y el método usado es el análisis de contexto (jurídico-normativo), recopilando, sistematizando y caracterizando la información proveniente de fuentes secundarias (Sánchez-Zorrilla, 2011).

Para este trabajo, las fuentes serán abordadas como multinivel (Clavijo , Guerra, & Yañez, 2014), a saber: normatividad, doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional y de tipo internacional (consideradas en el bloque de constitucionalidad), del área del derecho administrativo, ambiental y de Responsabilidad del Estado frente al derecho fundamental al agua potable y su gestión como recurso hídrico (Henao-Pérez, 2015)

En consecuencia, se realiza un análisis jurisprudencial sobre antecedentes en la doctrina y los fallos de la Corte, referentes a los derechos constitucionales vulnerados, relacionados con el derecho humano al agua potable, así mismo, con base en legislaciones internacionales sobre la gestión del recurso hídrico; lo cual posibilita abordar el problema jurídico desde una perspectiva formalista (Fix-Zamudio, 2004).

Previa revisión de literatura y construcción de categorías analíticas en la propuesta de investigación, en este trabajo se parte de las siguientes tres categorías para abordar el derecho fundamental al agua potable, incluida la adecuada gestión y gobernanza del recurso hídrico.

- Desarrollo conceptual del agua potable para consumo humano: accesibilidad-disponibilidad y calidad, desde la perspectiva nacional comparada con internacional.
- Análisis de doctrina y jurisprudencia del derecho fundamental al agua potable en Colombia y la Responsabilidad del Estado para gestionarlo y garantizarlo.
- Daño antijurídico y títulos de imputabilidad de la Responsabilidad del Estado por vulneración del derecho fundamental al agua en incumplimiento de la obligación positiva del Estado.

1. Título I. El derecho fundamental al agua potable en Colombia

El agua es un recurso natural finito, imprescindible para la subsistencia de los seres vivos y en su condición de potable o apta para el consumo humano, a través de los tiempos se ha erigido como elemento trascendental para el correcto desarrollo y garantía de los derechos a la alimentación, la salud, la calidad de vida, el medio ambiente, el bienestar tanto individual como colectivo de las comunidades.

Sin embargo, la potabilización es el último paso antes de su distribución domiciliaria, la garantía de su provisión depende de un ciclo de múltiples etapas, para que el recurso hídrico producido en los páramos y subpáramos, posteriormente captado y procesado, tenga un adecuado nivel de gestión a nivel del Estado, las comunidades y las empresas de servicios públicos domiciliarios.

En este capítulo se aborda la categoría “Desarrollo conceptual del agua potable para consumo humano: accesibilidad-disponibilidad y calidad, desde la perspectiva nacional comparada con internacional”; mediante un análisis de contenido de la dimensión humana, jurídica, normativa y jurisprudencia, del nivel nacional e internacional, como un ejercicio comparado, incluida la adecuada gestión y gobernanza del recurso hídrico.

1.1. Reconocimiento del agua como derecho humano

Los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana y, por lo tanto, a todas las personas, porque parten del reconocimiento a la dignidad y la igualdad entre seres humanos; razón por la cual todos tienen los mismos derechos universales, por lo tanto, son independientes del orden jurídico o político de un Estado.

Ferrajoli (2001) denomina derechos fundamentales a los derechos universales reconocidos y garantizados por una norma de un Estado, dentro de su sistema jurídico; por ello, constituyen la garantía de cumplimiento y exigibilidad que les proporciona su positivización, siendo los pilares del Estado Social y Democrático de Derecho.

Peces-Barba (1999), señala que “el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales como expresiones de la dignidad humana, basados en los principios de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, es la condición que les dota de exigibilidad, más su existencia es previa” (citado por, Becerra-Ramírez & Salas Benítez, 2016, p. 133).

El derecho al agua como un derecho humano, significa la necesidad de garantizar que cada persona, sin importar su origen, étnica o religión, pueda tener una cantidad mínima de agua potable, que sea suficiente para cubrir las necesidades vitales que como ser humano necesita, incluida la necesaria para su estado de salud, su alimentación, higiene o la que utilice en sus cultivos, cuando se encuentra en el área rural (Novoa-Briceño & Ocampo-Rambal, 2013).

El derecho humano al agua potable debe favorecer el ejercicio pleno del uso de manera autónoma como fundamental, a través de las entidades públicas que bajo lineamientos conexos con los demás derechos permitan la accesibilidad y calidad del agua potable, en todos los sectores, sin distingos de estratificación, para cubrir esas necesidades básicas insatisfechas.

Desde el pronunciamiento emanado de las Naciones Unidas, reconociendo el derecho al agua, como indispensable para vivir dignamente, se privilegió y antepuso a los demás derechos humanos, en aras de garantizar que todos los seres humanos tengan acceso a servicios de saneamiento adecuados para la dignidad humana y la vida privada, sino que constituye uno de los principales mecanismos para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable.

Las Observaciones Generales más importante han sido, la No. 4 de 1991 como derecho a la salud, la No. 14 de 2000 como derecho a una vivienda adecuada y la No. 15 de 2002 como el derecho al agua. En adición, las Observaciones Generales impone a los Estados Partes, la obligación de ampliar progresivamente unos servicios de saneamiento salubres, en particular a las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas, para intervenir en la satisfacción de las enfermedades básicas insatisfechas, con especial reconocimiento para las necesidades de las mujeres, las niñas y los niños.

1.2. El agua potable en el ordenamiento jurídico colombiano

El artículo 366 de la Constitución Política de Colombia define la obligación del Estado respecto a la salud ambiental en función de “objetivo fundamental”, no como derecho fundamental de la provisión del agua potable y saneamiento ambiental y de agua potable.

El fundamento constitucional del agua aparece en el artículo 49, referido a la salud en general y al saneamiento ambiental; el artículo 79 es relativo al medio ambiente sano; por lo tanto, el derecho (aunque no fundamental o de primera generación) al agua potable y el saneamiento

básico, aparecen como fines esenciales del Estado, en los derechos económicos, sociales y culturales y en los derechos colectivos y del medio ambiente.

El artículo 95 de la CPC se establece que es deber del Estado la protección de los recursos naturales y el velar por la conservación del ambiente sano, aspecto fundamental por las connotaciones para la producción natural del agua.

De otra parte, en la ley 99 de 1993, el artículo 1 se refiere a la “orientación política ambiental y al proceso de desarrollo económico y social del país.... Las políticas de población tendrán en cuenta el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”

La Ley 60 de 1993, en el artículo 2 define que: “en el sector de agua potable y saneamiento básico, asegurar la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado, soluciones de tratamiento de aguas y disposición de excretas, aseo urbano, y saneamiento básico rural...”, con lo cual se determinando la prestación del servicio de agua potable, pero no como un derecho.

Mediante Sentencia SU-442 de 1997, la Corte Constitucional, respecto al artículo 79 de la CPC estableció que, “todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, constituyendo un deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de dichos fines”

Mediante Sentencia T-410 de 2003, la corte conceptuó que el agua es un derecho fundamental cuando está destinada al consumo humano, caso en el cual puede ser amparado a través de la acción de tutela. Además, estableció la doble connotación, para considerar que el “suministro de agua potable constituye un servicio público domiciliario, de carácter esencial para la vida, que cuenta con un espacio propio en la configuración constitucional de nuestro Estado social de derecho”.

El establecimiento del agua potable en Colombia se instituyó a partir de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales DESC, base de las observaciones y recomendaciones de Naciones Unidas, para reconocer el mínimo vital como aquella cantidad de agua necesaria para tener una vida digna y saludable.

La Corte Constitucional Colombiana también ha acogido el criterio Observación General No.15 de la Organización de Naciones Unidas de 2002, que define el derecho al agua de la persona para

disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico. Sin duda, a nivel internacional esta Observación marcó un hito en la interpretación del *alcance obligacional de los Estados* partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) suscrito en el año de 1966, en lo relativo a los factores necesarios para el correcto ejercicio del Derecho Humano al Agua, como lo son: la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad (Red DESEC, s.f.).

Hoy en día, el acceso al agua potable de calidad es considerado como un derecho humano, constitucional fundamental e innominado, y su caracterización se refuerza con los diferentes Pronunciamientos Internacionales que se han dado al respecto desde Naciones Unidas ONU, Organización de Estados Americanos OEA, Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, Convenciones Internacionales del Medio Ambiente, El Consejo Mundial del Agua, y en el OJN por vía del desarrollo Jurisprudencial de la Corte Constitucional (Hernández-Moreno, 2019).

Desde el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (Resolución A/HRC/RES/16/2, de abril de 2011) se promovió la plena realización del Derecho al Agua potable y el saneamiento entre otros medios, siguiendo los criterios de disponibilidad, calidad, accesibilidad física, asequibilidad, aceptabilidad, los cuales fueron incorporados por la Corte Constitucional colombiana en variada jurisprudencia, como se describe en el segundo título de este trabajo, pero del cual se destacan: Sentencia T- 270 de 2007 que cita los factores necesarios para el ejercicio del derecho al agua y la Sentencia T-740 de 2011 que agrega consideraciones.

1.3. El derecho al agua potable en el bloque de constitucionalidad

En nuestra Carta Política, el artículo 93 constitucional corresponde a la figura jurídica de bloque de constitucionalidad, mediante el cual se entienden incorporados -en el ordenamiento jurídico colombiano- aquellos tratados y convenios internacionales ratificados en los cuales Colombia, o bien es adherente, o bien es signatario; allí, los tratados referidos, han de tener rango constitucional, acorde con la ley que los ratifique por parte del Congreso de la República, y con la exequibilidad por parte de la Corte Constitucional.

Las normas que integran el bloque de constitucionalidad, lato sensu, son: **i)** el preámbulo, **ii)** el articulado de la Constitución, **iii)** algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos, **iv)** las leyes orgánicas, **v)** las leyes estatutarias. (Novoa Briceño-Ocampo Rambal, 2013);

además, cuando una ley contradice lo dispuesto en cualquier norma que integran el bloque de constitucionalidad, debería ser retirada del OJN por la Corte Constitucional dada la suficiente razón para declarar su inexecutable e incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución (Sentencia C-582 de 1999).

La Observación General No. 15 de PIDESC, es el elemento de soft law por excelencia, incorporado al OJN por la vía de bloque de constitucionalidad, para el reconocimiento y la protección del derecho al agua desde la jurisprudencia constitucional, en virtud de su génesis como un vínculo directo entre el derecho al agua potable para el consumo humano y la dignidad humana, condición previa para la garantía de otros derechos humanos conexos.

Para Tutorius & Rodríguez (2015), el derecho al agua descrito en la jurisprudencia, proveniente del bloque de constitucionalidad, es “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”, con características de fundamentalidad y autonomía del derecho, estableciendo los factores aplicables en cualquier circunstancia: **i)** la disponibilidad como abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, **ii)** La accesibilidad, que comprende la accesibilidad física, económica, la no discriminación y el acceso a la información, **iii)** la calidad, como el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre (p. 8).

Para Bernal-Pulido (2015), el bloque de constitucionalidad refleja el derecho al agua en los tratados de derecho internacional de los derechos humanos, en la Observación General No. 15 y en la Resolución 64/292 de la Asamblea General ONU 28 de julio de 2010, que reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos; además de la Resolución 015 del 9 de Septiembre de 2010 del Consejo de Derechos Humanos, en donde por primera vez las Naciones Unidas reconocen oficialmente el derecho humano al agua y al saneamiento, proclamando que tanto el agua potable pura (tratada bajo estándares microbiológicos y fisicoquímicos) y el saneamiento, son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

En todo caso, estas consideraciones pertinentes con el bloque de constitucionalidad, permiten concluir que, desde el punto de vista conceptual y jurídico, el derecho humano al agua, no presenta

diferencias significativas en el derecho constitucional comparado, salvo porque en Colombia la constitución política no es taxativa, pero sí su reconocimiento jurisprudencial como tal, razones por las cuales su estructura lo constituye como derecho social positivo

1.4. Mecanismos de protección del DFA

El instrumento dedicado a reconocer, proteger y dotar de contenido a la fundamentalidad del derecho al agua ha sido la jurisprudencia constitucional, por lo cual la Corte Constitucional ha determinado que cualquier persona, sin ser sujeto de especial protección puede solicitar el amparo del derecho al agua por vía de tutela con motivo de la prestación del servicio público cuando ésta sea para consumo humano y que se requiera para no afectar sus condiciones dignas y de salud, además de haber agotado las actuaciones mínimas ante la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios ESP. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho al agua debe protegerse en 10 casos específicos (Sutorius & Rodríguez, 2015 págs. 9-10).

La sentencia T-749 de 2012 determinó que los límites para exigir por vía de tutela el DFA, son:

- 1. Cuando la entidad prestadora del servicio decide suspenderlo, siguiendo las reglas para ello establecidas y respetando los derechos fundamentales de las personas, especialmente al mínimo vital.*
- 2. Cuando el riesgo de las obras pendientes, inconclusas o deterioradas constituya una amenaza que no representa una vulneración para los derechos fundamentales.*
- 3. Cuando se busca la reclamación económica, la cual puede ser realizada por otros mecanismos judiciales sin que implique la afectación de los derechos fundamentales.*
- 4. Cuando no se constata que la calidad del agua a la que se accede es inadecuada para el consumo humano.*
- 5. Cuando la persona está disfrutando del servicio de agua por medios ilícitos, reconectándose a la fuerza y se encuentra disfrutando del goce efectivo de su derecho al agua¹⁹. Este tema es tratado en las conclusiones de este artículo.*
- 6. Cuando una persona pretende acceder por sus propios medios al agua disponible, pero de una forma irregular, desconociendo los procedimientos y afectando el acceso de las demás personas que dependen de la misma fuente de agua.*
- 7. Cuando la afectación a la salubridad pública, como obstrucción a tuberías de alcantarillado, no afecta el mínimo vital (citado por Sutorius & Rodríguez, 2015 p.10).*

1.5. El derecho fundamental al agua potable, desde la gobernanza del recurso hídrico

La Gobernanza del agua es un concepto desarrollado desde comienzos del siglo XXI, referido a la interacción de los sistemas políticos, sociales, económicos y administrativos que entran en juego

para regular el desarrollo y gestión de los recursos hídricos y la provisión de servicios de agua a diferentes niveles de la sociedad (UNDP, 2000).

La Gobernanza del agua existe donde las organizaciones estatales encargadas de la gestión del recurso establecen una política efectiva, junto con un marco legal apropiado para regular y gestionar el agua, de forma tal que responda a las necesidades ambientales, económicas, sociales y políticas del Estado, con la participación de todos los agentes sociales (Domínguez-Serrano, 2011, p. 12-25).

Una buena gobernanza para la Gestión Integral del Recurso Hídrico (GIRH) es aquella donde la autoridad establece reglas claras y ofrece espacios de participación a otros actores y sectores en la gestión del agua, donde las decisiones respecto a las políticas públicas son establecidas por consenso con todos los actores que intervienen en dicha gestión del agua. Para llegar a este punto, son necesarios otros elementos que condicionan la efectividad del sistema de gobernanza y son la participación efectiva en las decisiones y el reconocimiento de los contextos socio-culturales para generar nuevos marcos institucionales, además de la institucionalidad. De otra manera, vemos en las legislaciones un esquema ideal de gestión mientras que el día a día de la problemática del agua nos muestra otras realidades. Actores sociales que deciden bajo otras reglas “informales”, incluso al margen de la ley o del modelo de GIRH, políticas territoriales o sectoriales que pesan más en la arena de la toma de decisiones, y el agua, como eje rector o articulador, pasa a segundo plano.

1.6. El derecho fundamental al agua desde los marcos legales e institucionales del sector

El rol de la legislación es articular funcionalmente el modelo de gestión de aguas en dos aspectos: en primer lugar, de forma vertical entre las diversas autoridades del agua estableciendo las competencias sobre los recursos hídricos, sean de gestión o de provisión de servicios.

Para la OECD (2011) no es relevante el modelo de estado (centralizado o federal) para adoptar la GIRH; responde más bien a otros criterios como la unidad de cuenca, y este es un buen argumento para impulsar los procesos de actualización legislativa y evitar fragmentaciones en las visiones territoriales sobre el agua. Países como Brasil o México que gestionan por cuencas y sobre la base de la GIRH han servido de referencia para otros en la adopción de sus leyes nacionales de agua. (Domínguez-Serrano, 2011, p. 8-10).

En los países latinoamericanos se observa una modernización de sus leyes de agua, y un reverdecimiento de la legislación, la incorporación de principios como la participación (aunque de forma nominal), y avances en la gestión transfronteriza.

La normativa del agua en Latinoamérica debe estar acorde con los cinco principios enunciados de la gobernanza: la existencia de arreglos institucionales, acceso a la justicia efectiva, participación, transparencia y rendición de cuentas e incorporación de grupos vulnerables. En un sentido amplio, el objetivo de esa articulación es la democratización de ciertas decisiones en torno al agua. Por esta razón, se vuelven materia de estas legislaciones, los elementos que son concomitantes al funcionamiento de toda democracia, tales como la transparencia, la socialización de la información, la conciliación de intereses, que deberán estar garantizados por ley con instrumentos de protección eficaces, más allá de la enunciación como derechos. Pero también el reto legislativo consiste en normar una relación en la que ciudadanos y autoridades se convierten en copartícipes de un mismo proceso deliberativo orientado a conservar en buen estado ecológico las aguas sobre la aplicación del enfoque de GIRH.

Asimismo, hay que referirse a la fuerza de los valores socio-culturales que encuentran reconocimiento constitucional en la región, la concepción del agua no sólo como recurso natural, sino con un valor simbólico y cultural, más allá del económico.

Los instrumentos jurídicos deben reconocer a la gestión del agua normada por usos y costumbres. Existen legislaciones en la región sobre los derechos y la cultura de los pueblos originarios. Estos instrumentos jurídicos les reconocen diversos grados de autonomía para usar los recursos naturales con que cuentan en su territorio. Sin embargo, no es posible hablar de una sola visión legal en el Continente con respecto a los derechos que tengan estas comunidades sobre el agua y su manejo. Pero si se pueden extraer principios de gestión de bienes comunes (Ostrom), válida para ámbitos locales, comunitarios. De modo que, si bien, estos colectivos asumen un manejo conjunto sobre el agua, repartíendose responsabilidades según sus usos y costumbres, más que hablar de una forma paralela de gestión del agua reconocida en la ley, debería considerarse estas posibilidades de manejo y conservación del agua en la legislación formal, como sucede en otros ámbitos de los derechos indígenas. El fortalecimiento institucional debe ser un proceso continuo que refleje la necesidad que tiene la sociedad de adaptarse a nuevas ideas,

tecnologías y realidades sociales y políticas en constante cambio y debe considerar como elementos principales: la creación de un ambiente propicio con marcos legales y políticos adecuados; el desarrollo institucional, incluida la participación de la sociedad, y el reconocimiento de las reglas informales de gestión social.

2. Título II. El agua potable como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico

La teoría del Estado social reconoce al sujeto, que debe ser protegido por el Estado en función de sus necesidades básicas, por lo tanto, 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-Pulido, 2018, p.38); en consecuencia, 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 por el contrario, debe partirse de la base de la necesidad o necesidades básicas de la persona” (Burgos-Cárdenas, 2019, p. 14).

Para Madriñán-Rivera (1997), de conformidad como se concibe en el Estado de derecho, el propósito es proteger derechos y libertades fundamentales dentro de un marco de condiciones sociales y económicas justas, por tanto, una de los mayores avances en el constitucionalismo implicó una transformación porque puso en cabeza del Estado y sus instituciones, la obligación de satisfacer las necesidades y prestación de servicios públicos (p.42).

El Estado Social de Derecho ESD es aquel que incorpora en el ordenamiento jurídico, derechos sociales fundamentales junto a los clásicos derechos políticos y civiles, siendo una de sus características, la introducción de las tres generaciones de derechos fundamentales, aunque delineado principalmente por los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos de segunda generación y de tercera generación, son aquellos que además de su función particular, permiten relaciones de conexidad (Uprimny-Yepes, 1994, p. 202; Villar-Borda, 2007, p. 82).

Madriñán-Rivera (1997) se refiere a la realización de la igualdad a través de la garantía de un mínimo existencial para lograr una vida digna para todos (p.55), siendo éste concepto y el de vida digna, objeto de múltiples discusiones, al igual que el grado de obligación que tienen los Estados y sus respectivos sistemas económicos para garantizarle a los ciudadanos ese mínimo vital, en especial, cuando se trata de un Estado que, como Colombia, presenta altos índices de pobreza absoluta e indigencia, con una precaria calidad de vida, en donde toma preponderancia el agua potable y su provisión de mínimo vital.

En este capítulo *se aborda la segunda categoría*, “análisis de doctrina y jurisprudencia del derecho fundamental al agua potable en Colombia y la Responsabilidad del Estado para

gestionarlo y garantizarlo”, a partir de elementos de la filosofía del derecho, la teoría del derecho (como ESD) constitucional y contenido jurisprudencial en las sentencias de la Corte que otorgan el reconocimiento del agua como derecho fundamental.

2.1. El derecho fundamental al agua desde la filosofía del derecho y la teoría constitucional

Prima facie, esta sección se aborda para resolver tres preguntas básicas: ¿qué se entiende por derecho fundamental y por qué el agua lo es?, ¿a qué tipo de derecho corresponde? Y ¿qué lo caracteriza para ostentar la categoría de derecho fundamental?

Para los doctrinantes Luigi Ferrajoli y Robert Alexy, definir la expresión derecho fundamental, es un aspecto referencial basado en tres concepciones: i) formal, ii) material y iii) procedimental (Alexy, 2003, 2008; Ferrajoli, 2014; citados por Sánchez-Prieto, 2017, p.14).

La concepción formal de los derechos fundamentales se refiere a los derechos que de forma taxativa ostentan tal categoría porque el texto constitucional así los califica (Alexy, 2003), que en Colombia corresponden a los consagrados desde el artículo 11 hasta el artículo 41, en razón a que en el Capítulo 1-Título II se les otorga esa calificación; sin embargo existe tensión y controversia, porque deja por fuera a los capítulos dos y tres del título uno relativos a los derechos económicos sociales y culturales, así como a los derechos colectivos y del medio ambiente.

La concepción material según el cual, se ostenta esa calidad los derechos que fundamentan al Estado y que por lo tanto únicamente el individuo es titular de los mismos, en otras palabras, “los derechos fundamentales son el resultado de la positivización de los derechos humanos en los ordenamientos constitucionales” (Alexy, 2008).

En la concepción procedimental de los derechos fundamentales, éstos poseen una doble connotación: porque fueron aprobados mediante una Asamblea Constituyente con mayoría calificada, y porque solo pueden ser modificados mediante Acto Legislativo por una mayoría calificada, por lo cual marcarían un límite a la democracia (Agudelo & Prieto, 2018, citado por Sánchez-Prieto, 2017).

Según la concepción estructural, Ferrajoli (2009) considera que los derechos fundamentales son los que cumplen con la siguiente composición: son subjetivos, inherentes a todos los seres humanos en calidad de ciudadano (sujeto de protección) y están en cabeza de un titular.

Para Bernal-Pulido (2015), un derecho fundamental, es tal, si la constitución le brinda tal categoría -concepción formal-, o si pertenece a la constitución o al bloque de constitucionalidad constitucional -concepción material- o si el mismo ha sido reconocido por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Bernal-Pulido, 2015).

En consecuencia de las anteriores planteamientos teóricos, el derecho fundamental al agua ostenta esa calidad debido a que, el mismo puede derivarse de la constitución mediante la denominada tesis de la conexidad o de los derechos fundamentales por conexidad, que corresponden a aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, “se les comunica esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionarían la vulneración o amenaza de los segundos” (Sentencia T-491 de 1992).

Esta situación supone la existencia de una categoría de derechos sociales, a menudo rotulados como innominados, es decir derechos que pese a no tener un reconocimiento formal en la constitución si guardan una relación inescindible con los que sí la ostentan. Teniendo en cuenta que, “el cumplimiento de los derechos sociales en su conjunto, comprende entonces el acceso a los bienes imprescindibles para la satisfacción de las necesidades más básicas del ser humano para tener una vida digna, como alimentación, salud, vivienda, ingreso y educación” (Becerra-Ramírez & Salas-Benítez, 2016, p.134); lo cual es denominado por Pisarello (2003, p. 23) como los “derechos de los desaventajados”, porque son los sujetos y los grupos más vulnerables de la sociedad, quienes tienen mayormente restringido el acceso a dichas prestaciones siendo, por lo tanto, los más interesados en su exigencia (citado por Becerra-Ramírez & Salas-Benítez, 2016).

De otra parte, la dignidad humana se refleja en la fundamentación del derecho fundamental al agua, en el hecho de tener condiciones que permitan una buena vida, puesto que si no se cuenta con el líquido vital no es posible desarrollarse fisiológicamente como individuo.

Sin embargo, como derecho fundamental, no es absoluto ni gratuito, aunque tratándose de un derecho social, el estado promueva y aplique el suministro de subsidios, aunque también determine sanciones por el despilfarro; ambas razones suficientes para señalar que el derecho humano al agua es residual, se subordina al de las empresas (Ifea, 2020).

Algunas ciudades como Bogotá, excepcionalmente reconocen el derecho a un mínimo vital de agua gratuito de 6 metros cúbicos por hogar-mes, para los hogares considerados más pobres (estrato socioeconómico 1 y 2), como beneficio adicional a los subsidios monetarios al consumo, del orden nacional.

2.2. Primer momento jurisprudencial: las bases del derecho al agua potable

Esta primera etapa 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; pero no desarrolla los factores necesarios para el ejercicio y disfrute de este derecho (Burgos-Cárdenas, 2019).

A continuación, se describen los resultados de un trabajo de revisión de las sentencias más pertinentes proferidas por la Corte Constitucional, realizado por Ubajoa-Osso (2016), reportados por Burgos-Cárdenas (2019) y complementados por el autor, para lo pertinente.

Sentencia T-406 de 1992. El Estado tiene la obligación de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del País.

Sentencia T- 472 de 1993. 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- 406 de 1992. 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- 570 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- 523 de 1994. 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. 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.

Sentencia T- 092 de 1995. En esta sentencia, se ordena realizar el mantenimiento al sistema de acueducto y alcantarillado para garantizar la calidad del líquido.

Sentencia T- 379 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. Derecho de todas las personas para acceder a la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, con un suministro continuo y sin interrupciones. La sentencia proscribe las conexiones irregulares o sin autorización de la empresa prestadora de servicios, debido a que este tipo de actos lesionan al Estado.

Sentencia T- 244 de 1994. Constituye el antecedente para lo que se denominó “obligaciones de cumplimiento inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo en materia de agua”.

En las siguientes sentencias se describe y prescribe la doble connotación del acceso al recurso hídrico en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional: como derecho fundamental y como un servicio público domiciliario

Sentencia T-578 de 1992. Para la garantía del acceso al agua, tiene doble connotación: suministro es un derecho fundamental cuando está destinado al consumo humano y, se constituye como servicios público domiciliario al acueducto y alcantarillado; pero no constituye un derecho fundamental para las personas jurídicas.

Sentencia T-232 de 1993. El consumo humano es el uso prioritario del agua, por encima del uso agropecuario o industrial.

Sentencia T-413 de 1995, T-410 de 2003, T-652 de 2013. Reiteración de que el consumo humano del agua es prioritario sobre otros usos domésticos o agrícolas.

Sentencia T-410 de 2003. 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-888 de 2008. 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. Se fijaron reglas para la procedencia de la acción de tutela: que la necesidad sea destinada al consumo humano o que se demuestre que el agua provista no es apta para el consumo humano. Además, para acceder al servicio de acueducto y alcantarillado, se cumplan con los requisitos establecidos.

Sentencia T-381 de 2009. Para la protección del derecho al agua, el amparo procedente es la acción de tutela y no la acción popular dado que se está ante un derecho fundamental.

Sentencia T-143 de 2010. El derecho al agua destinada 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-418 de 2010. 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-616 de 2010. Fue el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el servicio público domiciliario de acueducto y el derecho al agua.

Sentencia C-220 de 2011. Se aborda la constitucionalidad sobre el parágrafo primero del artículo 43 de la ley 99 de 1993, en lo concerniente al derecho fundamental al agua; se pone de presente dos dimensiones de este derecho; una objetiva y la otra subjetiva: i) **la 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; ii) **la objetiva** se refiere a que el derecho al agua es vinculante para todos los poderes del Estado.

Sentencia T-916 de 2011. 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 y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La conclusión de este primer momento jurisprudencial, es que la Corte Constitucional colombiana estuvo influenciada por normas y directrices provenientes del contexto internacional, en especial, por consiguiente, reconoció el derecho al agua potable y saneamiento básico, aplicando la Teoría de Conexidad con derechos fundamentales como la salud, vida, dignidad

humana, medio ambiente y, por ende, la necesidad de otorgar protección a estas condiciones que garantizan un estilo de vida adecuado.

2.3. Segundo momento: línea jurisprudencial sobre el derecho fundamental al agua

Este momento se caracteriza por desarrollar el contenido jurídico del derecho al agua como fundamental y, por consiguiente, los elementos y criterios para el adecuado disfrute. Con base en la revisión bibliográfica realizada por Ubajoa-Ossa (2016) a continuación, se describen las más importantes sentencias mediante las cuales se estableció la autonomía del DFA en Colombia.

Sentencia T-270 de 2007. Esta es la sentencia con la cual la Corte comienza recurrentemente a citar la Observación General No. 15 del Comité DESC. 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: disponibilidad, calidad y accesibilidad.

Sentencia T-888 de 2008. Desarrolla de forma clara y expresa los factores necesarios para el ejercicio del derecho al agua: la disponibilidad, calidad y accesibilidad

- *La disponibilidad*, referida a que el abastecimiento del líquido debe ser continuo y suficiente, sin interrupciones y un mínimo en el suministro. Este factor a su vez consta de tres dimensiones: **i)** cantidad, el mínimo vital de 50 litros por persona-día que debe garantizar el Estado Colombiano para la satisfacción de las necesidades básicas; **ii)** continuidad, referida a la no interrupción del suministro y este debe permitir satisfacer los usos personales y domésticos; **iii)** sostenibilidad del recurso hídrico, para la correcta gestión sostenible de los recursos.

- *La calidad*. Factor referido 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.

- *La accesibilidad*. Implica el agua al alcance de todos, desde cuatro dimensiones: **i)** física, el líquido vital debe estar al alcance de todos los sectores de la población; **ii)** económica, el agua debe estar al alcance económico de todas las personas, para que pueda sufragarlo sin poner en peligro otros derechos; **iii)** sin discriminación, el agua potable debe ser accesible a todos los seres humanos, sin discriminación por motivos de raza, color, edad, idioma, religión, opinión política, entre otras; **iv)** 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.

Sentencia T- 546 de 2009. En esta sentencia se indica que a pesar que el derecho al agua no se encuentra directamente establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), 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-418 de 2010. Esta sentencia fue la primera en reconocer el agua como un derecho humano básico e indispensable para la vida digna. Determinó que existen unas obligaciones del Estado para garantizar el goce del derecho al agua de consumo humano, que pueden ser de cumplimiento inmediato (garantizar un grado mínimo de satisfacción) o de cumplimiento progresivo (medidas requeridas para concretar el derecho al agua, como la expedición de leyes o la planeación y construcción de obras civiles). El Estado debe invertir todos los recursos de los que disponga y no puede anteponer como pretexto la falta de recursos económicos.

Las obligaciones de proteger hacen alusión al deber del Estado de impedir que terceros lesionen el derecho al agua, dichas obligaciones son: **i)** 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; **ii)** que se impida a terceros el menoscabo del acceso al agua a través del cobro de costos irrazonables; **iii)** que se promulguen normas tendientes a salvaguardar judicialmente los derechos ante las afectaciones de terceros.

Las obligaciones que el Estado debe diseñar y poner en funcionamiento las medidas: 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 refiere 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.

De otra parte, 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 Naciones Unidas para el Desarrollo; lo cual sugiere que la escasez del recurso hídrico es resultado de la *mala gestión de los recursos hídricos*.

Sentencia T-279 de 2011. Determinó que “la obligación de garantizar el acceso a una cantidad esencial mínima de agua suficiente para el uso personal y doméstico *no es una cuestión que esté sujeta al debate público y la ejecución presupuestal, pues constituye un verdadero y autónomo derecho fundamental de las personas* sin el cual la vida, la salud y la dignidad de éstas se ven completamente comprometidas”.

Sentencia T-740 de 2011. Esta sentencia marcó un hito, paradigma para muchos, como punto de partida por el reconocimiento del derecho fundamental al agua potable y de la justificación que brinda. A partir de ella la Corte determinó que los rasgos característicos del preciado líquido son parte de su fundamento jurídico, tales como: es una necesidad básica, es de carácter universal y objetivo, concomitante con la Observación General No. 15 reitera que el agua potable es una garantía que permite el disfrute de otros derechos tales como la alimentación, la salud, la vida. De otra parte, que la falta de pago no era una razón que justificara la decisión de suspender el servicio y que ésta implicaba la vulneración del derecho fundamental al acceso al agua potable.

Sentencia T-752 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-312 de 26 de abril de 2012. Aludiendo a la naturaleza subjetiva del derecho al agua, si la misma está destinada al consumo humano como fuente de vida y presupuesto ineludible para la supervivencia, estableció que: “es imprescindible para garantizar la vida misma y la dignidad humana, entendida esta como la posibilidad de gozar de condiciones materiales de existencia que le permitan desarrollar un papel activo en la sociedad. (...) siendo procedente la acción de tutela para su salvaguarda”.

Sentencia T-891 de 2014. Recopiló las reglas aplicables al acceso al agua potable, así:

“(i) el agua para consumo humano es un derecho fundamental, pues se encuentra en conexión con el derecho a la vida digna y a la salud; ii) el derecho al agua puede ser protegido por medio de tutela contra autoridades públicas o particulares, cuando estos entorpezcan su disfrute; iii) en los casos en que la realización del derecho al agua implique la ejecución de programas, es posible exigir el cumplimiento inmediato de ciertas obligaciones como la adopción de un plan con contenidos, forma de diseñarlo, ponerlo en marcha y evaluarlo; iv) el derecho al agua se encuentra unido de forma indivisible e interdependiente a los demás derechos fundamentales; v) se vulnera el derecho al agua cuando el suministro del servicio se hace de forma discontinua, en detrimento de las garantías mínimas de los individuos; vi) se puede vulnerar el derecho al agua debido a la inexistencia del servicio de acueducto; vii) no puede suspenderse

la provisión de agua en situaciones de emergencia; viii) deficiencias en los servicios de alcantarillado o acueducto pueden poner en riesgo los derechos fundamentales de los usuarios; ix) no pueden oponerse los reglamentos, procedimientos o requisitos como obstáculos que justifiquen desconocer el derecho al agua, más allá de las restricciones que resulten razonables; x) la realización del derecho fundamental al agua está dada por la satisfacción de las necesidades básicas para tener una existencia digna.”

Sentencia T-297 de 2018. Determina que la obligación de garantizar el recurso hídrico no puede ser omitida bajo argumentos de tipo técnico, contractual o económico (públicos o privados), por lo tanto, señala que corresponde a los prestadores, tomar las medidas necesarias para “asegurar el acceso al agua potable y cumplir los requisitos de calidad, disponibilidad, accesibilidad y asequibilidad económica y física con los que se debe prestar el suministro de agua potable para el consumo humano, para así no afectar derechos fundamentales y cumplir con la satisfacción de las necesidades básicas de la población”.

2.4. Posiciones alternativas frente al derecho al mínimo vital en Colombia

En estudio comparado realizado por Bernal-Pulido (2015), evidenció las ventajas de aplicar el principio de proporcionalidad sobre el criterio del mínimo vital, que actualmente maneja la Corte. Considera que es El Estado es el destinatario de este derecho fundamental y, por tanto, el competente para sufragar el costo de la cantidad de agua mínima cuando el ciudadano está en demostrada incapacidad de pagarla.

En relación a la sentencia T-740 de 2011 señala que, si la Corte hubiera utilizado el principio de proporcionalidad, hubiera salvaguardado los derechos de una empresa de servicios públicos domiciliarios a quien se le impuso la carga de subsidiar en un 50% el agua gratuita que se suministra a la peticionaria de la acción de tutela. (p. 207).

Para Bernal- Pulido su planteamiento está basado en que:

“En el marco de un Estado Social de Derecho, en principio, quien tiene el deber de satisfacer al titular del derecho es el Estado y no las empresas de servicios públicos domiciliarios. En el marco del régimen constitucional de un Estado Social de Derecho, la comunidad política, representada por el Estado, es aquella que, en estricto sentido, tiene la función de satisfacer las necesidades básicas del individuo cuando este o su familia no tengan capacidad para hacerlo. Esta no es una función propia de las empresas de servicios públicos. Si esto es así, entonces no se entiende por qué la empresa de servicios públicos domiciliarios solo puede recuperar el 50% del valor del

agua mínima que debe proveer a los sujetos de especial protección constitucional, además de instalar a su cargo los medidores correspondientes.

El destinatario de este derecho es el Estado que, por ende, debería restituir a estas empresas el 100% del costo del agua que ellas suministran a los sujetos de especial protección constitucional. Atribuir a las empresas de servicios públicos el subsidio en un 50% del agua desconoce las exigencias que derivan de la libertad de empresa y los demás derechos constitucionales y legales de las empresas de servicios públicos domiciliarios”.

Señala Bernal Pulido (2015) que, la proporcionalidad de esta medida deriva de la constatación de que mientras la carencia de agua mínima representa una afectación severa de los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional, el suministro de este subsidio por parte del Estado solo puede suponer una intervención media o leve en las finanzas públicas.

En esta posición de proporcionalidad, distante de la asumida en la actualidad por la Corte constitucional colombiana, no debería considerar a las empresas de servicios públicos domiciliarios como destinatarios del derecho fundamental al agua; por lo tanto, el Estado debería permanecer como el destinatario de este derecho fundamental y como el *responsable exclusivo* de su satisfacción.

Desde la arista opuesta, hay sectores de la sociedad civil quienes, de conformidad con los criterios *soft law* de la Responsabilidad Social Empresarial, consideran que las ESP deberían asumir estos deberes en forma voluntaria, para cumplir con la responsabilidad transferida desde el Estado mediante Ley 142 de 1994.

3. Título III. Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por la vulneración del derecho fundamental al agua potable

La expedición de la Constitución Política de Colombia produjo cambios sustanciales en conceptos como la Teoría del Estado, dado que nuestro país pasó de ser un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho y Democracia, enalteciendo al ser humano como pilar fundamental del Estado, como ser centro y finalidad de la acción y administración estatal; para lo cual proclamó una serie de derechos individuales, colectivos, del medio ambiente y fijó responsabilidades del Estado para su protección y garantía.

El artículo 90 de la CPC fijó el principio en el que confluyen los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal precontractual-contractual-extracontractual erigiéndose en presupuesto insoslayable de la concepción social y democrática del Estado; porque el fundamento de la responsabilidad ya no es la calificación de la conducta de la Administración Pública, sino la calificación del daño que ella causa.

A partir de la CPC de 1991 (art. 90), se trata de establecer si cualquier actuar público produce o no un daño antijurídico, es decir un perjuicio en quien lo padece y que no estaba llamado a soportar. Este nuevo fundamento de responsabilidad estatal, basado en la noción de daño antijurídico, especialmente para salvaguardar los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración.

En este capítulo se aborda la tercera categoría de análisis, a partir del concepto de daño antijurídico y los títulos de imputabilidad de la Responsabilidad del Estado, para aproximarnos al tema de los diferentes regímenes de la responsabilidad extracontractual del Estado, para desde esa figura, analizar la vulneración del derecho fundamental al agua potable, por incumplimiento de la obligación positiva del Estado.

3.1. La responsabilidad del Estado

En Colombia se consagró esa responsabilidad inicialmente asimilada a la responsabilidad de los particulares y solo hasta hace algún tiempo se sometió a normas y principios propios del derecho administrativo, después de una etapa intermedia. De manera que, una vez reconocida la responsabilidad del Estado, se encuentran tres etapas: la aplicación del derecho privado, una etapa

de transición y la aplicación del derecho público sin que correspondan necesariamente a periodos cronológicos”

Antes de la Constitución de 1991, no encontrábamos una norma general sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta norma no solo obliga al Estado a responder, si no que indica cuales deben ser los ámbitos de actuación de los funcionarios públicos, pues establece los requisitos para que opere la responsabilidad, esto es que exista un daño antijurídico imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

La Corte Constitucional junto con su similar el Consejo de Estado, han definido el artículo 90 de la constitución política, como “un principio constitutivo de la responsabilidad del Estado”, por ello ha dicho el alto tribunal que el artículo 90 “es el tronco fundamental de la responsabilidad del Estado”.

Lo anterior no significa que los títulos de imputabilidad de responsabilidad, sean iguales en todas y cada una de las situaciones, dado que en la doctrina y la jurisprudencia existen diversos regímenes de imputabilidad, pues en algunos casos se exige la prueba de culpa de la autoridad, en otros se presume, en cambio cuando existe ruptura de cargas (daño antijurídico), se consagra una responsabilidad objetiva.

Todos estos regímenes quisieron ser englobados bajo la noción del daño antijurídico, por lo cual este subsume cualquier régimen de responsabilidad del Estado al construir la institución de la responsabilidad de la administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a tratarse sobre un principio abstracto de la garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado, para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación, cuando se produce un daño patrimonial,

Según Fernández-Ramón & García de Enterría (2020), el daño antijurídico no es una actividad ilícita del Estado, sino es el perjuicio provocado por este a una persona la cual no está en el deber jurídico de soportar el perjuicio.

La responsabilidad se causa a partir de la actuación de la administración y no del funcionario que causa el daño, entonces la responsabilidad se sitúa en la posición de la víctima. Esta figura tal

como está consagrada, es lo que ha venido desarrollando el Consejo de Estado sobre la responsabilidad por falla del servicio y daño especial.

En el ordenamiento jurídico se ha definido el daño antijurídico como la lesión al interés legítimo, patrimonial, extra patrimonial que la víctima no está en el deber de soportar, por consiguiente, este daño puede ser producto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita, esto corresponde como lo veremos a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva (Consejo de Estado, Sentencia del 13 de Julio de 1993).

Considera la jurisprudencia de la corte Constitucional que esta definición del deber de reparar por parte del Estado cuando alguien no está en el deber de soportar, está enmarcada dentro de los principios y valores del Estado social de derecho.

Así la responsabilidad del estado es un elemento para proteger a los asociados frente a la actuación frenética del Estado la cual puede causar daños lícitos e ilícitos obligando al Estado a responder patrimonialmente por sus actuaciones u omisiones.

No es suficiente que exista un daño antijurídico, sino que este debe ser imputable al Estado lo cual implica que debe existir un título de imputabilidad.

Por esta razón lo altos tribunales sostienen que para imputar al Estado la obligación de reparar daños es menester que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juez elabore un juicio de imputabilidad que permita incluir un título jurídico.

3.2. El concepto de daño

Dado el innumerable tratamiento conceptual de daño a continuación, se presentan las posiciones de importantes académicos y doctrinantes del derecho administrativo colombiano, citados por Henao-Pérez (1998).

Para De Cupis, daño no significa más que nacimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable; mientras que para Fernando Hinestrosa daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja.

Javier Tamayo considera que daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extra patrimonial.

Para Escobar Gil daño significa “todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza”.

Bustamante-Alsina lo plantea en términos del menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral).

Por su parte, el propio Henao-Pérez (1998) define al daño como la aminoración patrimonial sufrida por la víctima. Dicha conclusión es planteada luego del estudio que el autor hace de las principales reglas del daño, entre las que se destacan que el concepto de daño es el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad, en otras palabras, el daño es el punto de partida para determinar la responsabilidad del Estado, pero a la vez reconoce que el daño puede no comportar responsabilidad si no es antijurídico. En consecuencia, el daño es requisito necesario mas no suficiente para que se declare la responsabilidad.

Henao-Pérez (2015), resalta tres aspectos del daño que sobresalen respecto de la noción de reparación, **i)** la lesión sobre intereses pecuniarios y sobre intereses no pecuniarios, **ii)** la lesión sobre intereses individuales o sobre intereses colectivos y **iii)** la simple amenaza de lesión definitiva del derecho como daño “lo importante ahora es observar que dicha lesión se puede presentar tanto sobre intereses pecuniarios como no pecuniarios, lo mismo que sobre intereses colectivos o individuales, sin dejar de lado que la amenaza de lesión definitiva del derecho también es per se un daño” (p.45).

El exmagistrado, exministro y doctrinante Gil-Botero (2020), presenta una extensa disertación sobre lo que respecta al daño, al cual hay que acreditar su existencia, y corresponde probarlo a quien lo sufre, conforme a la ley y además “constituye un presupuesto ontológico porque no bastan las afirmaciones sobre la realidad del daño, pues se requiere su constatación fenoménica, o sea, la prueba de su materialización, que no es más que el menoscabo patrimonial que sufre quien lo padece” (Gil-Botero, 2020, p. 64).

La culpa en cambio, como factor de imputación, “compite con otros fundamentos de atribución o de responsabilidad de tipo objetivo, como la equidad, la garantía, el riesgo creado, la solidaridad,

la distribución de las cargas públicas” (Gil-Botero, 2020, p. 90), siendo estos unos factores objetivos que como criterios legales o jurídicos de imputación se hallan en pie de igualdad con el de la culpa en un plano específico de aplicación.

Respecto al daño especial como criterio de imputación, es asignada a la administración pública, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, “equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad” (Gil-Botero, 2020, p. 92).

Se podría resumir respecto del daño antijurídico que, es el elemento principal para imputar responsabilidad al Estado y que consiste en la afectación patrimonial injusta que recibe una persona a sus intereses lícitos ya sea sobre derechos pecuniarios o no pecuniarios, individuales o colectivos, con ocasión de la acción o de la omisión de las autoridades, afectación que la víctima no está en deber jurídico de soportar.

Las posturas y planteamientos conceptuales dejan claro que, el daño antijurídico es el fundamento, el sustento de la responsabilidad del Estado y del carácter resarcitorio mediante la indemnización, esto en atención al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y frente a las cargas públicas.

3.3. Características del daño indemnizable

El daño para ser indemnizable debe cumplir las siguientes características:

- *Carácter personal del daño.* Será personal el daño cuando la víctima o el demandante demuestra haberlo sufrido, es decir, la legitimación en la causa, Independencia a que se trate de una “situación jurídica protegida” que se presume salvo que obre prueba en contrario.

- *Carácter cierto del daño.* Existe responsabilidad cuando el daño se ha causado y no es hipotético, se presenta de dos formas: daño consolidado y daño no consolidado, y este a su vez puede ser, daño no consolidado a partir de una situación existente y daño no consolidado a partir de una situación inexistente.

- *Elementos clásicos de la Responsabilidad extracontractual del Estado,* son: **i)** la existencia de un hecho, **ii)** un daño y **iii)** un nexo causal entre los dos.

Con la puesta en marcha de la CPC de 1991, cambió radicalmente el concepto de Responsabilidad Extracontractual del Estado, al imponer como fundamento de la misma al daño antijurídico, restándole de esta forma importancia al elemento subjetivo del autor del daño y dándole relevancia al daño que reciba el ofendido, en tal virtud los regímenes de responsabilidad conocidos hasta entonces, dejan de ser fundamento y pasan a ser argumentos jurídicos para imputar la responsabilidad del Estado de la siguiente manera:

- *Solo si el daño es antijurídico, es indemnizable, si no es antijurídico, no es indemnizable*, puede suceder que exista un daño, pero si este no es antijurídico, el imputado no está obligado a repararlo, porque si no es antijurídico, significa que el afectado o quien sufre el daño, está obligado a soportarlo.

- *Si no existe daño, no existe responsabilidad*, el daño es el núcleo fundamental y en tal virtud para hablar de responsabilidad, primero se debe estudiar si existe daño.

- *Para que el daño sea indemnizable, siempre debe recaer sobre un interés lícito*, es decir, que el perjuicio por el cual se reclama la reparación, debe tener su fuente en una situación legalmente protegida o lo que es lo mismo que no sea contraria a derecho.

Según el artículo 90 de la CPC, “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Este precepto constitucional, recoge un principio de derecho según el cual, quien cause un daño a otro debe repararlo, hoy este principio no solo se predica del derecho privado, pues la norma constitucional regula la responsabilidad del Estado de reparar, resarcir, es decir, indemnizar a quien sufra un daño, por la acción o por la omisión de las autoridades públicas.

Los requisitos exigidos, a la luz del precepto constitucional, para que se reclame del Estado la indemnización de perjuicios por la acción u omisión causada a los particulares, son: **i)** que exista un daño anti jurídico, **ii)** que el daño haya sido causado por la acción o la omisión de una autoridad pública y **iii)** que el daño sea imputable al Estado.

Desde el año 1964 se asignó al Consejo de Estado como el competente para conocer los asuntos de Responsabilidad del Estado. El desarrollo en materia jurídica del máximo tribunal contencioso jurídico, ha avanzado tanto que hoy el fundamento de la Responsabilidad se llama *daño antijurídico*, que consiste en que el Estado debe responder por todo daño que la víctima no está

obligada a soportar. No solo se responde por la tradicional falla de servicio, cuando hay un servicio prestado por el Estado, sino en cualquier otro caso en que con o sin servicio prestado por el Estado, se ocasione un daño, aun por un tercero (como los delincuentes comunes o las guerrillas) pero que la víctima no estaba obligada a soportar, lo cual no es suficiente para condenar a una entidad, el daño le tiene que ser imputado a la entidad estatal y se imputa cuando el estado está obligado a algo.

3.4. El daño antijurídico

Con la entrada en vigencia de la constitución de 1991 y en especial con lo dispuesto en el Artículo 90 superior que, establece al daño antijurídico como fuente de los títulos de imputación de la Responsabilidad del Estado, a partir del estudio de la mencionada norma constitucional; algunos doctrinantes, se apegan a la teoría que, frente a la Responsabilidad del Estado, hoy no ha cambiado nada y que en tal virtud se siguen aplicando los regímenes de falla del servicio probada como regla general, falla del servicio presunta como un régimen intermedio y los regímenes no condicionados a la falla del servicio o regímenes objetivos, afirmando que siendo el daño antijurídico el género, los anteriores regímenes son especies del mismo;

Otras corrientes de pensamiento afirman que, *la consagración del daño antijurídico genera una responsabilidad objetiva*, es decir, una responsabilidad en la cual carece de importancia el elemento culpa, razón por la cual, el Consejo de Estado ha generado una tendencia hacia objetivar la Responsabilidad del Estado.

3.5. Tipos de perjuicios

De acuerdo con el precepto jurisprudencial del Consejo de Estado, existen perjuicios de tipo material e inmaterial.

- Perjuicios materiales, el cual se presenta de dos formas, **i)** daño emergente, que no es otra cosa que la pérdida que se experimenta por el incumplimiento de una obligación, dicha pérdida implica la salida del patrimonio, es un gasto, es decir se experimenta una disminución patrimonial, es el caso de los gastos médicos; **ii)** el lucro cesante, que se presenta en el provecho o utilidad que deja de percibir la víctima a raíz del perjuicio, en otras palabras, un beneficio nunca entró al patrimonio, hay una afectación en términos de acrecer el patrimonio.

- Perjuicios inmateriales o no pecuniarios: se presentan en el daño moral que no es otra cosa que la afectación a los sentimientos, la espiritualidad, creencias que le producen dolor, aflicción, congoja, tristeza, es un daño se produce en la esfera interna de la persona, es compensables en dinero o mediante otra forma decidida por el juez, este perjuicio se ha reconocido a hijos aun no adoptados, nueras o yernos que mantenían una relación muy cercana con sus suegros, hijo póstumo, esposa divorciada y al tiempo a compañero o compañera permanente, amigo cercano.

3.6. Responsabilidad Extracontractual del Estado

Retomando el concepto anterior, el Estado debe responder frente a cada uno de las siguientes situaciones problema: i) la existencia de un hecho, ii) un daño y iii) un nexo causal entre los dos.

Para una fluida interpretación, los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se presentan a través de tres preguntas:

3.6.1. El daño: ¿qué se debe indemnizar?

El daño es inherente a toda sociedad, toda actividad que realizamos supone algún grado de riesgo, por ejemplo, salir de la casa supone un eventual accidente frente al cual uno dice porque salí, pero si me quedo en la casa y se me cae el techo encima diré porque no salí, todo es eventualmente dañoso, por tal razón es necesario estudiar el daño, desde lo que es indemnizable, se deben indemnizar los perjuicios materiales o pecuniarios y los inmateriales, los primeros son el daño emergente y el lucro cesante, los segundos son el daño moral, el daño a la salud y la vulneración a bienes convencionales y constitucionales.

3.6.2. La imputación: ¿Quién debe indemnizar?

Este elemento es importante porque no todo daño ocasionado al ciudadano es indemnizable por el Estado, es el caso del daño que se le ocasiona a un particular, por haber incumplido un contrato o por haber cometido un delito, será el particular quien deba indemnizar.

Para determinar la imputación, se deben establecer las causas del daño, pero no todas sino la causa adecuada del daño, por ejemplo si una señora asiste a una clínica del Estado y muere en ella, es indiscutible que existe un daño, pero este solo será imputable al Estado cuando se demuestre que la señora murió por negligencia oficial, pero si muere porque un grupo de asaltantes ingresa a la clínica y ataca a los enfermos, será indiscutible que la causa del daño no es imputable a la administración.

Dicha teoría se elimina con otra llamada teoría de la causa adecuada, según la cual solo será causa de un daño, lo que lo genere en forma adecuada, es decir lo que, conforme a las leyes de la experiencia, sea apropiado para generar un resultado (Henao-Pérez, 2015).

3.6.3. El fundamento jurídico: ¿por qué se debe indemnizar?

De acuerdo con la doctrina colombiana y el precedente jurisprudencial, las teorías por las cuales se permitirá establecer las razones para la indemnización –reparación- del daño, se pueden agrupar en: falla del servicio, responsabilidad subjetiva; daño especial, responsabilidad objetiva; riesgo excepcional, responsabilidad objetiva.

3.7. Tipos de responsabilidad del Estado

En términos generales la responsabilidad puede ser: penal, civil, política, disciplinaria, fiscal, administrativa, todo el que cause un daño debe repararlo, ese es el fundamento de cualquier forma de responsabilidad, eso en ultimas es justicia, pero la forma mediante la cual se aplica ese principio es distinta tratándose de personas naturales o si por lo contrario se trata de personas jurídicas, en el caso de las naturales, si alguien causa un daño, por ejemplo porque cometió un delito, con o sin intención de hacerlo, debe responder tanto penal como civilmente, pero si es una persona jurídica la que comete un daño, penalmente no responde, solo lo hacen sus *directivos civilmente y cuando sea una persona publica, existen varias formas de responsabilidad* como son, política, disciplinaria, fiscal, esta última responsabilidad es subjetiva, ya que no pretende sancionar sino recuperar dineros y la responsabilidad administrativa que va en contra de una entidad.

La responsabilidad administrativa puede ser objetiva cuando no importa la culpa y subjetiva cuando sí importa la culpa, se puede decir que una falla por un indebido tratamiento o procedimiento medico es distinto al daño ocasionado por el ejercido en una actividad peligrosa, como el manejo de vehículos o de armas, en el primer caso se presenta una responsabilidad subjetiva puesto que se produce por un indebido procedimiento médico, en la misma el hospital se exonera de responsabilidad demostrando que actuó con diligencia, con pericia, con cuidado mientras que si se ocasiona un daño con un vehículo oficial, la entidad no se exonera de responsabilidad así demuestre que cumplió todos los protocolos, en otro caso si un soldado mata accidentalmente a un civil o a otro militar, no se exonera de responsabilidad al ejército demostrando que cumplió todos los protocolos de las armas o que no pudo evitarlo, esa es la

diferencia entre los regímenes objetivos y subjetivos de responsabilidad, que la diligencia y cuidado exonera en la responsabilidad subjetiva y no exonera en la responsabilidad objetiva, en los dos tipos de responsabilidad si exonera la fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero.

En el régimen de responsabilidad objetiva el fundamento de la responsabilidad es distinto al del régimen de responsabilidad subjetivo, en el régimen de responsabilidad objetivo el fundamento es la violación al principio de igualdad ante las cargas públicas y aquí el punto es que no interesa que diligencia tuvo la entidad en el manejo del arma o del vehículo o en cualquier otro caso que se vulnere la igualdad en las cargas públicas, sino que el Estado así haya obrado diligentemente debe responder, en los regímenes subjetivos el fundamento es la falla de servicio, es decir que el Estado responde cuando el servicio no haya funcionado o lo haya hecho tardíamente, pero como en el caso de los procedimientos médicos, si actuó diligentemente y lo prueba, solo se exonera de la responsabilidad, por eso es tan importante el tema de la carga de la prueba en este régimen.

3.8. Los títulos de imputación en la responsabilidad extracontractual del estado

La imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, con base en la relación existente entre aquel y este.

La responsabilidad contractual tendrá como títulos de imputación (por daño antijurídico) los mandatos de buena fe, la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos (Ley 80 de 2003 Art. 28).

En la responsabilidad contractual lo serán la falla del servicio, la culpa personal prevista en el inciso 2º del artículo 90 de la CPC, la igualdad de personas ante la ley, el riesgo excepcional establecido en la ley 104 de 1993; el error judicial y el anormal funcionamiento de administración de justicia, la inconstitucionalidad de la ley y, los principios de equidad y justicia.

3.8.1. Imputabilidad por falla del servicio

Cuando se habla de responsabilidad del servicio se hace referencia a una especie de responsabilidad nacida de una falla funcional u orgánica que entra fundamento en un servicio que la administración debía prestar bien por disposición normativa o cuando de hecho lo asume y que

no lo presta o lo presta de manera irregular (Consejo de Estado, Sala de la Contencioso Administrativo. Sección Tercera, expediente 5902 del 24 de octubre de 1990).

El Consejo de Estado al definir la falla del servicio “La experiencia ha demostrado que al atenerse al solo criterio que podríamos llamar funcional deja por fuera muchos casos de evidente falla del servicio, por la sola razón de no estar comprendido el servicio como parte de una función creada expresamente por la ley y encomendado un determinado ente. Por esto los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que esta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento lo expresa claramente sino también en todos aquellos eventos en que, de hecho, la administración asume un derecho, un servicio y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el estado debe cumplir.” (Consejo de Estado Sala de la Contencioso Administrativo, Sección Tercera expediente 5225 del 30 de junio de 1989).

Los elementos de la falla del servicio son: **i)** un servicio que funciona mal o se hizo tardíamente, **ii)** un perjuicio, **iii)** una relación de causalidad entre i) e ii).

3.8.2. Responsabilidad Objetiva

Esta responsabilidad se justifica en el principio fundamental contenido en el artículo 1, CPC de 1991, el que indica Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, es muy importante el principio de la igualdad ante las cargas públicas que no es más que una derivación obvia del principio constitucional de la igualdad de todas las personas (art. 13 CPC).

En la responsabilidad objetiva la administración solo podrá eludir la culpa alegando la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero, no podrá exonerarse la administración demostrando que actuó con diligencia y cuidado o que se debe a un caso fortuito, en principio este tipo de responsabilidad no se basa en la culpa, sino radica en la antijuridicidad del daño.

3.9. Análisis de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por vulneración del DFA.

Para abordar esta sección, el autor parte de dos hechos fácticos a través de los cuales se realiza el análisis del problema jurídico.

- Primero, que la Sentencia T-418 de 2010, creó las Obligaciones del Estado Colombiano, de las empresas proveedoras de servicios públicos domiciliarios y de los particulares en materia de derecho fundamental al agua de consumo humano, articulado con el derecho internacional referido al “informe sobre desarrollo humano 2006: más allá de la escasez: poder, pobreza y crisis mundial del agua” del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo; lo cual sugiere que *la escasez del recurso hídrico es resultado de la mala gestión de los recursos hídricos*.

- Segundo, que la Carta Política determinó la “constitucionalización” de la Responsabilidad del Estado, para garantizar los derechos e intereses de los administrados, así como de su patrimonio, sin distinguir las condiciones de los ciudadanos, pero no como una potestad.

A este último aspecto, es necesario aclarar que el daño cubierto por la responsabilidad administrativa no es el que deliberadamente cause la administración, porque el artículo 90 constitucional, establece una cláusula general de responsabilidad del Estado cuando determina que este responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputados, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Según el Fallo 20097 de 2011 del Consejo de Estado, para declarar responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de estos dos presupuestos: **i)** la existencia de un daño antijurídico y, **ii)** que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad (citado por, Alcaldía de Bogotá, 2020).

En la cláusula general de la Responsabilidad Extracontractual del Estado (artículo 90 CPC), el fundamento es la determinación de un daño antijurídico imputado a la administración pública (desde el ámbito fáctico y jurídico), tanto por la acción, como por omisión, bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

3.10. ¿Existe daño antijurídico por la vulneración del derecho fundamental al agua?

El precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (art. 1) y la igualdad (art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la CPC.

Según la jurisprudencia del Consejo Estado, un Estado Social de Derecho debe ser respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos.

El daño antijurídico es un *concepto constante* en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos” (Consejo de Estado, 1999).

Como se indicó, el daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida, como en el caso de la vulneración o violación de un derecho fundamental, el nuestro es el agua.

La antijuridicidad del perjuicio “no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración, *sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima*”.

El Fallo 42726 de 2016 del Consejo de Estado, señala la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, como consecuencia de la acción o de la omisión de alguna autoridad pública, se tiene que, uno de los elementos que insoslayablemente debe establecerse como concurrente en cada caso concreto, es el de la imputabilidad del daño a la entidad demandada, además de la antijuridicidad del mismo.

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable, porque: **i)** es contrario a la constitución o a una norma legal, o **ii)** sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses reconocidos.

Así pues, en la jurisprudencia constitucional (Sentencia 338 de 2014), la Corte la señalado que:

“El sujeto de la imputación de responsabilidad es el Estado, vale decir que no hay responsabilidad subjetiva del servidor público de manera directa con la víctima de su acción u omisión, sino una responsabilidad de carácter institucional que abarca no sólo el ejercicio de la función administrativa, sino todas las actuaciones de todas la autoridades públicas sin importar la rama del poder público a que pertenezcan, lo mismo que cuando se trate de otros órganos autónomos e independientes creados por la Constitución o la ley para el cumplimiento de las demás funciones del Estado” (citado por, Alcaldía de Bogotá, 2020).

Para determinar si existe daño antijurídico por la vulneración al DFA, en este trabajo se invoca como fundamento del deber de reparación estatal, armonizado plenamente con los principios y

valores propios del Estado Social de Derecho, debido a que al Estado le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración.

Por lo tanto, frente a un juez (a) de lo contencioso administrativo, se debe plantear con rigurosidad el análisis de imputación, para identificar si concurre en el respectivo supuesto en estudio, alguna eximente de responsabilidad del estado, porque la configuración de alguna de ellas impondría como resultado del correspondiente juicio de imputación, la imposibilidad de atribuir la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la persona víctima, total o parcialmente, a la entidad accionada (Consejo de Estado, Fallo 42726 de 2016).

El ejercicio de la acción de reparación directa se realiza de conformidad con lo consagrado en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

En el caso de una reparación integral, bajo el principio de reparación integral o *restitutum in integrum*, consistente en solicitud de la entidad del Estado, la medida de reparación no pecuniaria, mediante acto público de reconocimiento de responsabilidad, garantía de no repetición y la fijación de una placa en lugar visible, en la entidad de la administración pública que, por esa razón, encuadra como institución de reeducación.

3.11. ¿Es imputable el daño antijurídico por vulneración al DFA?

La imputación exige analizar dos esferas: **i)** el ámbito fáctico, **ii)** la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico. La indemnización del daño antijurídico es procedente cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica.

La imputación *se hará a título de falla o falta en la prestación del servicio* -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional. De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, para este caso, procede la aplicación de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, mientras que la superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados.

Sin duda, la comisión u omisión de los daños referidos y la obligación consecuente del Estado para reparar, existe porque la “aminoración patrimonial sufrida debe ser imputable a alguien diferente a la víctima para efectos de que pueda operar la declaratoria de responsabilidad” (Henao-Pérez, 2015).

Sobre la imputación, el doctrinante Patiño-Domínguez (2015, p. 171), reitera que según la jurisprudencia 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” (p. 171).

En lo concerniente a la imputación fáctica, es decir, a la asimilación de lo que se denomina el nexo causal (entre el hecho dañoso y el daño), situación que permite imputar el resultado al sujeto causante; en concepto de Patiño-Domínguez (2015) como “estrictamente naturalístico que sirve de soporte o *elemento necesario a la configuración del daño*” (p.173).

Para el caso del Derecho Fundamental al agua, la imputación objetiva implica la “atribución”, que según análisis de contenido filosófico-jurídico significa una prescripción, más que una descripción (Fernández & García de Enterría, 2020).

Lo anterior implica que la imputación objetiva, requerirá descartar hechos o reportes meramente descriptivos, instrumentales y empíricos, para estructurar las consecuencias de lo lesivo de no disponibilidad, accesibilidad, calidad y suministro permanente de agua potable o tratada (físicoquímica y microbiológicamente, bajo los estándares del MSPS, medio ambiente y la Organización Mundial de la Salud OMS), pero con exclusión del concepto de acción por efectos imprevisibles, es decir, aquellos casos que no son obra del autor de la acción, sino obra del azar.

Conforme a la línea marcada por el precedente jurisprudencial constitucional (núcleo de la imputación), ampliando la consideración desde la perspectiva de la imputación objetiva a la posición de garante y bajo el principio de proporcionalidad, el autor considera que existe daño antijurídico a título de falla del servicio, porque el Estado carece de planes estratégicos y contingenciales provistos de medidas razonables para prevenir dicho daño, lo cual es preponderante en el juicio de imputación; dado que, para línea jurisprudencial, no gira en torno a la pregunta de si el hecho era evitable o cognoscible, porque en su orden, primero se determina si

la Administración era competente para desplegar los mecanismos de protección del DFA con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible.

En consecuencia, todos los efectos de morbilidad no se le pueden imputar al Estado a pesar de la evitabilidad y el conocimiento sobre los mismos, porque, según la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994), el Estado delegó responsabilidades a las empresas industriales y comerciales (en algunos casos de economía mixta) proveedoras de los servicios de acueducto y saneamiento básico (con alcantarillado).

3.12. ¿Existe violación al DFA en Colombia?

En el ámbito académico es frecuente señalar que el derecho fundamental al agua se viola sistemáticamente, cuando se evidencia que el Estado no está dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para hacer efectivo el derecho, o se comprueba la negligencia para adoptar estrategias de acción que lleven a su satisfacción plena para todos los habitantes, especialmente de los sectores rurales y/o de mayor marginación social (Dávila-Ortega, 2015).

Las altas Cortes deberían exigir en sus fallos o sentencias, la inversión presupuestal cuando se les exija a las autoridades y ESP, la garantía del derecho básico que, por supuesto no es escindible de grandes inversiones financieras, por tratarse de un derecho fundamental y autónomo de las personas para la vida, la salud y la dignidad de las personas.

Para Dávila-Ortega, el derecho al agua *puede ser vulnerado también por la irresponsabilidad, o la ligereza de magistrados que comportan como activistas jurídicos en algunas sentencias* (p.74).

De otra parte, El Estado colombiano, tiene la misión de vigilar, controlar y sancionar administrativamente a los entes públicos y privados que presten servicios de diversos órdenes, con especial énfasis, en los prestadores de servicios públicos domiciliarios, para lo cual se creó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Superservicios, como entidad con rango constitucional conforme al artículo 370 de la Constitución Política de 1991, que por delegación presidencial ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las entidades y empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y gas.

La creación legal, naturaleza, principios y funciones señaladas en la Ley 142 de 1994 establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios en Colombia y, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.

El concepto unificado 11 de la Superintendencia de Servicios Públicos, reconoce en este ente de control administrativo, que su función constitucional va mucho más allá de vigilar procesos a empresas prestadoras, para *inscribirse en la globalidad del Estado de Derecho que, en esencia, es un garante de los derechos de los ciudadanos, sobre todo cuando se pueden ver vulnerados los fundamentales como el acceso al agua potable y saneamiento básico*, con un rol cada vez más relevante, como medio para fortalecer el *liderazgo estatal frente a la garantía de prestación de dichos servicios*.

En consecuencia, una imputación de responsabilidad al Estado, se debe orientar al ente de la administración pública Superservicios, es la entidad delegada por mandato constitucional, en otras palabras, es el garante constitucional situado e inmediato.

Cuando medie razones de fuerza mayor y no pueda *asumir una posición de garante*, dado que él no ha creado el *riesgo sobre los bienes jurídicos protegidos*, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción o “salvamento”, más allá de lo establecido por los CONPES o los planes de desarrollo nacional o territoriales, en cuanto a infraestructura en adecuaciones; por lo tanto, el Estado no podría responder por todo lo que aparentemente es una falla del servicio empresarial, que por supuesto tiene sus límites en el principio constitucional de libre empresa (Sentencia del Consejo de Estado No. 2003-03842 de mayo 18 de 2017)

Si se trata de deberes institucionales de la Administración Pública estos se estructuran, aunque el garante no haya creado el peligro para la protección del bien jurídico (DFA) y se fundamentan en la solidaridad. Cabe precisar que, mientras en los *deberes negativos* el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éste tipo de *deberes positivos* la Administración (Superservicios) debe protegerlos con planes estratégicos y operativos, especialmente dirigidos para la mitigación de riesgos y peligros inminentes que, como se citó en el texto, pueden estar relacionados con delito ecológicos, impactos ambientales y pasivos ambientales mineros, e incluso, aquellos fortuitos relacionados con desastres naturales que pudieran atacar la infraestructura o sistemas de distribución domiciliaria.

Desde la teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de acción como de omisión, la configuración fáctica del hecho pierde toda relevancia porque

lo importante es demostrar sí la Administración ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

Cabe reiterar que no existe una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva, por el sesgo o desborde de supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la administración pública, porque no puede considerarse que su actuación sea siempre *fuentes de riesgos especiales* (Sentencia del Consejo de Estado No. 2004-00504 de mayo 18 de 2017).

En consecuencia, la Responsabilidad Extracontractual del Estado frente a la vulneración de los del DFA procedería en un solo título de imputación, *la falla en el servicio*, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que se procura la tutela eficaz de los derechos fundamentales, bienes e intereses jurídicos, para que el Estado colombiano cumpla con los principios del ESD.

A juzgar por el inconmensurable número de acciones de tutela incoadas como mecanismos de protección del DFA y, conforme al análisis de doctrina y jurisprudencia sobre el estudio de títulos de *Imputación de Responsabilidad del Estado*; se concluye que, a muchos colombianos se le está vulnerando el DFA, en primera instancia porque no tienen acceso a una cantidad de agua mínima para el consumo humano y en segunda, porque la calidad de agua que se consume no está bajo las condiciones de calidad como potable, configurándose los elementos para asegurar que *existe una responsabilidad estatal a título de falla del servicio*.

En adición, existen fallas administrativas y de operativas, extensibles a las Administraciones territoriales materializadas por la inexistencia o deficiencia en la infraestructura u obras civiles de adecuación en acueducto y alcantarillado, en especial en zonas rurales de los municipios.

La postura asumida por el autor es que, la Responsabilidad Extracontractual del Estado no puede reducirse a una herramienta más, destinada solo a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, lo cual encuadra con el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, en pro de la protección de la vida y la dignidad humana.

También existe Responsabilidad **patrimonial** del Estado colombiano por desconocer los deberes del Estado en la protección del DFA y el deber de reparar los consecuentes daños producto de la falla del servicio, dadas las sentencias y medidas que tribunales internacionales adoptaron para hacer efectiva esta garantía, después de haber sido declarado la responsabilidad del estado por la Corte interamericana de Derechos Humanos, en diferentes fallos.

Finalmente es conveniente precisar que, en el OJN la Ley 142 de 1994, dispuso la creación de un organismo de *control tarifario* que es la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, que es ajeno al control administrativo de las Empresas prestadoras de Servicios Públicos ESP, dado que su misión es “fijar las reglas de operación y comercialización de los servicios para contribuir al bienestar de la población colombiana”.

No obstante, la Defensoría del Pueblo asume que los métodos de la CRA *para medición de riesgos a las ESP*, son indicadores de aplicación de política en derecho humano al agua, dado que según sus análisis “mediante la Resolución CRA 287 de 2004, se establecieron las pautas para que cada prestador de acuerdo con sus costos de administración, operación, mantenimiento e inversión genere la tarifa que se deberá cobrar a los usuarios con el fin de garantizar su suficiencia financiera” (citado por Gómez-Robayo, 2018).

3.13. ¿Por qué el Estado debe responder por daños causados debido a la falla generalizada del servicio?

Burgos-Cárdenas (2019), en desarrollo riguroso y sistemático de su tesis de Maestría en Derecho (énfasis en Responsabilidad del Estado), denominada “conceptualización sobre la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional ECI”, logra demostrar que frente al derecho fundamental al agua está efectivamente configurado el ECI y, por tanto, a partir del estudio de esta figura puso en evidencia las violaciones de las obligaciones que componen este derecho fundamental y en consecuencia, daños conexos que se enmarcan en daños ambientales porque el agua involucra necesariamente el componente ambiental, visto parte del recurso hídrico y como derecho fundamental, lo cual conlleva a que las consecuencias de su desconocimiento se bifurquen en el daño al ecosistema - daño ecológico- y los daño ambiental impuro (págs. 67-77)

Dado que, dentro de los fines esenciales de la administración pública está la protección, conservación de las riquezas naturales que “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 de 2016, citada por Burgos-Cárdenas, 2019); aspectos concomitantes con el marco del derecho constitucional, el derecho internacional comparado y los ODS que desbordan las múltiples medidas de carácter normativo.

Según los resultados de esta investigación, existen *fallas de las obligaciones* derivadas DFA, como 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 potable muestran que existe un alto porcentaje de la población consumiendo agua no apta para el consumo seguro, generando afectaciones de la salud e incluso de la vida de los habitantes; la escasa o nula cobertura en materia de acueducto y alcantarillado para el área rural, hecho constante y reiterativo, durante más de 20 años.

Las violaciones del derecho al agua también estarían configuradas en lo que la doctrina denomina daño ambiental, constituido por los dos tipos bien diferenciados: un daño ecológico o ambiental puro (lesiones al ecosistema y contaminación al recurso hídrico), y aquel que se encuentra constituido en detrimentos de patrimonios individuales (perjuicios tradicionales), los cuales se enmarcan en el daño ambiental impuro o consecutivo (Burgos-Cárdenas, 2019, p.83).

En este caso, las medidas de reparación sobre el medio ambiente, son inocuas, por no ser trascendentes o suficientes, en la medida en que la raíz del problema radica en la ineficiencia de las autoridades públicas, pero también en las fallas del orden normativo.

CONCLUSIONES

La pregunta de investigación central planteada en este trabajo fue ¿Los elementos jurídico-normativos inmersos en los marcos legales e institucionales que permitan garantizar los derechos fundamentales del agua potable son insuficientes, o existe Responsabilidad del Estado colombiano por incumplimiento de la obligación positiva en la gestión del recurso hídrico requerido para el consumo y supervivencia de las comunidades?

Desde un análisis de contenido, pertinente sobre la Constitución y tratados internacionales, se deduce que el derecho fundamental al agua potable está relacionado con la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, debido a su connotación como fuente de vida, indispensable para la subsistencia, la alimentación, la salud y para la supervivencia del ser humano.

La respuesta obtenida como conclusión del estudio y sustentada ampliamente en el capítulo tercero del texto es que: *a pesar de coexistir normas, doctrina y jurisprudencias para proteger a plenitud el Derecho Fundamental al Agua, existe Responsabilidad del Estado por el daño antijurídico causado a sus ciudadanos, a título de falla generalizada del servicio.*

El estudio se abordó desde tres categorías de análisis, coincidentes con los tres objetivos específicos descritos en los tres capítulos desarrollados.

En la primera categoría, se revisó del concepto del derecho al agua, pasando por los planteamientos de los derechos humanos internacionales, los compromisos adquiridos por el estado a través del bloque de constitucionalidad y la perspectiva desde la gobernanza para la gestión del recurso hídrico, existentes tanto la legislación nacional como en la internacional; concluyéndose que, el derecho al agua es fundamental y autónomo y, en consecuencia, debe ser protegido y garantizado sine qua non, por el Estado colombiano.

Para la segunda categoría, se revisaron los textos constitucionales y jurisprudenciales, encontrando que la tutela es la vía más expedita para la protección del DFA, desde la CPC y lo establecido a través del bloque de constitucionalidad.

Se evidenció que, en el reconocimiento del derecho al agua como fundamental, la jurisprudencia constitucional colombiana ha pasado por dos momentos: la teoría de la conexidad y la autonomía del derecho, al punto de que solo en el año 2007 se reconoció el acceso al agua

como un derecho fundamental, a partir de tres sentencias que marcaron hito sobre la doble connotación de derecho fundamental y servicio público, vigentes a la fecha, pero a la expectativa del dispendioso e incierto debido proceso del “Proyecto de Acto Legislativo No. 08 de 2020, por el Derecho Fundamental al Agua”, que busca la protección del derecho al acceso al agua e incluir el artículo 11-A (Capítulo I, Título II) de la CPC, para reconocer al agua potable como derecho fundamental de primera generación.

En la actualidad, taxativo o no en nuestra Carta Política promulgada hace tres décadas, se concluye que en Colombia existe suficiente jurisprudencia y legislación sobre el agua como derecho de primera generación, lo cual en teoría, permite concluir que nuestro Estado posee toda la estructura jurídica para garantizar este insumo vital para la satisfacción de NBI relacionadas con la salud, alimentación, consumo de hogares en aseo, procesos sanitarios y de rigurosa asepsia (literalmente de vida o muerte en estos tiempos de pandemia) y, la vida misma básico para la vida humana de calidad.

En el desarrollo de la tercera categoría y con base en el análisis del texto constitucional, artículo 90, que introdujo modificaciones significativas de tipo social, se observó que el Estado también entraba a ser sujeto de responsabilidad por los perjuicios que ocasionaba en el desarrollo de su actuar público, a través del régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con base en la conceptualización del daño antijurídico ocasionado por el Estado y su obligación de responder patrimonialmente, se evidenció que la responsabilidad del Estado no es exclusivamente objetiva pese a la presencia del concepto de daño antijurídico, sino que conserva conceptos de las teorías existentes antes de la Constitución Política de 1991, bajo el esquema del título jurídico de la imputación; a partir de lo cual se llegó a la respuesta afirmativa (en los dos sintagmas) de la pregunta de investigación.

En respuesta al cuarto objetivo específico, respecto de la Gobernanza para la gestión del Recurso Hídrico, es necesario apropiarse una estructura de economía en comunidad, en escenarios prospectivos de tipo jurídico, político y social en materia de agua potable y saneamiento básico, buscando ejercer legítimamente su derecho con autonomía sobre las aguas dependiendo de los territorios de comunidades rurales y las protegidas por la constitución (que además son patrimonio real y ancestral reconocido), para ser proactivos frente a unos gobernantes que poco

hacen desde los entes territoriales para materializar para sus pueblos, los derechos consagrados en derechos adquiridos a nivel nacional y los pactos por BC referentes al recurso hídrico.

Independiente de las normas restrictivas en muchos casos, la autogestión comunitaria durante décadas, ha permitido crear así sea aunque a nivel artesanal, soluciones al problema de agua potable, a través de acueductos denominados comunales o veredales en lugares recónditos del país, e incluso han potenciado la expedición de acuerdos municipales o normas del POT, para que, se les reconozca el derecho al agua, en zonas o áreas de actividad minero-energética en donde se destruyen ecosistemas y biodiversidad, en especial los aquellos irreversibles como los pasivos ambientales mineros.

Más aún, la autogestión ha permitido materializar acciones en contra del detrimento del Recurso Hídrico y el impulso de procesos de consulta popular que reiteran esa inmensa estoicidad, carácter y talante de las comunidades por decidir popularmente sobre el uso de las aguas, y de unas lideresas y líderes que son asesinados vilmente por defender estos derechos, ante la indiferencia de ciudadanos y autoridades estatales.

Sin duda, el esquema de gobernanza para la gestión del agua permitirá apropiar el DFA, como salida a la proliferación de acciones judiciales e inocuidad de las acciones para su reconocimiento.

Es allí, desde la organización comunitaria desde donde se gestione el recurso hídrico, defendiendo los recursos hídricos naturales, garantice la cobertura y el acceso real, y replantee el esquema tarifario acordes con la situación específica de cada estrato y de cada comunidad; por encima de la discriminadora estratificación socioeconómica actual; mejorando el frágil esquema actual en la comunidades rurales, permeado por la corrupción y uso perverso de la provisión del agua potable como elemento proselitista en veredas y lugares recónditos de nuestra geografía, con la expectativa que bajo los principios del eventual Acto Legislativo, se sienten las bases para reescribir la Ley 142 de 1994 y universalizar la gobernanza del agua en Colombia, como ya se ha logrado en países como Bolivia, Ecuador y Paraguay.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcaldía de Bogotá D.C. (2020). Documentos para Responsabilidad del Estado: Responsabilidad Patrimonial. [en línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/listados/tematica2.jsp?subtema=26242>
- Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo - AECID. (Elena de Luis Romero, coord.). (2017). *Exigibilidad de los derechos humanos al agua y al saneamiento. fondo de cooperación para agua y saneamiento*. Madrid: AECID
- Becerra-Ramírez, J. & Salas-Benítez, I. (2016). El derecho humano al acceso al agua potable: aspectos filosóficos y constitucionales de su configuración y garantía en Latinoamérica. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19 (37), 125-146. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1683>
- Bernal-Pulido, 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-Pulido, C. (2015). La aun no citada protección del derecho fundamental al agua en perspectiva internacional y comparada. *Rev. Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, 2(1), 181-216. Obtenido de: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n3/TeoriaDerecho_08.pdf
- Bernal-Pulido, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 20.
- Brewer-Carías, A. & Santofimio-Gamboa, J. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Briceño-Chávez. A. (2017). *Responsabilidad y protección del ambiente. La obligación positiva del Estado*. Universidad Externado de Colombia.
- Burgos-Cárdenas, V. (2019). *Conceptualización sobre la responsabilidad patrimonial del estado colombiano por la existencia de un estado de cosas inconstitucional ECI, frente al derecho fundamental al agua* (Tesis de Maestría en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado). Universidad Externado de Colombia.

- Bustamante-Peña. G. (2011). *Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas* (Tesis de Maestría en Estudios Políticos. Obtenido de: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/1617/BustamantePenaGabriel2011.pdf;jsessionid=1ECACF45997BABC3FF2D8AAA63F90807?sequence=1>
- Clavijo-Cáceres, D., Guerra-Moreno, D., & Yañez-Mesa, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Bogotá: Ibáñez. Obtenido de http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.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/doces/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf>
- Comisión Interamericana De Derechos Humanos, CIDH. Informe anual 2015. Capítulo VI-A. Acceso al agua en las Américas, una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano. [En línea]. [2 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf>
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 142 de 1994 -Ley de servicios públicos domiciliarios-.
- Congreso de la Republica de Colombia. Ley 373 de 1997, por la cual se establece el programa para el uso eficiente y ahorro del agua.
- Consejo de Estado (1999). *Documentos sobre precedentes jurisprudenciales del daño antijurídico*. Obtenido de: [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/99/S3/73001-23-31-000-1999-00539-01\(22464\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/99/S3/73001-23-31-000-1999-00539-01(22464).pdf)
- Consejo de Estado (2001). *Documentos sobre reparación del daño antijurídico*. Obtenido de: [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/66001-23-31-000-2001-00731-01\(26251\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/151/S3/66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).pdf)
- Currea, A. & Uribe, J.J. (octubre 13 de 2020). *Comisión Primera del Senado aprueba en primer debate proyecto de Acto Legislativo que protege el derecho al acceso al agua*. Secretaría de Prensa del Senado. Disponible en: <https://www.senado.gov.co/index.php/prensa/lista-de-noticias/1894-comision-primera-aprueba-en-primer-debate-proyecto-de-acto-legislativo-que-protege-el-derecho-al-acceso-al-agua>

- Dane & Ideam. (2015). Hacia la construcción de la cuenta del agua a nivel nacional. Bogotá: Dane. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/pib/ambientales/PI-Hacia-la-construcci%C3%B3n-de-la-Cuenta-del-Agua-Nacional.pdf>
- Dávila-Ortega, S. (2015). El agua como un derecho humano (monografía de especialización en derechos humanos y defensa ante sistemas internacionales). Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada.
- DESC 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). Recuperado de: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional>
- Domínguez-Serrano, J. (Ed.). (2011). Hacia una buena gobernanza para la gestión integrada de los recursos hídricos, documento temático sistematizado por El Colegio de México. Disponible en: <http://www.oas.org/en/sedi/dsd/iwrm/past%20events/D7/6%20WWF-GOBERNANZA%20Final.pdf>
- Echeverría-Molina, J. & Anaya-Morales, S. (2018). El derecho humano al agua potable en Colombia: decisiones del estado y de los particulares. *Revista Universitas*, 136, 2011-1711.
- Fernández, T.R. & García de Enterría, E.Y. (2020). *Curso de Derecho Administrativo I*. Pamplona (España): Editorial Civitas, 19a ed.
- Fernández, T.R. & García de Enterría, E.Y. (2020a). *Curso de Derecho Administrativo II*. Pamplona (España): Editorial Civitas, 16a ed.
- Fix-Zamudio, H. (2004). Metodología, docencia e investigación jurídicas. México D.F.: Porruá.
- Foro Mundial del Agua en Brasilia (marzo de 2018). Conferencia de Jueces y Fiscales sobre Justicia Hídrica, Declaración de Jueces (10 Principios). Obtenido de: https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasil%C3%83a_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation.pdf
- Gil-Botero, E. (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 8a.ed.
- Giraldo-Ángel, J., Giraldo-López, M. & Giraldo-López, A. (2005). *Metodología y técnica de la investigación socio jurídica*. Bogotá: Legis.

- Gómez-Robayo, Ó. (2018). El derecho al agua en Colombia. aspectos para su consolidación. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo. Universidad Libre de Colombia.
- Güechá-Medina, C.N. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, 29, 95-109.
- Henao-Pérez, J.C. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad contractual el estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao-Pérez, J.C. (2013). *Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental* [en línea]. http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/henao_responsabilidad_ambiental_es.htm
- Henao-Pérez, J.C. (2015). *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. En Henao-Pérez, J.C. & Ospina-Garzón, A. F. (eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 33-121). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández-Moreno, N.P. (2019). *El derecho fundamental al agua: límites y alcances en el ordenamiento jurídico colombiano* (Monografía de grado en derecho). Universidad Cooperativa de Colombia, Ibagué.
- Instituto Francés para Estudios Andinos IFEA. (abril 14 de 2020). *El derecho humano al agua en Colombia y la crisis del coronavirus*. [en línea]. Obtenido de: <https://ifea.hypotheses.org/4027>
- La nota positiva.com- Sitio URL. (marzo 22 de 2020). *Colombia es uno de los países con mayor riqueza hídrica del mundo* [en línea]. Obtenido de: https://lanotapositiva.com/actualidad/colombia-es-uno-de-los-paises-con-mayor-riqueza-hidrica-del-mundo_34870
- López, C. (2015). Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Madriñán-Rivera, R.E. (1997). *El Estado Social de Derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez
- M'Causland-Sánchez, M.C. (2015). *Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades*. En Henao-Pérez, J.C. & Ospina-Garzón, A. F. (eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 184 - 233). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Motta-Vargas, R. (2010). el derecho humano al agua potable: entre un reconocimiento popular y jurisprudencial. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 3, 257-273.

- Muñoz-Galeano, E. & Ávila-Verdín, E.G. (2019). Derecho humano al agua: estudio de derecho comparado entre México y Colombia. Obtenido de: https://www.researchgate.net/publication/339538816_EL_DERECHO_HUMANO_AL_AGUA_ESTUDIO_DE_DERECHO_COMPARADO_ENTRE_MEXICO_Y_COLOMBIA
- 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.
- Novoa-Briceño, J. & Ocampo-Rambal, J. (2013). *La garantía al acceso del agua potable como un derecho fundamental* (Tesis Maestría en Derecho Administrativo), Universidad Libre de Colombia.
- Ostrom, E. (2011). El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las Instituciones de acción colectiva, 2a. ed. México D.C: UNAM-CRIM-FCE (Leticia Merino Pérez, Trad.).
- Patiño-Domínguez, H. E. (2015). El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En Henao-Pérez, J.C. & Ospina-Garzón, A.F. (eds.), *La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 167-180). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD. (2016). Objetivos de Desarrollo Sostenible, ODS Colombia. Herramientas de aproximación al contexto local [En línea]. Disponible en: <http://www.co.undp.org/content/dam/colombia/docs/ODM/undp-co-ODSColombiaVSW-2016.pdf>
- 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.
- Rocha-Gómez, J.K., Martínez-Nova, N.J. & González-Serrano, M. (2009). El agua escasea, las empresas transnacionales se enriquecen y el derecho lo permite. [En línea]. [10 de diciembre de 2020]. Disponible en: <http://tierradigna.net/attachments/article/75/El%20agua%20escasea,%20las%20empresas%20transnacionales%20se%20enriquecen%20y%20el%20derecho%20lo%20permite.pdf>
- Sánchez-Prieto, M.E. (2017). El derecho fundamental al agua potable en Colombia: el porqué de su existencia y los principales problemas que conlleva su materialización efectiva. Monografía de Grado Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia. Disponible en:

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23548/1/EL%20DERECHO%20FUNDAMENTAL%20AL%20AGUA%20POTABLE%20EN%20COLOMBIA.pdf>

- Sánchez-Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 14, 317-358. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6316481>
- Sutorius, M & Rodríguez, S. (2015). La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia, *Rev. Derecho del Estado*, 35, 243-265. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.0>
- Ubajoa-Osso, J.D. (2016). El derecho humano al agua en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny-Yepes, R. (1994). Protección de los derechos de tercera generación. En: *Acciones Populares: Documentos para el Debate*, Defensoría del Pueblo, Bogotá: Imprenta Nacional (págs., 202-203).
- Urrea, D., & Calvo, I. (12 de septiembre de 2014). Conflictos socio-ambientales por el agua en La Guajira. Corporación Grupo Semillas. Obtenido de: <http://www.semillas.org.co/es/conflictos-socio-ambientales-por-el-agua-en-la-guajira>
- Villar-Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*, 20(1), 73-96. Obtenido de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/705/667>

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-225 de 20 de mayo de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- 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 Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1030 de 30 de octubre de 2003, M. P. Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional. Sentencia C-864 de 7 de septiembre de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 17 de abril de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2010 de 25 de mayo de 21010, M.P. María Victoria Calle

Corte Constitucional. Sentencia C- 703 de 6 de septiembre de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia T-725 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia C-220 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-279 de 12 de abril de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional. Sentencia T-312 de 26 de abril de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional. Sentencia T-273 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. Sentencia T-707 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-746 de 26 de septiembre 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corte Constitucional. Sentencia T-764 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia T-348 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T - 294 de 22 de mayo de 2014, M.P. María Victoria Calle Correo.

Corte Constitucional. Sentencia T-891 de 20 de noviembre de 2014, María Victoria Calle Correa.

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 Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 10 de noviembre de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 21 de abril de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 25 de septiembre de 2017, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional. Sentencia T-733 de 17 de diciembre de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia 297 de 24 de julio de 2018. M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Radicado No. SC5686-2018 de 19 de diciembre 2018, M.P. Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia radicada No. 11001-22-03-000-2018-00319-01- STC43602018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

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 Hernández.

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 41001-23-31-000-2000-0295601(29028) de 20 de febrero de 2014, C.P. Ramiro Pasos Guerrero.

Tribunal Administrativo de Bolívar. Sentencia radicada No. 13001-33-31-006-2011-00755-00 del 29 de enero de 2014. M.P. Hirina Meza Rhénals.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia radicada No. AP - 01-479 del 25 de agosto de 2004. M.P. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda.

Jurisprudencia referida a la Responsabilidad Extracontractual del Estado

Consejo de Estado. Fallo 20097 de 2011

Consejo de Estado. Fallo 20542 de 2012

Consejo de Estado. Fallo 21861 de 2012

Consejo de Estado. Fallo 21986 de 2012

Consejo de Estado. Fallo 23475 de 2012

Consejo de Estado. Sección Tercera Sentencia de Unificación 24392 de 2012

Consejo de Estado. Fallo 00306 de 2016

Consejo de Estado. Fallo 33870 de 2016

Consejo de Estado. Fallo 42726 de 2016

Consejo de Estado. Sentencia de Unificación 00133 de 2019

Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2011

Corte Constitucional. Sentencia 908 de 2013

Corte Constitucional. Sentencia 338 de 2014

Corte Constitucional. Sentencia T-416 de 2016

Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 2017

Corte Constitucional. Sentencia de Unificación SU-355 de 2017

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

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 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 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 DESC. Obtenido de:

https://www.escrnet.org/sites/default/files/Sentencia_CSJN_2008_spanish.pdf.

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_apelacion

[es_copiapo_causa_rol_300_2012.pdf](https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/3_sentencia_corte_de_apelacion).

Corte de apelaciones de Copiapó. (15 de julio 2013). Sentencia No. 300-2012. M.T: Antonio Ulloa

Márquez y otros.