

EL DERECHO AL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Una defensa de su constitucionalización en Colombia



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS

BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

MASTER EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS
HUMANOS

Director: Oscar Pérez de la Fuente.
Presentado por: Lilia Fernanda Benavides Burbano.

Junio 2011
Madrid- España

EL DERECHO AL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL
Una defensa de su constitucionalización en Colombia

Índice

Introducción	1
Capítulo I. La necesidad del agua: conceptos y clasificación	6
1. Aspectos y distinciones del concepto de necesidades.	7
2. La teoría de las necesidades.	13
2.1 Estructura del relativismo y la crisis de las teorías de las necesidades.	15
2.2 Rasgos de objetividad y universalidad de las necesidades	23
2.3 Ampliaciones de la teoría de las necesidades	29
2.4 ¿Las necesidades son deseos o preferencias?	40
3. Tipos de necesidades.	43
4. Necesidades básicas y estrictamente humanas	49
5. Necesidades y Derecho.	51
Capítulo II. El fundamento del derecho al agua	54
1. Diferencias entre derechos humanos y derechos fundamentales.	63
2. Discusión sobre la postulación de este derecho y otras fundamentaciones.	70
2.1. Argumentos a favor del derecho colectivo al agua.	73
2.2. La exigibilidad de los derechos sociales.	78
2.3. Argumentos a favor del Derecho Económico Social y Cultural al agua.	88
3. Perspectivas internacionales y de derecho comparado del derecho al agua.	91
Capítulo III. El contenido esencial del derecho al agua	98
1. Disponibilidad de agua potable.	104
2. Accesibilidad al agua potable.	107
3. Calidad del agua potable.	113
Capítulo IV. El derecho al agua en Colombia	116
1. Protección legal y jurisprudencial.	116

2. Protección constitucional.	123
3. ¿Porqué el derecho al agua debe consagrarse como derecho fundamental en la Constitución Colombiana?	126
4. Instituciones y movimientos sociales a favor del derecho fundamental al agua.	134
4.1. Propuesta Defensoría del Pueblo – Colombia	135
4.2. Propuesta de Referéndum de ECOFONDO – Colombia.	138
4.3. Propuesta normativas y sociales de otros países.	141
Conclusiones	148
Bibliografía	155

Introducción

Desde hace varios años, debido a los cambios acelerados y drásticos que han sufrido los recursos naturales de este planeta, la comunidad internacional ha mostrado su preocupación y ha reconocido la urgencia de adoptar medidas que eviten la escasez y el mal uso del agua, recurso vital para seres humanos, animales y vegetales.

El agua potable es fuente de vida, sustento de la salud y de la alimentación, parte fundamental de nuestros sistemas ecológicos, recurso motor para la energía y para las industrias, entre otras cosas más. Por ello, actualmente los temas acerca del agua son considerados como asuntos capitales en las agendas de los gobiernos, foco de debate en las organizaciones internacionales; prueba de esto es el que varias naciones hayan considerado necesario dedicar un espacio particular en sus legislaciones.

Tal es su importancia, que la Organización de las Naciones Unidas en el año 2003¹, señaló en sus pronunciamientos que el agua promete ser para el siglo XXI lo que fue el petróleo para el siglo XX, a saber, el bien preciado que determina la riqueza de las naciones; señalando los problemas en torno a este bien como el centro de los mayores conflictos geopolíticos del presente siglo.

Ahora bien, esta importancia permea al tema del agua de una gran amplitud, por lo que es importante para esta investigación precisar que se tratará, sobre todo, de este tema lo referente a las garantías al acceso y a las instalaciones sanitarias básicas del agua *potable*, es decir, aquí se aludirá al agua como un recurso mínimo vital, no gratuito, limitado a la cantidad que se requiere para usos domésticos y supervivencia.

¹ Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA, *El informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos*, 16 de marzo de 2009 <http://www.unesco.org/water>

Por ende, queda de cierta manera excluida las consideraciones acerca del “agua, cuyo concepto se refiere al derecho del medio ambiente, o al derecho a la protección de recursos hídricos”². Buscando enfatizar la relación del agua con los Derechos Humanos, se priorizaran aquellos aspectos que lo vinculen con el uso humano más que como elemento natural; haciendo la salvedad de que se harán referencias complementarias a los aspectos ambientales y físicos, en cuanto ellas sirvan para estructurar el presente estudio.

En general, este líquido vital a pesar de reconocérsele gran importancia pasa por graves inconvenientes; entre ellos están la escasez o la *cantidad* insuficiente de agua para satisfacer las necesidades de hidratación, preparación de alimentos y limpieza; la falta de *acceso* de ciertas poblaciones; la *mala calidad* del agua que pone en riesgo la vida y la salud de los usuarios; y los altos *costes* en el cobro por la prestación de servicios relacionados. Estos problemas, sumada la falta de reglamentación en la mayoría de los países, llevan a preguntar si este bien está correctamente regulado o si necesita de un mayor peso jurídico para garantizar su protección; o si, en otro aspecto, no es necesario elevar al agua a derecho fundamental con normas expresas y garantías específicas para darle reconocimiento y efectividad a los Derechos Humanos.

Aunque la mayoría de gobiernos están haciendo esfuerzos por incluir en sus legislaciones el derecho al agua, no todos están igualmente comprometidos. Esto se evidencia con las altas cifras del deterioro del agua, las cuales han venido en aumento; según estimaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) “aproximadamente el 80% de las enfermedades se transmiten a través de agua contaminada. Esta situación obedece a que una gran parte de la población no tiene abastecimiento de agua, ni saneamiento básico de calidad aceptable”³.

Atendiendo a estas dificultades algunos países ya han elevado este bien a la categoría de derecho o están en proceso de hacerlo. Para ello, estos Estados han optado por dos alternativas: en la primera han basado sus argumentos en los valores que dan

² SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pág. 18.

³ Véase: ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Desigualdades en el acceso, uso y gasto con el agua potable en América Latina y el Caribe. Informe Técnico No4*, febrero de 2001, www.paho.org.

cimiento a sus Constituciones; valores tales como la solidaridad tanto de ciudadanos y Estado dentro de una misma nación, como de cooperación entre Estados, para así fijar metas hacia una responsabilidad compartida en el tema del agua. En esta alternativa, se ha resaltado que la falta de este recurso va en contra del principio como la dignidad humana, el cual es señalado allí como base de los Derechos Humanos. Como segunda alternativa, los Estados han plasmado el derecho al agua en sus Constituciones únicamente por dar cabal cumplimiento a las obligaciones que han adquirido en Tratados o Pactos; para esto han acudido a documentos como la *Observación General No.15*, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Este último documento ha sido catalogado como uno de los instrumentos internacionales más importante, puesto que de todas las convenciones y tratados que hacen referencia al tema del agua desde un ámbito internacional, éste es el más completo. En efecto, en él se da un reconocimiento preponderante a este recurso y se pueden encontrar *in nuce* las bases de lo que sería el contenido esencial de este derecho.

Para ilustrar brevemente su significación se cita: “el derecho al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición *previa* para la realización de otros derechos humanos. (...) el derecho a todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”⁴. Pues, como sigue aclarando el texto sobre este punto, “un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica”⁵.

A partir de lo anterior, cabe precisar que el reconocimiento del derecho al agua no debe quedar en una simple declaración simbólica, aunque no se puede negar que éste debería ser el primer paso. Es preciso, además, que el contenido esencial del derecho fundamental al agua incluya y sea explícito en tres puntos primordiales para garantizar su efectividad: la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad. A partir de estas notas, todo Estado deberá asumir una serie de obligaciones para garantizar que la necesidad

⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Naciones Unidas, *Observación General No. 15*, enero de 2003, Párrafo 2. (El subrayado es nuestro).

⁵ *Ibidem*.

del agua y su derecho no sólo estén bien legislados y protegidos, sino que su ejercicio y efectucción sean las adecuadas.

A manera de ejemplo podemos citar algunas legislaciones progresistas que han avanzado en este punto como los casos de Francia, Bélgica y Rusia. En Francia, se presentó en la Cumbre de Johannesburgo y a la Unión Europea una “Declaración sobre los derechos de acceso a los servicios esenciales” la cual establece que “todo individuo tiene derecho a acceder a los servicios esenciales en red para la satisfacción de sus necesidades vitales. Esta declaración concierne en especial al sector del agua, de los desperdicios y de los transportes, y estipula lo que debe entenderse por un servicio de calidad (...)”⁶.

En la región flamenca (Bélgica), una ley establece que “cada usuario tiene derecho a un suministro mínimo e ininterrumpido de electricidad, gas y agua para uso doméstico con el fin de poder llevar una vida humana de acuerdo con el nivel de vida vigente”⁷. En Rusia, la ley exige que cada servicio municipal (agua, calefacción, electricidad, recolección de basuras) sea “asequible para los usuarios” y determina al regulador municipal “utilizar criterios fijos en función de las condiciones locales para determinar aquello que significa asequible” (Ley federal, 2004)⁸.

En últimas, este trabajo pretende, después de analizar y estudiar diferentes enfoques de tratamiento sobre este valioso recurso, ofrecer algunos fundamentos que justifiquen el reconocimiento del acceso al agua como derecho fundamental, reconocido e incluido explícitamente en la Constitución Política de Colombia. Para esto, se partirá por analizar la teoría de las necesidades (en específico, la necesidad básica de agua), las distinciones entre necesidades e inclinaciones, deseos y necesidades y, por último, la posibilidad de esta como fundamento al Derecho. En segundo lugar, se estudiarán las diferentes vías de fundamentación que se hacen de los derechos y cuál puede servir para el caso del derecho fundamental que se refiere al agua. Tercero, se ahondará en el contenido esencial que de este derecho se haga explícito y taxativo. En un cuarto

⁶ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, citado, pág. 31.

⁷ Decreto del 20 de diciembre de 1996, art. 3. Consultar en: Consejo Económico y Social de Naciones Unidas del 14 de julio de 2004.

⁸ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, citado, pág. 32.

capítulo, se examinará el caso y viabilidad de este estudio en el derecho de Colombia, incluyendo algunas reflexiones acerca de los avances en el orden nacional.

La metodología que se seguirá para esto será la discusión, la evaluación y comparación de argumentos a favor de esta iniciativa, teniendo en cuenta los aportes de la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política, el Derecho Constitucional, análisis normativo, internacional y nacional. De esta manera, se explorará y valorará la bibliografía referente a las necesidades básicas; se estudiarán y describirán las diferentes posturas teóricas respecto a la fundamentación de los derechos, para elegir aquella que sea más adecuada para el programa bosquejado y permita poner en claro el contenido esencial.

A su vez, se realizará específicamente un estudio de jurisprudencia, legislación y doctrina, para presentar el estado actual de este bien, los vacíos y las falencias presentes.

Se compararán las diferentes normativas del derecho al agua, y se subrayarán algunas propuestas concretas de algunas entidades a nivel nacional y el terreno que en ellas se ha ganado. Para concluir con la razones que se habrán encontrado para que este derecho sea incluido como fundamental en la Constitución Política vigente de Colombia.

I. Capítulo primero

La necesidad del agua: conceptos y clasificaciones

Antes de estudiar y analizar las necesidades como fundamento de los Derechos Humanos, principalmente en el caso del derecho al agua, es importante señalar que no existe un único criterio en cuanto a la definición y clasificación de éstas. El tema de las necesidades ha estado siempre sujeto a controversia, dado que es imposible abarcarlas totalmente o llegar a teorías irrefutables. Prueba de esto es el que gran número de los autores consagrados a su análisis se han restringido a resaltar los aspectos sociológicos, físicos, económicos y culturales dependiendo del enfoque de sus intereses y metodologías.

Por ello, antes de definir y clasificar la necesidad del agua, es necesario limitar los fines y alcances que de este concepto se ofrezca a esta investigación comparativa de qué son las necesidades y *cómo pueden estar jerarquizadas* según un criterio. Aun así, a pesar de que se establezca dicho concepto a partir de comparación, diálogo de teorías y discusión de argumentos, se busca no sólo que los resultados aquí expuestos estén abiertos también a discusión, sino que se puedan establecer acuerdos primordiales sobre cuáles necesidades pueden ser más importantes y fundamentales.

Así es necesario postular, por hipótesis, que existen algunas necesidades más básicas y fundamentales a partir de este enfoque, pues parece de común acuerdo, y sobre esto volveremos, que hay necesidades determinadas al campo de ciertos usos y beneficios que los humanos no pueden abstenerse durante su vida. En efecto, aun cuando nuestra definición del vocablo o *el* concepto de necesidad no pueda justificarse en términos absolutos, sí es posible preguntarse si hay necesidades que responden y están fuerte y cercanamente vinculadas a los aspectos principales de la vida humana, insoslayables al momento de comprender cómo el hombre y su entorno están relacionados con las carencias más vitales (condiciones “mínimas” u *óptimas* de vida).

Así, por paradójico que pueda resultar esta aproximación a una teoría de las necesidades *más* fundamentales que otras, es necesario saber distinguir en qué cambia el matiz entre una teoría absolutista de las necesidades de una hipótesis sobre que existen algunos rasgos *objetivos, universales y básicos* de algunas necesidades que no permiten con cierto tipo de necesidad jerarquizar nuestras carencias.

Para precisar lo anterior con mayor detenimiento, permítase abordar la diferencia que existe entre los adjetivos ‘absoluto’ y ‘universal’/‘objetivo’ y cómo tienen diferentes sentidos al predicarse de la necesidad⁹. Cuando algo se caracteriza como absoluto quiere decirse que es completo, en sí mismo consistente, total, independiente, así cuando se pretende que haya una necesidad absoluta se busca que sin tener en cuenta los particulares el concepto tenga validez por sí mismo y en sí mismo; mientras que cuando se explica que algo es universal se dice que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno que por su naturaleza es apto para ser predicado de muchos y que lo comprende todo en la especie de que se habla, recalcando su referencia a la particularidad.

1. Aspectos y distinciones del concepto de necesidades

Aclarado el fin de este capítulo, es pertinente afrontar las diferentes dificultades que implica la determinación de qué es una necesidad y cómo podemos distinguirla de otros aspectos pertenecientes al ser humano que parecen sinónimos y hasta idénticos.

Retomando un asunto planteado desde la introducción, es cierto que se decía que las necesidades han sido definidas y clasificadas siempre desde enfoques particulares, mas su consideración y discusión se ha mantenido como uno de los tópicos y puntos de referencia obligatorios en el mundo contemporáneo. Basta mencionar que pensadores como Marx, Martha Nussbaum y Amartya Sen se han dedicado a este asunto, para subrayar el renombre e importancia que éste tiene para la actualidad; aun cuando entre estos y otros teóricos resulta difícil establecer acuerdos acerca del concepto de necesidades, debido a que piensan a las necesidades desde disciplinas y contextos diferentes, esto no debe impedir que sus aportes desde la filosofía, la antropología y la

⁹ REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición.

política enriquezcan la discusión y ayuden a modelar una consistente discusión con las posturas más sugerentes en el tema de las necesidades.

Esta importancia dista mucho de ser un argumento de autoridad, pues basta caer en la cuenta que el problema del reconocimiento de las necesidades ha estado siempre emparentado con el cómo se conciben las personas, las culturas y en general las naciones. Por esta y otras razones que aquí se irán perfilando, este fenómeno, más allá de toda moda o tendencia de la actualidad, muestra que este tema es en principio una de las más importantes preocupaciones humanas, no de una elite teórica, sino de todos los seres humanos. Por eso los cambios históricamente determinados de perspectiva y teoría no deben alejar la formulación de la jerarquización y definición general.

El primer obstáculo con que alguien se tropieza en esta tarea es la posición del *relativismo* variopinto¹⁰ sobre las necesidades. La diversidad de posturas que esta perspectiva encierra es digna de todo un estudio, aquí sólo abordaremos dos, aquel relativismo según el cual el sentido que el hombre atribuye al término de necesidad tiene una mera representación personal, un valor simplemente subjetivo y otro, para el cual no existen en sentido estricto necesidades más básicas que otras. En este sentido, algunas teorías filosóficas y no filosóficas han hecho de las necesidades el vacilante arbitrio y voluntad del individualismo, el historicismo y otras corrientes más que dominan y, en la apuesta de este estudio obscurecen, los indicadores de qué es una

¹⁰ Un concepto que ayuda a entender este aspecto pluriforme del relativismo es el relativismo moral:

La característica común de los distintos tipos de RM parece ser que todos ellos sostienen que lo que es moralmente bueno o malo no puede ser establecido definitivamente sino que «depende»:

- depende, para unos, de lo que una *persona* acepta como criterios éticos *para sí misma*; sostienen, entonces, que ninguna persona puede juzgar moralmente a otra, es decir, que no puede haber evaluaciones morales interpersonales;
- depende, para otros, de lo que un *grupo de personas* (sociedad, comunidad) acepta como criterios éticos para sí mismo; sostienen, por ello que puede haber evaluaciones morales interpersonales, pero sólo <<intra-grupo>> y no <<inter-grupo>>;
- o depende, por último, de lo que una persona o grupo acepta como criterios éticos no sólo para sí mismo sino también para la aplicación universal, pero con la reserva de que estos criterios son siempre subjetivos y no pueden ser justificados sobre la base de algún criterio objetivo”, en ZIMMERLING, Ruth. “Necesidades básicas y relativismo moral”. *Revista Doxa*, N° 7, Universidad de Alicante, Alicante, 1990, p. 35.

necesidad y qué no lo es; o han eliminado de sus sistematizaciones la posibilidad misma¹¹.

Por un lado, estas especies de relativismo han dado pie a que se confunda entre necesidades básicas y fundamentales con otra especie de tendencias del ser humano, que comparten características; esto en cierta medida es evidente, pues si se es congruente con la perspectiva de la primera forma del relativismo, la preferencia sobre una comida u otra puede representarse como una necesidad más básica que la ingesta de alimentos con proteína.

Por otro lado, en contraposición a este relativismo radical es necesario aquí desligar el vínculo habitual entre el concepto de necesidad y lo relativo, pues al referirse éste a unas urgencias y aspiraciones más básicas que dan sustento a los Derechos Humanos, no pueden tener un significado vacío. Así este capítulo se plantea en una doble vía: una crítica de las posiciones relativistas que llevan al concepto de necesidades a perspectivas escépticas y subjetivistas y, una segunda, constructiva donde se aclare qué es una necesidad básica; para que las concepciones del lenguaje ordinario no desvíen el verdadero objetivo que se busca precisar desde la teoría filosófica sobre las necesidades fundamentales humanas.

Este primer momento precisará el concepto de necesidad en una discusión entre las posturas de los relativistas subjetivistas y las teorías objetivas de las necesidades; dando cuenta de qué aspectos taxativos, claros y precisos dan paso no sólo un concepto de necesidades también explícito, sino que además facilite la comprensión de la posterior diferenciación y clasificación. Cabe precisar que al optar por ciertas teorías se busca caracterizar no todas las acepciones que se le pueden encontrar al concepto de “necesidades” y la diversidad de discusiones en la teoría; en tanto ellos correspondan a conceptos como ‘necesidades fundamentales’ y ‘necesidades básicas’, distinguiendo del término ‘necesidades’ de otros como preferencias, deseos e inclinaciones, parecerán más acordes.

¹¹ Las necesidades por ser tales exigen en su consideración que sean tomadas como necesarias. Este componente intrínseco a ellas será uno de los elementos a destacar en el desarrollo del capítulo y que brindará varios matices útiles a esta investigación.

El objetivo será, entonces, esbozar un glosario conceptual, que debe anteceder al de la fundamentación, no sólo por razones de claridad y lógica, sino porque a partir de éste se busca ganar un suelo común para el resto de la investigación. En él se darán, en último término, las principales perspectivas y criterios de examen para los casos particulares de las actuales legislaciones y normatividades que tanto internacionalmente como nacionalmente, se han dado acerca del derecho al agua y que se examinarán en el resto de la investigación.

Para dar una breve idea del camino que se seguirá para esto es pertinente mencionar a algunos autores y teorías que se trabajarán. Se seguirá en un camino similar al de la tesis doctoral de Silvina Ribotta, la cual sirve de inspiración a este apartado y sus temáticas, a pesar de las diferencias que puedan establecerse. En primer lugar, se expondrán algunas teorías que abordan el tema de las necesidades con un problema central, como Amartya Sen, quien las relaciona con el término del bienestar¹² o de aspectos más determinados, como Potyara A.P. Pereira, que relaciona las necesidades con los patrones mínimos de supervivencia¹³; en segundo lugar, se examinará algunas clasificaciones como la de Galtung, que establece una tipología de las necesidades de acuerdo a cómo éstas se vinculan con el individuo o la sociedad¹⁴, o como Maslow que establece un catalogo de necesidades teniendo en cuenta motivos de orden biológico¹⁵.

Para finalizar se especificará, desde el concepto y las clasificaciones generales expuestos, a qué clase particular pertenece la necesidad de agua y, tras una breve recapitulación de las conclusiones de este capítulo, se dirá porque es posible decir que el concepto de necesidad tiene intrínsecamente la potencia y posibilidad conceptual y real de que sean formuladas como derechos y no como cualquiera, sino como derechos fundamentales.

¹² SEN, Amartya, “Capacidad y Bienestar” en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (compiladores), *La Calidad de Vida*, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1998, pág. 54 a 79.

¹³ PEREIRA A.P., Potyara *Necesidades Humanas. Para una crítica a los patrones mínimos de supervivencia*, trad. Gabriela Lema, Cortez Editora, Sao Paulo, Brasil, 2002.

¹⁴ RIBOTTA, Silvina, *Las desigualdades económicas. Un estudio desde el igualitarismo contemporáneo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006, pág. 233.

¹⁵ AÑÓN ROIG, María José, *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 130 a 131.

Dos distinciones serán útiles para aclarar previamente cómo se estudiarán las necesidades. La primera de ellas diferencia entre generalidad y particularidad: existen teorías¹⁶ que consideran a las necesidades en sus aspectos generales, como aquellas que las investigan como factores específicos; para esta última perspectiva, las necesidades son concretas e indispensables al momento de referirse a nociones singulares como pobreza, escasez, ejercicio de autonomía, igualdad, desarrollo, solidaridad. Para la primera perspectiva, en cambio, ellas deben ser consideradas desde los temas más vitales y universales, como el bienestar, la individualidad y la felicidad humana. Este estudio se esforzará en entablar un diálogo con moderación entre estas dos perspectivas, determinando los matices de cuándo y por qué se habla de un aspecto general o cuando de uno específico y qué relaciones se pueden establecer entre ellos.

Esta distinción puede parecer algo obvia debido a las nociones ordinarias que de estos conceptos se tienen, mas referidos al tema de las necesidades se tornan en problemáticas, pues realmente están referidas a una doble dimensión que difícilmente pueden coordinarse en el corazón del concepto de necesidades. Por ende, la primera gran discusión aquí está dirigida a armonizar las condiciones particulares del individuo y la sociedad con las mayores aspiraciones del hombre; se debe mostrar cómo corresponden estas dos caras de las necesidades por igual tanto a nuestras aspiraciones últimas como a las urgencias más particulares y contingentes, pues en escuetos términos, las necesidades son a la vez generales y particulares.

La segunda distinción, que a su vez sirve de eje conceptual al tema de la necesidad de agua, precisa que hay un doble significado del término “necesidad de agua”. El agua así determinada está referida tanto a la necesidad presente en el hombre

¹⁶ Véase: THIMM, Andreas, “Necesidades Básicas y Derechos Humanos”, *Revista Doxa*, N° 7, Universidad de Alicante, Alicante, 1990; DE ASIS, Rafael, *Cuestiones de derechos*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 37, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005; NINO S., Carlos, “Autonomía y Necesidades Básicas”, *Revista Doxa*, N° 7, Universidad de Alicante, Alicante, 1990, pág. 21 a 34; BOLTVINIK, Julio, *Pobreza y Necesidades. Conceptos y Métodos de Medición*, Proyecto Regional para la Superación de la Pobreza PNUD, Caracas, 1990; CARRILLO, Agustín, “El Agua un bien público y escaso” en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier Santiago (Coordinadores), *Régimen Jurídico del Agua, cultura y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, México, 2007; GUTIÉRREZ, Rodrigo, *El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas*, Cuestiones Constitucionales, UNAM, México, 2008; PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio *El Fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pág. 265 a 278.

y como al líquido real que la satisface. El segundo significado hace referencia a los objetos de satisfacción y a las condiciones que hacen del agua efectiva y real (el líquido) el recurso y la fuente que sacia la necesidad de la misma; para individualizar este sentido se usa habitualmente el término ‘satisfactor’. Éste se diferencia del primer significado, el cual está relacionado al agua como una necesidad del hombre, refiriéndose así a la carencia presente en todo ser humano y las condiciones biológicas del hombre. Este significado da las determinaciones de sustento y optimización adecuadas para la supervivencia en el consumo de agua.

Si bien esta distinción es bastante difícil de precisar, al menos es prudente decir que, primero, la necesidad de agua y su referencia al objeto (agua) no son dos cosas realmente diferentes. Esto queda claro si enfatizamos que esta distinción corresponde más al lenguaje que a las necesidades reales humanas. Segundo, esta distinción se plantea más por su utilidad conceptual, pues sirve de centro y articulación al desarrollo del capítulo entero, sobre todo, en torno a la relación y distinción de la necesidad fundamental del agua de otras necesidades, o de la relación de ésta con temas como la salud, el bienestar físico. A partir de este punto se especificará el por qué ella puede ser categorizada como una de las necesidades básicas y estrictamente humanas.

Por último, la piedra de toque de esta discusión será el tema de la insatisfacción de las necesidades; éste es muestra de cómo la desatención de cierta clase de necesidades puede ocasionar un detrimento real y peligroso en bienes tan valiosos como la vida misma, la salud y la autonomía de las personas. Estas consecuencias no pueden ser obviadas y si toda la teoría aquí propuesta no procura dar lineamientos de cómo en materia de jurisprudencia es evitable, de nada será entonces útil. La insatisfacción y el deterioro de las condiciones reales del hombre y su explotación por parte de otros hombres tienen tantas aristas ideológicas como políticas que, con este punto final, caben desde la idiosincrasia individual o estatal hasta las regulaciones internacionales más abstractas. Por ello, si se busca la vía más efectiva y real del mejoramiento de las condiciones hídricas para el hombre, se debe mostrar *cómo* cuando las necesidades básicas no son satisfechas, ya sea por las ventajas o desventajas o por las condiciones favorables o contrarias en las que están inmersas, su optimización e inclusión constitucional debe ser un imperativo de las más fundamentales cuestiones legales y tornar en prioritario. Por eso no puede ser una creencia común la indiferencia o

simplemente desacuerdos teóricos, sino que ya sea por esta vía o por otra, la categórica consecución de mejoras sobre el derecho del agua debe ser una máxima para toda generación.

Con todo, se hará un examen exhaustivo de las teorías y enfoques que consideran la existencia de necesidades básicas y fundamentales dentro una jerarquización acerca de la necesidad del agua. Nos daremos por bien servidos si logramos señalar cómo el agua cumple los requisitos conceptuales para ser una necesidades humana básica y, en este sentido, cómo hay un concepto particular de necesidad del agua que puede esbozarse con gran satisfacción para la fundamentación de su derecho.

2. La teoría de las necesidades

Las necesidades básicas son uno de los temas más investigados y sobre los cuales se ha derramado mayor cantidad de tinta como hemos señalado, para entrar a discutir cada argumento puede ser útil aclarar las condiciones por las que pasa la teoría de las necesidades. Su pertinencia no siempre ha sido considerada como la más idónea en materia de jurisprudencia; esto debido a algunas tendencias que afirman que las necesidades no pueden ser objeto de determinación universal y que su objeto puede carecer de un concepto consistente, definible y susceptible de ser explícito.

En efecto, hoy en día de manera prolija, se piensa que son suficientes criterios unipersonales, subjetivos variables para determinar qué es una necesidad, desatendiendo a sus propiedades comunes¹⁷. Se ha llegado a creer que cualquier tendencia puede ser tomada por necesidad básica si tiene cierta atención y “buena publicidad”, lo cual ha llevado a confundir que cualquier impulso particularizado del hombre está en la categoría de necesidad fundamental.

¹⁷ Si bien se ha renunciado, en general, a dar un concepto único de necesidades, no por eso se debe desentender a los rasgos comunes que algunas necesidades comparten. Donde se pueden mencionar algunos como la objetividad, la generalidad, etc.

Esto ha llevado al status de las necesidades básicas a ser disperso. Retomando lo ya dicho, es lógico que al no poderse definir las absolutamente quepa la posibilidad de tomarlas por toda tendencia contingente o deseo. Mas asimismo es posible que las necesidades básicas puedan ser separadas realmente de la categoría con la que toda persona nombra indistintamente una realidad que sí lo es. Este estudio así debe primero, señalar que el significado de “necesidades” no puede ser reducido y confundido con el siguiente: ‘*necesito un paraguas para no mojarme*’; al hablar de necesidades en sentido estricto se exige de un tipo de carencia que responda a una estrategia o condición externa a ella, no es el sentido que se busca aquí predicar, sino este otro ‘*necesito alimento si no me muero*’, el cual independiente de las maneras en que se discorra en el proceso de obtención y figuración sigue estando estable. Estas limitaciones y usos del concepto de necesidad no son los aquí referidos. Por más que se use el mismo término, no se puede caer en el sofisma que es lo mismo, se deben distinguir a qué acepciones de ‘necesidad’ está relacionada el agua como necesidad.

Ahora bien, este estudio no quiere caer en estas limitaciones, sino precisar qué es una necesidad básica. Para esto se deben revisar esta clase de obstáculos, para salvaguardar la posibilidad de hablar de “necesidades reales y efectivas” y de “necesidades básicas”, sin negar los prejuicios ideológicos y lingüísticos, sino demostrar que ellos son parciales y que es posible decir que existen necesidades más fundamentales que las del ejemplo del paraguas. De tal manera, esta teoría debe librar hoy una batalla fuerte y seria contra los argumentos que prevalecen en el sentir común y mostrarse como un verdadero y útil conocimiento al hombre contemporáneo. El concepto de necesidades no puede seguir estando en su definición en el terreno de la simple opinión, sino que debe retomar sus bases teóricas.

Esta tarea se emprenderá de la mano de autores como Len Doyal y Ian Gough, Amartya Sen y A.P. Pereira Potyara entre otros; dando énfasis al por qué instaurar las necesidades dentro de las grandes preocupaciones antropológicas y éticas del presente.

En este punto, es de común acuerdo entre estos autores que las necesidades han de ser planteadas en una teoría cada vez más consciente de sus límites y alcances, incluyendo en sus consideraciones recursos críticos para eliminar del concepto de necesidades los aspectos negativos atribuidos por otros, sobre todo, el influjo de aquellos prejuicios reduccionistas.

Es posible caracterizar a la perspectiva de los autores que se retomaran del lado objetivo de las necesidades básicas y fundamentales llevan como su horizonte, que sirve de fundamento a los Derechos Humanos, como aquel camino que responde a las más urgentes y significativas urgencias que cobija a la especie de los hombres. Por lo tanto, las necesidades básicas deben perfilarse no como el interés o antojo de una comunidad o Estado, aunque la diversidad también debe ser respetada, sino que corresponde a la más íntima realidad del hombre y su naturaleza.

2.1 Estructura del relativismo y la crisis de las teorías de las necesidades.

Unos de los principales teóricos en ofrecer en una síntesis de la crisis y diagnóstico de la teoría de las necesidades fueron Doyal y Gough. Para ellos, la confusión de las necesidades y su indiferenciación se proyecta en dos ámbitos: ideológico y lingüístico¹⁸. En el primero, se ubican aquellas doctrinas y corrientes que hacen de las necesidades un asunto relativista, pues con ello se limita los criterios de su reconocimiento a criterios personales, histórico variables y culturales. En el segundo ámbito, la confusión está en aquellas oraciones del lenguaje ordinario en donde se asimila el concepto “necesidades” a otros como “preferencias personales” o “deseos particulares”, oscureciendo su sentido en equívocos e imprecisiones.

En estos dos ámbitos el denominador común es la profunda y marcada influencia de la especie mencionada de relativismo, la cual rebaja a la teoría de las necesidades y a su objeto de estudio, convirtiéndolo en una idea simple o una vaga expresión. En efecto, para este relativismo, las necesidades dependen únicamente de lo personal, lo económico, lo histórico o lo lingüístico; aquellos que se adscriben a esta corriente tienen una actitud de escepticismo y desconfianza tanto en el estudio de las necesidades como de los conceptos de “básico” o “fundamental”. La desconfianza se basa en este juicio que define al relativismo aludido en términos generales, las necesidades son reducidas a “preferencias subjetivas, que sólo los individuos o grupos escogidos de individuos están capacitados para dirigir a qué fines desean atribuir una propiedad suficiente como para

¹⁸ DOYAL, Len y GOUGH, Ian, *Una Teoría de las Necesidades Humanas*, trad. José Antonio Moyano, Alejandro Colás, Icaria, Barcelona, 1994, pág. 5 a 7.

ser considerados necesidades”¹⁹. Partiendo de esta premisa, resulta absurdo considerar que existen algunas necesidades básicas como se ha ido mencionando, y a su vez excluir otras que no; definir de esta manera qué son éstas, lejos de ser una cuestión de hecho, depende de la situación particularista. En conclusión la necesidad torna en necesidad de uso contingente y, hasta, arbitrario.

En términos generales, para esta doctrina relativista hay una diferencia de sentidos irreconciliable entre sí que atribuimos a esta palabra. Los aspectos históricos, biológicos de las necesidades no pueden ser integrados en un sentido común, sino que siempre hay uno que predomina a los otros; las necesidades son históricas o físicas, etc.

Así las cosas, la disparidad rige el concepto de “necesidades”. Esto se evidencia, cuando el mismo “vocablo <<necesidad>> se utiliza en el lenguaje cotidiano [e ideológicamente] de formas dispares”²⁰; éste viene considerado por la mayoría desde la propia parcialidad de lo que para ellos es una necesidad²¹. El mismo destino sufre el concepto de “necesidades básicas”; tanto éstas como aquéllas, en el “mejor” de los casos, llegan a ser aquellas que un ‘yo’ determine como tales. En otras palabras, el sentido que pueda tener el concepto de necesidades es asignado por la voluntad y arbitrio singulares.

Este relativismo puede regir hasta tal punto la noción de necesidad que se duda de la existencia de necesidades reales o necesidades básicas o fundamentales o se cree que nada puede tener dicho significado, generando una parálisis frente a las nociones consuetudinarias y prácticas básicas.

Trátase este punto lógicamente, si para mí algo es básicamente necesario y para otro lo es otra cosa, en consecuencia sería una irrelevante creer que es posible dar tal significación a cualquier cosa; así, este concepto parecería tener sólo una existencia ideal y su sentido ser puramente personal y subjetivo: aquello que yo quiero sería lo básico. Asimismo parecería estar también justificada la renuncia al concepto de

¹⁹ Ídem, pág. 33.

²⁰ Ídem, pág. 63.

²¹ Ídem, pág. 19, (la inserción es nuestra). Esta condición de la teoría de las necesidades está brevemente descrita en el prefacio de *Una Teoría de las Necesidades Humanas*.

necesidades básicas, por la misma razón que no habría algún significado de “necesidad” que denotara realidad u objetividad. Por lo tanto, para este relativismo ambas posibilidades serían una utopía innecesaria, contrario al pensamiento de la teoría objetiva de las necesidades y su concepto.

El propósito será mostrar aquí, de la mano de Doyal y Gough, que este relativismo ideológico y gramatical, creyendo que las necesidades son variables y de significado nominal y contingente, es insostenible²² como postura pues no sólo ignora la posibilidad de organizar jerárquicamente las necesidades, sino porque termina siendo lógicamente imposible, en la medida que asigna un sentido continuo y fijo al concepto de necesidades, a saber, el caprichoso y voluntarioso deseo ciego del hombre²³. En efecto, el relativismo radical no puede ser una postura adecuada por considerar que la realidad particular y singular en constante cambio es el rasgo definitorio. Además, como se mostrará, esta postura lleva consigo implicaciones que pueden derivar posteriormente en dogmatismos.

Las principales corrientes de esta perspectiva son la economía ortodoxa, el marxismo y el imperialismo cultural. Sobre estas corrientes, Doyal y Gough dirigen su crítica, la cual servirá a esta investigación para comenzar a precisar qué criterios y qué significado no quieren ser atribuidos al concepto de necesidades. Esta crítica trata de dar a la teoría de la necesidad un sustento teórico y una claridad terminológica para advertir las condiciones (legales) que evitan “la amenaza de los derechos de los ciudadanos al bienestar, la fragmentación de la lucha política frente a diversas formas de opresión”²⁴ y otros males que aquejan a la sociedad, dominada por una especie de relativismo cultural.

²² Se mostrará que el relativismo es injustificable teórica y prácticamente, debido a las paradojas en las que cae. En ese sentido, debe ser examinado críticamente.

²³ Bertrand Russel ya había denunciado sobre hacer del relativismo una perspectiva en sentido absoluto: “Cierta tipo de hombre superior se siente orgulloso de afirmar que ((todo es relativo)). Esto, naturalmente, es absurdo, ya que si todo fuera relativo, no habría nada relativo a ese todo” RUSSELL, Bertrand. El Abc de la relatividad. En: http://isaiasgarde.myfil.es/get_file/russell-bertrand-el-abc-de-la-r-2.pdf, pág. 7.

²⁴ DOYAL, Len y GOUGH, Ian, *Una Teoría de las Necesidades Humanas*, Ídem, pág. 33.

En la Economía Ortodoxa²⁵, las necesidades pueden verse reducidas a demandas de consumo. En ocasiones, su determinación dependería de aquello a lo que una población o grupo social considera y prefiere demandar al gobierno como necesario, llevando el reconocimiento a lo subjetivo y privado (es importante aclarar que estas dos dimensiones no se reducen a lo personal, las demandas privadas abarcan un espectro más amplio, como la empresa privada o los bienes privados). Para esta corriente, el status tanto ontológico como moral de las necesidades tiene el mismo sentido que el de una mercancía privada “muy necesaria”. Por ello, en este camino, la necesidad de agua responde sobre todo a un factor de orden económico que bien puede ser remplazado por otra mercancía, si está de los usuarios demandarlo así.

Esto explica en qué consiste para la economía ortodoxa las necesidades. Esta primera perspectiva está representada por la teoría económica de la democracia y tiene su expresión en los trabajos de Joseph Schumpeter. Una formulación más moderna, es la que presenta Jon Elster, quien va a utilizar como modelo desde la impronta de la teoría de la elección social.

Básicamente la teoría de Schumpeter considera que la esfera política (su naturaleza, su funcionamiento, los agentes que intervienen en ella, etc.) debe ser asimilada a un mercado, que es estrictamente instrumental en su naturaleza, en su funcionamiento y en su objetivo. La función de las instituciones políticas es precisamente corregir los problemas de acción colectiva que no permiten a los mismos ciudadanos lograr autónomamente dicha maximización de sus intereses. En este sentido, las decisiones normativas (creadoras de normas) tomadas por las instituciones políticas tendrán por objetivo dicha maximización de los intereses o preferencias colectivas, que no son más que el resultado de agregar las preferencias individuales de cada uno de los miembros de la comunidad; y dichas preferencias individuales son tomadas como algo dado, como un input que no podemos transformar.

²⁵ *Ibidem*. Esta expresión es usada por Doyal y Gough para significar aquella forma de ver las necesidades como variables sociales que atienden a las preferencias y requerimientos de un grupo que requiere cierto bien, ya sea este, la moda, la alimentación. Lo “definitorio”, si se nos permite hablar así, es a qué objeto se dirige por las demandas del consumo, con los cuales los consumidores persuaden a los gobiernos a atender sus peticiones.

Elster plantea, entonces, diversas objeciones importantes a una teoría general de las necesidades. De ella nos interesa sobre todo el punto que, según este autor, la política no debe ser entendida simplemente como un espacio de maximización de preferencias sociales (si entendemos éstas como una mera agregación de preferencias individuales y auto interesadas), porque por su propia naturaleza las decisiones políticas atañen a temas de relevancia moral, y en segundo lugar porque implican distribuciones de recursos y, en consecuencia, tienen que ver con la justicia. La moral y la justicia imponen restricciones a las decisiones políticas, y una teoría basada únicamente en los intereses individuales, como la del *social choice*, no puede satisfacerlas²⁶.

El término “necesidad básica” pasa como es evidente a ser equivalente a “necesidad de mercado”. Para Doyal y Gough esta reducción del criterio subjetivista no basta para el reconocimiento de las necesidades, aún menos cuando se trata una categoría como la de “necesidades básicas”, puesto que se está suponiendo gravemente que, por un lado, existe realmente una misma capacidad adecuada de cada persona o de cada institución privada, así como la intención, de reconocer y atender a las necesidades básicas por encima de aquellas que sólo son subordinadas por factores de mercado. Así como, por otro lado, se presume que el reconocimiento subjetivo y personal es suficiente para garantizar el que los gobiernos dispongan sus medios para garantizar su satisfacción.

En última instancia, esta clase de reconocimiento y criterio no podrían ser suficientes referidas a las necesidades fundamentales y básicas, pues éstas son reconocidas no sólo en ámbitos privados por agentes singulares, sino que ellas son compartidas por todos los hombres y, por ende, nos vemos en la obligación que su reconocimiento sea de la misma clase. Por lo tanto, estos principios quedan descartados y la economía ortodoxa parece fallar en el reconocimiento del carácter proactivo y cohesionador que tienen, es decir, a esta teoría se le escapa que existen urgencias comunes que dan el sustento vital a los derechos por encima de la comunidad económica a la que se pertenezca.

²⁶ MÁRMOL MARTÍ, José Luis. “Democracia y deliberación. Una reconstrucción del modelo de Jon Elster”. *Revista de Estudios Políticos*. Centro de Estudios Constitucionales (julio-sep), 2001, pp. 161 -192

En segundo lugar, otra de las doctrinas mencionadas es el Marxismo, para el cual las necesidades se constituyen a partir de luchas históricas y disputas de grupos sociales. En este segundo mundo Doyal y Gough ven una cierta paradoja, que queremos tratar de exponer de manera sucinta. El marxismo ha sido considerado como una de las principales fuentes que reivindican el estudio de las necesidades y su vínculo con realidades sociales, sin embargo, como se verá, desde el punto de vista doctrinal puede carecer de algunos aspectos necesarios en una revisión contemporánea.

Desde esta perspectiva no existe *un* concepto de necesidades, sino que su historia está vinculada con el desarrollo del capitalismo. Según el marxismo, la economía capitalista llevó a que las relaciones entre propietario y trabajador llegara a tales condiciones en que la fuerza de trabajo devino una mercancía, así como el desarrollo industrial se dio a costa del empobrecimiento social de los trabajadores, con el fin de la acumulación de capital. Entonces, la dominación que ejercía el sistema capitalista sobre el producto se desplazó al campo de la fuerza de trabajo propia del obrero, convirtiéndose en fetiche; a este proceso se le conoce como alienación. En este sentido, lo que aflora es la explotación entre la burguesía y el proletario, la cual produjo e implicó el detrimento más marcado de las condiciones básicas del hombre.

En estos términos, el marxismo buscó no sólo resaltar las consecuencias y el impacto del capitalismo industrial, sino que desplazó el criterio del reconocimiento de qué es una necesidad al ámbito social. La crítica marxista quiso con ello mostrar cómo las contradicciones y luchas sociales son productoras de los problemas ideológicos de lo que consideramos una necesidad socialmente. En este problema una de las manifestaciones más propias del cambio de paradigma fue el lenguaje, qué se nombraba como necesidad despertó en los ojos de los marxistas la sospecha. Así, el marxismo generó condiciones de visibilidad donde las violaciones de derechos y necesidades eran puestas en manifiesto en su crítica a los economistas ingleses y las formas de producción de Alemania.

En esta doctrina, se destacó Ágnes Heller, discípula de Lukács, que retomó la pregunta por el papel de las necesidades en el pensamiento de Marx. El término que esta

teórica acuña es “las necesidades radicales”²⁷, con él muestra que el factor de reconocimiento de las necesidades universales opera en el paso entre el capitalismo y el comunismo. La teoría de Heller tiene como objetivo construir una teoría de las necesidades desde categorías históricas y no naturalistas, distinguir los diferentes tipos de necesidades y reconocer las necesidades alienadas en el capitalismo; este estudio considera como de primer plano el que las necesidades se remitan y determinen en verdaderas posibilidades de cambios teóricos y prácticos en la elaboración de categorías que parecen obvias y simples en el mundo de Marx, v.gr: individuo, sociedad, ciencia.

Heller sitúa el valor dentro del tema de la necesidad, en el hecho factual de la aparición histórica de las necesidades radicales. La necesidad es la base material, su nivel es cualitativo y el modo es el de la conciencia individual y social. Esta perspectiva posibilita hacer un análisis teórico e histórico simultáneamente: las necesidades para Marx son el fundamento de la praxis totalizadora, son la verificación práctica de la teoría y a su vez la disolución de las ideologías capitalistas que dominan al ser humano y parecen justificar su explotación. Así, Marx rechaza la concepción economicista clásica de las necesidades, ya que tal forma de pensar se deriva directamente del capitalismo y no ofrecía una verdadera base para la emancipación del hombre.

En efecto, el énfasis que hacían de la libertad y el libre cambio, no les permitía ver el potencial que tiene lo necesario. Marx, entonces, entiende las necesidades como categorías histórico-filosóficas, como categorías antropológicas. Queda fuera de lugar clasificarlas en relación a sus objetivaciones, sus actividades, los sentimientos o las pasiones que provocan.

A pesar de esto, para Doyal y Gough el marxismo tiene un aspecto que podría convertirse en un inconveniente, aun cuando en él se anticipó que toda vinculación de las necesidades y su definición a los ámbitos biológicos y culturales más concretos de cada época respondían a fines económicos “egoístas” y no a cambios y revoluciones que generan mayor igualdad, atendiendo a la posibilidad de que las necesidades podían recaer en parcializaciones sociales e históricas, es posible que se caiga en un marxismo

²⁷ La necesidad radical es una necesidad no integrable en el capitalismo que se desarrolla contradictoriamente durante el desarrollo mismo del capitalismo”

radical. En él, el dogma de que toda determinación de cualquier necesidad puede ser una cosificación o hecho natural que genere desigualdad, se juega en contra la misma teoría.

En estas perspectivas marxistas, se encuentra el diamante sin pulir de esta crítica, la cual quiere evitar que el concepto sea absoluto o esté basado en condiciones meramente ideológicas. Pero aquel escepticismo donde las necesidades no pueden ser nada es un peligro que no puede caer ninguna teoría contemporánea.

La última corriente examinada en este aspecto de la teoría de las necesidades por Doyal y Gough, que recae asimismo en este relativismo, es el Imperialismo Cultural. En esta corriente aparece el peligro más acusante y contrario a la propuesta de estos autores, el Imperialismo parece instrumentalizar y agudizar la crisis señalada antes.

Según esta corriente, tanto el criterio como la definición de las necesidades sólo pueden ser hechos por una elite o clase científica o social; pasando de un relativismo de la voluntad, para el cual no existían sino necesidades personales o históricas, a un dogmatismo donde la noción de necesidades es impuesta por un grupo con mayores riquezas económicas a otro con menores.

Estas conclusiones pueden tener consecuencias nefastas, la propagación del peor de los dogmatismos, el imperialismo técnico y tecnológico utiliza al relativismo como su herramienta ideológica para imponer sus intereses, llevando la diferenciación de clases señalada por el marxismo a condición justificable y deseable por los integrantes de los Estados. Esta corriente podría marginar ideológicamente a una minoría a la que impone criterios sobre qué son las necesidades. Para ella, la definición de las necesidades sólo puede ser hecha por quienes tienen el poder (conocimiento, voz pública, representación política).

Si esta corriente atribuye existencia efectiva a las necesidades básicas y fundamentales, lo hace siempre para que las condiciones del grupo social determinado sean optimizadas allende los otros. Con esto no se señala otra dicotomía entre la clase oprimida y la clase opresora, las necesidades básicas y fundamentales, como los derechos que en ellas se sustentan, deben asegurarse sin consideración de a qué grupo se pertenecen.

El peligro de esta clase de dominación, en último término, es grave si y sólo si darle una pretendida base cultural y social a las condiciones del relativismo y usarlo. A este respecto es preciso decir que las necesidades tampoco pueden corresponder a tendencias particulares, sino que se debe abogar por igual a que la satisfacción de las necesidades fundamentales, sea eso, fundamental para todos los miembros de una comunidad, independiente de su clase, credo o raza. Aun cuando se respete que las condiciones de satisfacción son siempre diferentes, no es igualmente aceptable el que una necesidad básica sea para unos algo diferente de lo que es para otros.

Doyal y Gough no sólo se distancian de dicha perspectiva, sino que muestran primero el límite de la misma. Cuando se habla de las necesidades, para el imperialismo cultural no se debe ahondar en la diferencia entre grupos dominantes y grupos oprimidos, esta dicotomía se debe suprimir del panorama; que las condiciones en que los desvalidos y los opulentos acceden al agua, no significa que unos tengan una necesidad diferente de los otros. Muy al contrario, debemos comenzar por suprimir estas consideraciones del imperialismo cultural, pues desembocan no sólo en unilateralidades personales, sino también en justificaciones colectivas y de clase.

2.2 Rasgos de objetividad y universalidad de las necesidades

A partir de esto, se puede comenzar a caracterizar el término necesidades de la siguiente forma: una necesidad humana básica es algo a lo que “las personas deben conseguir si quieren evitar perjuicios graves y sostenidos”²⁸. Este principio no lo cumplen todas las tendencias humanas, las cuales muchas veces puede ser no sólo contrarias, en el sentido que bajo su consecución no es posible la consecución de otras, sino también contradictorias, en tanto con su obtención las urgencias más básicas del hombre caen en detrimento. Sin embargo, esto será ampliado en el segundo acápite, aquí lo mencionamos brevemente para mostrar el segundo ámbito de la crítica de Doyal y Gough. Las necesidades no pueden ser reducidas a sus aspectos económicos, ideológicos y culturales, sino que debe tener unas notas que lo distinguan de un concepto relativista radical y lo introduzca.

²⁸ Ídem, pág.78.

Ahora estas características de las necesidades básicas que las marcan son la objetividad y la universalidad. Si bien hasta aquí con esta crítica parece que el concepto de necesidades es un concepto vacío y sin significado atribuible, se supera esta apariencia y se gana una base para el concepto de necesidad que es el primer punto positivo de este capítulo.

Existen para Doyal y Gough al menos estos dos aspectos del concepto de necesidades. A partir de ellos el tema de las necesidades es un asunto *insoslayable* y la existencia de las necesidades básicas y fundamentales deben ser recuperadas tras esta crítica²⁹. En efecto, lo primero que se busca rescatar aquí de la teoría de Doyal y Gough, en sentido positivo, es un fondo común de las necesidades básicas y fundamentales, las cuales distinguimos en un principio de los conceptos que las relativizan. Para ellos el relativismo grosso modo extrae conclusiones de prejuicios propios del sentido común, en donde hablar de “necesario” puede, en sentido fuerte, ser nada o ser cualquier cosa.

Esto último muestra que el fin del relativismo más allá de dominar ideológicamente el concepto de necesidades, busca que los hombres, en efecto, sufran el impacto que conlleva ignorarse a sí mismos y a su realidad, puesto que ninguno está lo suficiente sustentado como se ha mostrado y aún así se ve como la única perspectiva³⁰.

Desde un punto de vista ideológico, se cuestiona la propia definición de las necesidades y su carácter incondicional. Para autores de la Nueva Derecha como Nozick, las necesidades básicas no son universales ni objetivas. Deben ser los propios individuos quienes decidan qué necesitan y qué deben gastar en lo que consideran las necesidades de los demás, siendo el mercado y no el Estado el mecanismo para satisfacerlas. La visión marxista, en ocasiones, también habla de la relatividad de las necesidades, al enmarcar éstas en su contexto histórico y cultural³¹.

²⁹ Ídem, pág. 33 a 62.

³⁰ Unas formas de organización social son mejores que otras para satisfacer necesidades humanas. La finalidad moral de una política se demuestra en su capacidad para satisfacerlas. Hay buenos y malos Estados de Bienestar. Para evaluarlos se necesita un concepto de necesidades objetivas. El relativismo en relación a las necesidades humanas fundamentales es una amenaza. Inconsistencias de los modelos anteriores.

³¹ Ídem, pp. 35-38.

Sin embargo, de cara a avanzar en la definición del concepto de las necesidades básicas y en su plasmación política, sería necesario poder formular unas necesidades básicas objetivas y comunes a todos los seres humanos, cuya satisfacción garantice unas condiciones mínimas previas para poder desarrollar sus capacidades y alcanzar el bienestar, en la línea de las ideas de Amartya Sen. En este sentido, para Doyal y Gough³² la supervivencia física y la autonomía personal son las necesidades más elementales en cualquier cultura o situación. Desde esta visión, el desarrollo de las personas se pone como objetivo y centro del debate, y el cumplimiento de esos mínimos vitales es más un medio que un fin para conseguirlo.

El primer aspecto de las necesidades básicas, el cual es aprendido de forma distinta e inequívoca no es otro que el ya mentado rasgo de *objetividad*. El término “necesidades básicas” debe contraponerse al subjetivismo del relativismo débil, el ser objetivo de las necesidades implica que las necesidades son reales para el hombre, las cuales se dan independiente de la comunidad o Estado al que pertenezca. Este rasgo no alude a qué condiciones prepara cualquier consecución de las necesidades básicas o su carácter condicional.

A diferencia de “desear” o “querer”, entonces, “necesitar” no es aparentemente un verbo intencional. Lo que necesito no depende del pensamiento o del funcionamiento de mi cerebro, sino de cómo es el mundo.³³

Ahora bien, la satisfacción de la bebida y este tipo de necesidades es particular: para cada hombre tomar cierto líquido, en determinado contexto, en determinada época es la forma de satisfacción, para la investigación y la ley, el *criterio* de su satisfacción y reconocimiento como real obedece a esta norma subjetiva, sino a cómo nos disponemos en el mundo como seres determinados.

El segundo aspecto se refiere a la *universalidad* de las necesidades fundamentales, ya se ha visto que son reales y objetivas para los hombres. En segunda instancia, cuando se habla de las necesidades básicas, está también implícito que ellas

³² Ídem, p.82

³³ WIGGINS, D. *Claims of Need*. En: Ted Honderich (comp.), *Moralitiy and Objectivity. A Tribute to J. L. Mackie*, Londres, p. 3.

están, en cierta medida, en todos los hombres de su género; las necesidades básicas están vinculadas estrechamente con un concepto igualmente universalizable de hombre.

La universalidad de las necesidades básicas indica que ellas no sólo son de hecho objetivas y reales, sino que también deben serlo por derecho en otro sentido, es decir, no hay paso de describir los hechos del mundo y las condiciones del hombre en su experiencia de mundo a cómo debe ser y dar prescripciones particulares. Sin embargo, en la necesidad del agua es igualmente obligante el reconocer que todos tenemos necesidades reales, como el atribuir a todos los hombres el que las tenga, esto le da un matiz a nuestra consideración. La necesidad al agua es universal en este sentido y no en el primero.

Esto puede ser complementado, si se piensa que este rasgo de la universalidad, al estar referido al concepto de necesidades básicas, radica y se justifica por sus aspectos genéricos y no por determinar y no por las características que se necesitan para satisfacerlos. “Por ejemplo no hay duda de que para mantener la integridad física y psíquica, cada ser humano tiene la necesidad básica de alimentarse. En cambio la calidad y cantidad varía” de la dieta de cada quien³⁴.

Por lo tanto, la necesidad de agua es real y universalmente una necesidad básica, en el sentido que hemos entendido estos dos términos con Doyal y Gough. En otras palabras, la necesidad al agua es a la vez objetiva y universal, no simplemente porque se manifieste en la experiencia de todo hombre en el mundo cuando se busca con avidez líquido para saciar la necesidad de hidratación, sino porque antes de esto sabemos que, como todo ser humano sufre y sufrirá de ella, debe ser satisfecha durante toda su vida.

Esta referencia no puede evidentemente ser ni deducida ni reducida a las condiciones en las que alguien se encuentra, pues ella se da al margen: con o sin dinero, de clase alta o baja, alienado o no, el hombre necesita del agua para vivir en estos dos sentidos, de hecho y de derecho.

Bajo este “esquema conceptual”, por llamarlo de alguna manera, para Doyal y Gough las necesidades como la salud física y la autonomía personal se les debe

³⁴ ZIMMERLING, Ruth. Ídem, p. 48.

reconocer como necesidades humanas básicas, universales y más elementales por excelencia, puesto que se refieren a aquellas que puede tener cualquier persona, independientemente del medio que las rodea. La salud física, considerada como una necesidad, consiste en gozar de buena sanidad para poder desarrollarse. La autonomía es, a este respecto, la capacidad para elegir las opciones informadas sobre aquello que hay que hacer y cómo llevarlas a cabo. Sin embargo, estos autores afirman, que el sentido concreto de estas necesidades puede variar de cultura a cultura, como ejemplo de ello, hablan de la necesidad del sexo que, siendo una necesidad natural al individuo, intervienen las pautas específicas de comportamiento que pueden variar de tanto de uno a otro, como de sociedad en sociedad. De ahí la importancia, como se señaló anteriormente, de diferenciar las necesidades básicas de las no básicas.

En este punto también es pertinente comenzar a señalar, pues hace parte del eje propuesto de este momento de la investigación, de la mano de Doyal y Gough, la distinción entre las necesidades, que siempre serán universales y objetivas, y los denominados satisfactores, que son todos los objetos, actividades y relaciones que satisfacen las necesidades básicas. Estos últimos parecen ser siempre relativos. Según estos autores se debe distinguir conceptualmente dos aspectos en las necesidades: la necesidad por ejemplo del alimento, como necesidad básica individual, es en sí universal a todos los seres humanos, y los alimentos y medios que se procuran para su consecución, los cuales dependen en cierta medida de las condiciones que logremos reconocer y promover para que un objeto sea satisfactor³⁵.

Hasta aquí, hemos logrado precisar que hay necesidades objetivas y que pueden ser postuladas como universales, las cuales hemos llamados necesidades básicas. Mas sus satisfactores no parecen serlo, pues dependen de notas exteriores a la necesidad misma. En el caso de la alimentación, es claro que cada persona y pueblo tiene su manera de satisfacer esta necesidad, así como de preparar y comer ciertos alimentos. Sin embargo, por más que parezca haber una oposición entre la necesidad universal y el satisfactor básico para Doyal y Gough no lo hay, ellos precisan de la mano de Sen³⁶, al cual nos referiremos más adelante, que aunque cierto grupo prepare de cierta manera los

³⁵ Ídem, pág. 200.

³⁶ *Ibidem*.

alimentos diferente de otros, esto no implica que no reconozcan varias características comunes a los objetos-satisfactores específicos de la necesidad.

En efecto, aún cuando la mayoría coman o beban diferentes cosas para satisfacer sus necesidades, sólo ciertos objetos con ciertas características sirven para tal fin. El que un alimento como el pan, la carne, agua o la limonada sirva de satisfactor depende de que reconozcamos en todos por igual algo, a saber, que sirven para la alimentación. Con esto no queremos decir algo contrario a lo precisado respecto de la objetividad y universalidad. Necesitamos de la carne, el agua y demás alimentos no porque pensemos que ellos sirven para dicho efecto, sino porque los necesitamos, es que lo consideramos tales.

En el caso del agua es más preciso esto, el que a un grupo étnico le guste una u otra bebida es completamente irrelevante a esta consideración, pues de la necesidad surge también el que nos representemos algunos líquidos como más aptos que otros.

Así, por más que su purificación u obtención sea diversa en los casos particulares, son satisfactores de la necesidad porque reconocemos en ellos el que sirva para dicho propósito. Esta consideración no puede ser arbitraria; considerar que existen líquidos, como el agua, que comparten la propiedad de ser satisfactores de la necesidad de bebida no es un absurdo. Con ello tampoco queremos decir que dichas propiedades sean una simple asociación que hacemos en nuestra mente a un grupo de objetos, sino a partir de la necesidad reconocemos en los objetos mismos, como el caso del agua potable, ciertas características que nos los muestran como satisfactores. Estas condiciones no serán enunciadas aquí del todo, pues tendríamos que hablar de la pureza, las condiciones de salubridad, las especificaciones en general de agua, lo cual haría infinita nuestra tarea, sólo queremos señalar que cuando hablemos de las condiciones generales y características que debe tener el recurso al agua para que sirva como satisfactor de la necesidad básica y universal del agua, hablamos en este sentido.

Por último, por más que los autores evidencien que los conceptos a cerca de ellas cambian de época en época o de teoría, encuentran el fondo común. En efecto, Doyal y Gough no se substraen a dar o argumentar a favor de una teoría de las necesidades que rescate un único concepto, sino que ponen énfasis en rasgos como la objetividad, la

necesidad de considerar a las necesidades como objetivas más allá de las obscuridades en que estas han sido consideradas.

2.3 Ampliaciones de la teoría de las necesidades

Esto último no por simples razones de sobrevivencia y de orden biológico y físico, sino que esto es el deber de una correcta distribución al interior de las sociedades, con usos responsables y equitativos.

El trabajo de Hierro señala constantemente como términos sinónimos³⁷ las necesidades básicas y los Derechos Humanos; tratando de precisar “que lo que debemos entender por derechos humanos no son todos los deseos, intereses o necesidades relevantes de un agente humano sino sólo aquellos intereses, deseos o necesidades que pueden instrumentarse normativamente como derechos subjetivos, esto es, como libertades, pretensiones, inmunidades o potestades lo que excluye, por ejemplo cualquier pretensión imposible de satisfacer”³⁸. En efecto, así como por una parte señalábamos cómo las necesidades determinaban sus satisfactores, así mismo la posibilidad de las necesidades debe ser salvaguarda desde un orden normativo común, sin restringirse jamás a los impulsos particulares. Por lo tanto, nos gustaría decir que cuando el autor en mención, trata del subjetivismo de las necesidades, no se refiere al sentido que le damos en el relativismo a este término, para él el subjetivismo es un espectro más amplio, pues tiene el sentido de *subjetividad universal* o intersubjetividad.

³⁷ Como ejemplo de esto Liborio Hierro señala lo siguiente: “Se requiere tan sólo una igualdad en la satisfacción de las necesidades o derechos básicos que permiten a todas las personas desenvolverse como agentes morales en un contexto dado” (subrayado mío). De la misma manera presenta la similitud de estos dos términos, en el siguiente apartado: “(...) Pero el grado en que han de compensarse no es para igualar absolutamente en oportunidades a todas las personas, pues como bien ha analizado Dworkin no es posible igualar-por recurrir al caso más claro- el ciego con las personas (visualmente) normales. Es verdad, por ello, que nuestro requerimiento no obliga a que el ciego se encuentre en una exacta igualdad de oportunidad con el que ve, pero sí obliga a dedicar los recursos necesarios para que el ciego se desenvuelva como persona moral, lo que hoy, en nuestros contextos, implica recursos para que acceda a la lectura, a una movilidad adecuada a sus circunstancias, y al mercado de trabajo. La cuestión, por tanto, podría reducirse a establecer ese índice de capacidades, necesidades básicas (o derechos fundamentales) cuya igual satisfacción, incluso al precio de la eficiencia, es condición de una sociedad justa y que, una vez satisfechos, permiten cualquier ulterior desigualdad de recursos, riqueza, renta o bienestar que se obtenga sin vulnerar las reglas del procedimiento justo.” HIERRO, Liborio, “Justicia, igualdad y eficiencia”, *Isonomia*, No. 9, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1998, pág. 161, (subrayado mío).

³⁸ HIERRO, Liborio, “¿Derechos humanos o necesidades humanas?, Problemas de un concepto”, *Sistema*, citado, pág. 54 y 59.

Pasando a consideraciones más determinadas, nos encontramos con otro tipo de lineamiento, como el que plantea Julio Boltvinik que vincula el concepto de necesidad al funcionamiento físico del ser humano. Para él este concepto expresa primeramente una respuesta instintiva del cuerpo humano y, por tal motivo, su satisfacción debe ser urgente si se busca preservar la vida misma. Así, cuando hablamos de necesidades “nos referimos a la falta de cosas que son menester para la conservación de la vida, pero también a una situación a la cual es imposible sustraerse y a la acción infalible de las causas”³⁹ en la vida biológica.

A partir de lo anterior, nos referimos a las necesidades básicas, que se distinguen de las preferencias, deseos y otras necesidades *desde otro nivel*. No basta con hacer una crítica ideológica y lingüística, si se deja atrás los aspectos físicos concretos en que las necesidades son o no satisfechas. Esta recuperación retoma el cuerpo de las necesidades a la idea de las mismas. No para partir o quedarse en el relativismo de lo necesario, diciendo que esto es aquello que mi cuerpo o tú cuerpo nos muestra así, sino para mostrar cómo las necesidades sólo son significativas si están profundamente ligadas a las necesidades físicas y biológicas que son objetivas y universales.

Si bien antes parecía que los casos del alimento y la bebida eran ejemplos para aterrizar algunos conceptos de Gough, Doyal y Hierro; con este último autor, ellas son entramadas como condiciones generales para este acápite. Aludiendo a conceptos como pobreza, estas categorías no son consideradas abstractamente como universales, sino que responden a condiciones comunes *particulares* compartidas por todos. Es así como, el término “necesidad” está vinculado con “lo necesario para sustentar la vida” y por tanto no expresa “lo superfluo, ni lo contingente. Tampoco es aquello que voluntaria o espontáneamente podemos querer o desear. Por lo contrario es algo donde no podemos ejercer nuestra libertad, puesto que nos es imposible sustraernos”, es decir, responden a nuestras condiciones reales naturales y biológicas.

En ese orden de ideas, este autor denomina “necesidades esenciales” aquellas que son imprescindibles para subsistir y que son fruto de la lucha social para que sean

³⁹ BOLTVINIK, Julio, *Pobreza y Necesidades. Conceptos y Métodos de Medición*, citado, pág. 6 y 7.

reconocidas en un sistema normativo, retomando cierto aspecto marxista sin caer en sus limitaciones. “Dichas necesidades, están determinadas históricamente, y se expresan en las conquistas que la clase obrera alcanza o lucha por alcanzar, y que se reflejan en la legislación (...) Por tanto, la lucha obrera hoy y la legislación vigente, expresan el sistema de necesidades esenciales de la población, el modo de vida al que toda la población aspira”⁴⁰. El reconocimiento es así logrado y tiene una base empírica fundamental que debe ser definida. El concepto de cuerpo de Boltvinik es mucho más amplio, en el sentido que recoge el cuerpo histórico sin su relativismo, es decir, para él la base física es el rasgo fundamental de las necesidades.

En principio, según este autor, el aspecto biológico de las necesidades ha sido ignorado porque no se han explorado los métodos usados para reconocer las necesidades básicas. De estos caminos, que para el mismo Boltvinik sería muy extravagante y poco probable deducir un único método de las necesidades, queremos mostrar cómo pueden complementarse y cubrir sus deficiencias para que el reconocimiento y definición de las necesidades tengan en cuenta ciertos aspectos que ahora sí podemos señalar como particulares desde la base ganada con Gough y Doyal y con la teoría de Boltvinik.

El primer camino es acudir a los expertos; para Boltvinik este método ha sido el más usado, pues se considera el mejor. Acudir a científicos para saber, en términos físicos, qué necesita un ser humano para desarrollarse parece ser el método optado por la mayoría. Prueba de esto son los casos singulares del alimento y la nutrición: el experto, de acuerdo a sus investigaciones, define el requerimiento mínimo de nutrientes para poder satisfacer dicha necesidad, acción que se repite sucesivamente con el resto de las necesidades como la salud, educación, vivienda etc. Se recurre a esta metodología para saber cuál es la necesidad determinada teniendo en cuenta características relativas como las disposiciones biológicas y culturales.

Como segundo camino, se considera importante el análisis de la legislación de un país y las conquistas populares. Este camino fue utilizado por el autor para proponer

⁴⁰ BOLTVINIK, Julio, “Política social y necesidades sociales en México”, en BASURDO, Carlos y otros (Coordinadores), *Necesidades sociales y Desarrollo humano: Un acercamiento metodológico*, Serie Necesidades Sociales y Políticas Públicas, UNAM, México, 2005, pág. 150 a 160.

la Canasta Normativa de Satisfactores Esenciales (CNSE)⁴¹ en México, en donde después de estudiar la normatividad, concluyó que:

A) el Derecho Social mexicano está desigualmente desarrollado entre necesidades esenciales y entre clases sociales, b) la legislación genérica sobre necesidades esenciales comprende cinco aspectos: el derecho al trabajo, el salario mínimo, el derecho a la dotación de tierra para núcleos campesinos, la protección de los menores, y el derecho a la asistencia social para la población desvalida. El primero, el cuarto y el quinto son derechos sociales (cubren a todas las clases); el segundo y el tercero son derechos de clase, c) con el derecho al trabajo y la legislación sobre salario mínimos y otras prestaciones legales, la legislación parecería asegurar a toda persona un trabajo digno y una remuneración adecuada a las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural y para proveer a la educación de los hijos, d) el texto constitucional define, además, derechos sociales específicos en educación, salud y vivienda, pero no en las demás necesidades esenciales e) los derechos de clase de los asalariados cubren también la seguridad social, guarderías infantiles, centros de vacaciones (sólo para burócratas) y complementos alimenticios para madres y bebés, (...) En síntesis, la legislación mexicana presenta una amplia cobertura de derechos para la población asalariada, configurando así, un esbozo de lo que serían las necesidades materiales, sociales y culturales⁴².

⁴¹ La CNSE, es la “canasta básica” en México que comprende satisfactores para todas las necesidades básicas. Hay dos clases de canastas básicas. Las normativas y las observadas o empíricas. Las normativas señalan lo requerido para satisfacer las necesidades básicas. Las empíricas suelen ser la descripción de los patrones de consumo de algún estrato social o de todos los hogares de un país. Las mencionadas canastas empíricas se reducen a analizar el gasto total y por rubro efectuado. La canasta básica normativa tiene que cumplir, al menos, con cinco requisitos: 1. La lista de rubros incluidos. 2. Las cantidades requeridas de cada uno de ellos en el periodo estipulado (digamos un año). En el caso de los bienes durables (definidos como los que duran más de un año), es necesario distinguir la cantidad requerida por el hogar y el uso anual. Por ejemplo, el hogar necesita una estufa de gas, pero como ésta dura más de un año, no es necesario comprarla cada año. El Inco (Instituto Nacional del Consumidor) estimó en 10 años su duración, por lo cual el uso anual es de un décimo. 3. Los precios de cada rubro. 4. El costo de cada rubro, que resulta de multiplicar las cantidades por los precios. En el caso de los bienes durables lo que se multiplica por el precio es el uso anual, a lo cual hay que añadir los gastos estimados de mantenimiento. 5. El costo total (suma de los costos de los rubros incluidos). El costo total, por hogar o por persona, es la línea de pobreza que, en la medición de la pobreza de ingresos, permite identificar quién es pobre y quién no lo es. Cabe anotar que antes de definir la CNSE, se conformaron ocho grupos de necesidades básicas para clasificar los satisfactores: alimentación, educación, salud, vivienda, cultura y recreación, transporte y comunicaciones, vestido y calzado, presentación personal y otras necesidades. En cada grupo se incluyen los elementos que concurren a la satisfacción de la necesidad. Así, los bienes para preparar y consumir alimentos quedan comprendidos en el rubro de alimentación y los productos para la higiene personal y del hogar en salud, en vez de la concepción convencional que agrupa los bienes según sus características. Véase: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, *La Canasta Normativa de Satisfactores Esenciales*, 2002, www.jornada.unam.mx.

⁴² BOLTVINIK, Julio, *Pobreza y Necesidades. Conceptos y Métodos de Medición*, citado, pág. 22 y 23.

Así, tomando los derechos de los asalariados como base para definir las necesidades y satisfactores para toda la población, se configuró la antes citada, CNSE, la cual brinda para nosotros un esbozo de esquema bastante útil para reconocer en la legislación que estudiaremos el cómo se reconocen las necesidades sociales, materiales y culturales en casos específicos.

En este punto en concreto, más allá de la particularidad del caso aducido y de preguntas como, ¿este caso es universalizable?, se quiere llamar la atención sobre dos puntos fundamentales. Primero, ver cómo esta teoría logra a partir de una base física y biológica, atender a aspectos concretos y variables que no parecen estar relacionados con ellas, sin reducirlas. En efecto, el concepto de necesidades que habíamos logrado distinguir de sus condiciones particulares, ahora las recupera como sus verdaderos componentes. Los aspectos particulares son estudiados ya no como rasgos definitorios, sino como *índices* por los que se manifiesta la necesidad objetiva y universal. Segundo, el método que aquí se presenta sirve, en ese sentido, para acusar en qué condiciones particulares están siendo o no satisfechas, promovidas y cuidadas las necesidades básicas, las condiciones materiales pasan la infraestructura que determina los cambios de la superestructura, como lo requería el marxismo, y pasan a ser un indicador fundamental.

El tercer camino, señalado por Boltvinik, tomado de otros autores como J.P. Terrail, Mack Lansley, Peter Townsend, es el acudir a las percepciones que tiene la población, a través de encuestas donde se realiza una lista de bienes, servicios y actividades, que según los individuos pueden ser necesarios para tener adecuadas condiciones de vida.

A partir de este método planteado, es de gran provecho ver cómo el último autor citado relaciona constantemente el término de necesidad con el tema de la pobreza. Allí señala que el individuo necesita satisfacer sus necesidades físicas, económicas y sociales para vivir y para poder desarrollar sus capacidades; sino las satisface, simplemente, no puede subsistir. En esta perspectiva, mas en otra de sus investigaciones, concluye “que el ser humano tiene que satisfacer sus necesidades a través de la actividad, lo cual le lleva a desarrollar sus capacidades pero también sus necesidades, es pobre quien tiene pocas necesidades o las más elementales (pobreza

humana), y quien no tiene satisfechas estas pocas necesidades elementales (pobreza económica)⁴³.

Estos tres caminos son complementarios, en la medida en que buscan examinar concretamente el problema de las necesidades desde varios puntos de vista. Bajo esta perspectiva el asunto que más sobresale, es que las necesidades deben ser garantizadas sino se quiere dar paso a los tipos de pobreza aludidos, los cuales terminan obstaculizando el florecimiento humano y niegan la posibilidad de entender desde la teoría de las necesidades la naturaleza humana.

Por último, nos referiremos a Amartya Sen quien ha estudiado los casos específicos de la pobreza, la calidad de vida, la ausencia de desarrollo y otros problemas sociales. Sus investigaciones acerca del concepto de necesidades han versado acerca de cómo estos casos específicos afectan el bienestar humano. Sobre todo, su artículo ‘Capacidad y bienestar’ donde expone en concreto dos conceptos fundamentales: funcionamientos y capacidades. En general, es manifiesta la influencia que la ética aristotélica tiene en sus consideraciones, influencia que comparten con Martha Nussbaum, mas no ahondaremos mucho en este punto porque nos parece más un interés erudito y puede desviarnos de nuestra atención, sino que aprovechando este común denominador mencionaremos un punto que nos parece de suma relevancia.

El concepto de funcionamientos significa en general todas las cosas que pueden ser o no realizadas por alguien en la vida, así como los “estados” o “posibilidades” por los que se guían la propia vida. Aquí “cosas” tiene el sentido amplio de todos aquellos estados o acciones que una persona logra alcanzar o ser; éstos “varían desde los más elementales como evitar la morbilidad y la mortalidad, estar adecuadamente nutrido, tener movilidad, etc., hasta los más complejos como ser feliz, lograr el auto respeto, participar en la vida de la comunidad y aparecer en público sin timidez”⁴⁴. Las capacidades hacen referencia a la habilidad para alcanzar dichas condiciones de vida, es decir, todo aquello que una persona es capaz de hacer o ser. En otras palabras, se refiere

⁴³ BOLTVINIK, Julio, “Ampliar la mirada. Un nuevo enfoque de la pobreza y el florecimiento humano” *Papeles Población*, N° 044, UAEM, México, Abril-Junio, 2005, pág. 9 a 42.

⁴⁴ SEN, Amartya, “Capacidad y Bienestar”, *La calidad de vida*, citado, pág. 55 a 67.

al poder de elección entre diversas opciones de realizaciones: el ser capaz de estar bien nutrido, bien alimentado, ser capaz de escribir, leer y formar parte de la vida comunitaria.

En la medida en que los individuos, sean capaces de realizar sus metas, sean capaces de comer, leer y participar, incrementaran el bienestar, condiciones que los hacen libres⁴⁵. Con estos dos términos nos formamos un concepto de necesidades que sirve de herramienta a Sen para precisar un ámbito que Aristóteles mencionaba en su *Ética a Nicómaco* con el término griego *dynamis* (traducido tradicionalmente como potencia)⁴⁶. Todo los bienes por los que se organiza la vida y a los que aspiramos, ya sean materiales, económicos, hasta la felicidad misma como fin último, tiene este doble componente: aquello a lo que se aspira ser, pero también aquello que se puede ser; aquello que mueve nuestras elecciones y las elecciones mismas.

Si bien se ve cómo el concepto de funcionamientos es más fundamental y primitivo para Sen, es necesario también aceptar que el otro es tan necesario para entender cómo se interactúa en la vida con nuestras aspiraciones y nuestras necesidades.

Sen, considera que la libertad es el pilar fundamental para el desarrollo de los funcionamientos y capacidades, pues entre mayor libertad, mayor oportunidad de lograr las cosas que valoramos. Así, incluye aristotélicamente las necesidades como aspectos que deben ser alcanzados y sin los cuales no es posible una verdadera *autarquía*.

Aunque el autor en mención, no presenta una lista taxativa de capacidades, sí considera que hay unas “capacidades básicas”, más importantes para la sociedad, las cuales son convalidadas por su propia cultura y acordadas democráticamente. Las capacidades hacen parte de la *costumbre* de una sociedad y determina su *ley*. Mas cabe

⁴⁵ Así, también lo expone Christine M. Korsgaard, en el comentario del citado artículo de Amartya Sen: “La idea general que subyace a esta opinión es que, a menos que se satisfagan ciertas condiciones básicas de bienestar y se proporcionen recursos y oportunidades, no podemos seriamente pretender que la sociedad este conservando y protegiendo la libertad de todos. Los pobres, los que carecen de trabajo o de atención médica, los que no tienen vivienda y los que no poseen educación no son libres, sin importar los derechos que les haya garantizado la Constitución”, KORSGAARD, Christine M., “Comentario a “¿Igualdad de qué? y a “Capacidad y bienestar” en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (compiladores), *La Calidad de Vida*, citado, pág. 84 a 93.

⁴⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. José Luis Calvo Martínez, Alianza, Madrid, 1992, pág. 47 a 74.

preciar que no todo lo aceptado puede convertirse en una capacidad básica, pues se debe tener presente, que dichas capacidades pueden ser influidas por modos de vida particulares. Para esta perspectiva, una organización adecuada debe saber dar una correcta subordinación de las capacidades básicas y no básicas.

Así, sostenemos que las necesidades en este tipo de organizaciones claramente políticas deben estar organizadas por la idea de no proponer una única lista de capacidades, sino para dar paso al reconocimiento de la diversidad cultural, social, económica, en la idea de que las necesidades de las personas, no son estáticas en su subordinación política, sino que siempre están en constante valoración. Así, como en ética no podemos esperar a llegar a saber cuál es el fin último de la vida para todas las épocas, personas y culturas, así mismo las capacidades no pueden ser definidas a la manera de las ciencias como la matemática; indefectiblemente los recursos con que se dispone una sociedad para asegurar sus necesidades y Derechos deben estar guiados a promover la libertad y hacer que más personas participen de estas investigaciones.

Además, cabe mencionar, que no se deben confundir los términos de “capacidades básicas” con el de “necesidades básicas”. Sen, atendiendo a las investigaciones referentes al tema de necesidades, considera que hay una tendencia en definir la necesidad como productos primarios: como los alimentos, vivienda, vestido, cuidado de la salud, que desde el punto de vista de las capacidades, no son más que medios para la obtención de fines como llegar a ser insumos para los funcionamientos⁴⁷.

Con esto se puede concluir que primero, las necesidades básicas hacen parte de las capacidades, segundo, que los funcionamientos son logros de una persona y las capacidades un conjunto de combinaciones de tal serie de funcionamientos, y, por último, se debe hacer todo lo posible para que los individuos compartan las capacidades básicas, para lograr cohesión social, tan necesaria en un orden democrático.

A manera de recapitulación de este acápite veremos dos revisiones que se han dado de las teorías de las necesidades. La primera es la de Heller, donde más que

⁴⁷ Véase: nota 30 del artículo SEN, Amartya, “Capacidad y Bienestar”, en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya, *La calidad de vida*, citado, pág. 67.

exponerse algún concepto de necesidades, éste se limita redirigir a las necesidades a un ámbito social. Para esta autora los hombres como animales políticos “tienen” necesidades⁴⁸; en el sentido no que les sean propias, sino que en sus ámbitos sociales y culturales los hombres fingen ciertas necesidades dependiendo de sus inclinaciones. En otras palabras los hombres y mujeres son más actores que buscan naturalizar sus necesidades, cuando éstas no atienden a ninguna inclinación natural y común a todos, sino sólo a su deseo y carencia personales.

Podemos aducir a un ejemplo, dentro de los muchos posibles, para ilustrar esto último: una persona, que dice necesitar drogas reconoce que esa necesidad es real, pues sabe la que necesita, pero ésta no es una verdadera necesidad, porque la persona que toma drogas se instrumentaliza a sí misma al destruir su propia autonomía. En efecto, bajo la perspectiva de Heller la mayoría de necesidades no comparten un fondo común, debido a ello la teoría de las necesidades es imposible. Si bien el caso del drogadicto es muy distinto de las necesidades que hasta aquí se han tomado como básicas, para Heller esta clase de necesidades construidas es la que muestra a grandes rasgos que es imposible plantear alguna teoría sobre las necesidades.

Para justificar esta decisión da al menos dos razones. Las necesidades están vinculadas necesariamente a conceptos que las obscurecen⁴⁹; este es el caso de los deseos: por más que cualquiera pueda identificar cuáles son sus necesidades de manera clara, no sucede así con los deseos que las acompañan, pues estos últimos en su mayoría responden a impulsos inconscientes que nos determinan hondamente. Segundo, el marco en el que las necesidades son definidas no puede dejar de responder a las condiciones históricas desde las que se plantea dicha tarea, es decir, es imposible sustraer las consideraciones teóricas de las necesidades de las condiciones históricas en las que se dan.

⁴⁸ HELLER, Agnes, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, trad. Ángel Rivero Rodríguez, Paidós, Barcelona, España, 1996, pág. 84 y ss.

⁴⁹ Ídem, pág. 85.

Así, aún cuando podamos hacer conciencia de esta condición, estructuralmente las necesidades son diferentes en cada persona. El reconocimiento de las necesidades pasa necesariamente por la lucha de un grupo para que a este se le reconozca como tal.

En efecto, para ella la categoría de necesidades no aporta ninguna clase de exigencia de derecho, sino que su satisfacción está determinada sólo por cuestiones históricas, sociales, que debe rebatir otras inclinaciones que se postulan en su lugar.

En este sentido, en el caso de las necesidades básicas, a las que este autor denomina necesidades radicales, no se les puede reconocer por principio su status como universales. Las necesidades han venido, y deberán seguir así, imponiéndose tras la lucha de clases, la desigualdad de las personas y otras condiciones que son contrarias a nuestro planteamiento en la medida en que eliminan toda posibilidad de plantear a las necesidades como fundamento. Tratemos de dar al menos dos razones por las que nos parecen que en la revisión de Heller, tratando de escapar del marxismo, recae en conclusiones similares.

La posición de esta autora se puede resumir en el siguiente pasaje: “todas las necesidades sentidas como tales por los seres humanos son reales, [mas] deben ser consideradas como reales y deben ser reconocidas, haciendo la salvedad de aquellas cuya satisfacción implique necesariamente el uso de otra persona como mero medio”⁵⁰.

Heller parece recaer en conclusiones que hacen de las necesidades una imposibilidad, pues el sentimiento de una necesidad real y objetiva es el resultado histórico en las sociedades que están a su vez en continuo cambio, por ello no hay por principios necesidades validas *per se*. Por lo tanto, falta a la posibilidad de crear un sistema que priorice la satisfacción de ciertas necesidades, teniendo en cuenta que dicha priorización se debe hacer bajo un debate público democrático.

Sin embargo, en una segunda revisión es necesario rescatar, de la mano de Añón, los aspectos positivos de la teoría de las necesidades. Una necesidad básica “es una situación o estado de dependencia, predicado siempre de una persona, que tiene un

⁵⁰ Ídem, pág. 109 y 110.

carácter insoslayable, puesto que [por su carencia se] experimenta un sufrimiento o un daño grave, y dicha situación va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, porque no existe una alternativa racional y práctica que no sea su satisfacción, realización o cumplimiento”⁵¹. Esta posición, a nuestro parecer, completa las anteriores, pues abarca elementos como: la dependencia, donde el ser humano al necesitar “algo” para su supervivencia no es totalmente libre; la insoslayabilidad que es entendida como una situación inevitable, entre otros. Aunque estos elementos ya han sido insinuados desde otros autores, Añón agrega un significativo componente, a saber, el sufrimiento o daño que se puede causar si no se satisfacen dichas las necesidades básicas.

Con esta radicalización la autora muestra que en las consecuencias de la no satisfacción de una necesidad se elimina todo sesgo de relatividad. Si alguien dejase de comer porque piensa que el hambre y la necesidad de alimento no existen o, bien que la satisfacción de dicha necesidad puede darse por cualquier clase objeto de su preferencia, puede que ésta muera por inanición o envenenamiento. Por lo tanto, para la autora la definición de las necesidades no depende de las culturas, pues existen necesidades que trascienden la diferencia cultural; tampoco menciona que las necesidades sirvan para la consecución de fines propios como lo hacen Doyal y Gough, pues no solo ayudan al alcance de fines propios, sino que también ayudan a conseguir fines colectivos, mostrándonos un horizonte más amplio desde el cual podemos comprender los diferentes aspectos que la necesidad puede tener.

Después de estudiar y analizar el concepto de necesidades y algunos elementos y nociones de éste, consideramos pertinente hacer una breve diferenciación de conceptos.

En este punto, el debate sobre lo que algunos autores plantean en cuanto a la similitud y/o diferenciación entre necesidades, deseos, preferencias e intereses enriquece el presente estudio acerca de la necesidad del agua, pues se precisará si ella es más un deseo o preferencia que como hasta ahora hemos dicho, una necesidad básica.

⁵¹ AÑÓN ROIG, María José, *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, citado, pág. 193. El texto incluido entre corchetes es nuestro. Con esta cita vemos que la necesidad tiene intrínsecamente no sólo el carácter de necesario, que rescatábamos con Doyal y Gough, sino que lleva consigo la obligación de su cumplimiento.

2.4 *¿Las necesidades son deseos o preferencias?*

Dejando este ámbito ideológico de la crítica, se pasa al aspecto constructivo de la teoría de Doyal y Gough. Un subtítulo que le sería adecuada a esta sección podría ser análisis gramatical del término necesidades básicas⁵², en el cual se busca resaltar la distinción entre las “necesidades básicas” de términos como aspiraciones, deseos, y demás⁵³. Las necesidades básicas son todas aquellas que deben ser satisfechas para evitar una incapacidad que obstruya al individuo continuar con sus planes de vida; toda necesidad fundamental y básica es reconocida como tal, si y sólo si, no es contraria a otras necesidades de esta misma calidad. En el caso del agua esto comienza a ser claro, pues ella cumple con ciertas condiciones para estar relacionada con la salud física, la alimentación y no se contraria a éstas⁵⁴.

Para algunos autores existe un problema a la hora de definir las necesidades por la similitud con estos términos, mientras que para otros las diferencias son más que manifiestas. Para unos este dilema no tiene mayor complicación, porque los tres conceptos son totalmente diferentes, mientras que para otros eliminar la vecindad de éstos puede ser arbitraria y contraproducente.

Como mencionamos anteriormente, Boltvinik distingue entre necesidades, deseos y preferencias. Esta diferenciación radica en que la necesidad siempre es objetiva, pues no depende de la voluntad. Para él, lo necesario se opone a lo contingente, a la libertad de elegir y a lo superfluo, mostrando que los demás conceptos que implican la elección o predilección entre objetos diversos, no pueden ayudar a comprender qué sean las necesidades. En este punto la distinción enfatiza la separación que este autor hace entre la noción de preferencia y la de necesidades. En efecto, aquellas cosas que dependen del arbitrio pueden ser descritas en sus cambios, y jamás postuladas como verdades objetivas; mientras que las necesidades, al contrario, no pueden ser simplemente descritas si se busca entender su verdadera naturaleza.

⁵² Ídem, pág. 63 a 74.

⁵³ Ídem, pág. 68.

⁵⁴ En este punto coinciden algunos autores como Añón, tal como veremos más adelante.

Además, en cuanto a la noción de deseo, añade este autor, que ésta está limitada a los ámbitos no sólo contingentes, como el caso de las preferencias, sino también superfluos. Para él el deseo determina nuestros caprichos más particulares y variables, contrario a nociones como necesidades que establecen carencias trascendentales, así como impulsos físicos-biológicos comunes a todo el género humano.

Un “ejemplo” que da la luz a esta doble diferenciación es el siguiente. En la necesidad de alimentarse nadie puede sustraerse de ella, mientras que al deseo de comer lasagna se puede resistir; lo mismo que la preferencia de la misma puede ser cambiada por otra como la de los spaghetti sin mayor frustración⁵⁵. Las necesidades no pueden ser así coaccionadas sin perjuicio, mientras que las preferencias y deseos sí.

En consonancia con esto último, De Lucas y Añón señalan que las necesidades son objetivables e insoslayables, por lo que su no satisfacción puede producir daño para la supervivencia y desarrollo de un individuo. Las características que ellas comparten no son las mismas que la de los deseos o preferencias. “Si hay un dato que haga que las necesidades constituyan un concepto especial, a diferencia de los deseos, intereses o aspiraciones, es que son insoslayables, lo que no comporta la noción de inalienabilidad.

En ese sentido el carácter definitorio de las necesidades no es que existan en función de fines y objetivos trazados por cada uno, sino que hacen referencia a situaciones cuya no satisfacción causa un perjuicio o un daño grave al sujeto o al grupo social”⁵⁶.

Es más, como ya hemos señalado en otros autores, existe una diferencia cualitativa entre las necesidades y estas otras dos nociones. Las necesidades tienen o exigen una satisfacción de tipo completamente diferente al de los deseos o las preferencias, si bien por un lado es necesario recalcar su diferencia real y objetiva,

⁵⁵ BOLTVINIK, Julio, *Pobreza y Necesidades. Conceptos y Métodos de Medición*, citado, pág. 6 a 7.

⁵⁶ DE LUCAS, Javier y AÑÓN ROIG, María José, “Necesidades, Razones, Derechos”, *Doxa*, Nº 7, Universidad de Alicante, Alicante, 1990, pág. 61.

también es importante aclarar que aun cuando sea intuitivamente⁵⁷ a las necesidades se les atiende porque se creen de mayor peso que las otros impulsos.

Para Potyara, la no satisfacción de las necesidades conlleva a una “seria pérdida” o a un impacto negativo en el normal desarrollo de la vida física y social de un ser humano, a diferencia de la no satisfacción de una preferencia o deseo, que sólo puede causar eventuales pérdidas, sin impedir al sujeto de la preferencia insatisfecha vivir y participar como agente en la sociedad. Además, “estos sufrimientos afectan específicamente al portador de la preferencia, produciendo impactos diferenciadores en cada individuo que la presente, lo que revela su carácter relativo y particularista”⁵⁸.

En la teoría de las necesidades expuesta por Riechmann se nota claramente la diferenciación entre estos conceptos. Él, basándose en lo que algunos autores han llamado el Principio de precedencia, puntualiza que las necesidades de un ser humano (o población humana) tienen prioridad sobre sus preferencias (deseos), ya que al causar daño, como podrá ocurrir en la insatisfacción de la necesidad, es peor que no conceder un beneficio⁵⁹. Así se debe dar paso a la organización de qué tipos de necesidades existen y qué papel juegan las que hasta ahora hemos llamado necesidades básicas.

Tomando como referencia estos cuatro autores, confirmamos la idea de que la necesidad tiene un significado totalmente diferente e independiente del deseo, preferencia o interés. En este sentido, coincidimos con las premisas que argumentan que la necesidad no es un acto intencional, ésta no refleja la voluntad del individuo. Al contrario, la voluntad está atada a un requerimiento, referida a la necesidades no se le puede considerar como libre. A diferencia del deseo, que es una atracción hacia algo, es consciente y refleja el querer del individuo; de igual manera, la preferencia o interés, expresan la inclinación o elección hacia algo.

⁵⁷ Véase: Ídem, pág. 60.

⁵⁸ PEREIRA A.P., Potyara, *Necesidades Humanas. Para una crítica a los patrones mínimos de supervivencia*, citado, pág., 79 a 81.

⁵⁹ RIECHMANN, Jorge, “Necesidades algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir” en RIECHMANN, Jorge (coordinador) *Necesitar, Desear, Vivir sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Los libros de la Catarata, Madrid, 1999, pág. 82 a 90.

A nuestro juicio, la necesidad al ser un requerimiento no intencional, podría llegar a generar un daño en el ser humano, en cambio, la no satisfacción de preferencias y deseos si generan perjuicios a las personas, pero a otro nivel.

3. Tipos de necesidades

Después de estudiar y esbozar algunas definiciones y componentes de las necesidades; y ahondar en las razones que se tiene para distinguirlas en su concepto de otros, es necesario analizar algunas de las clasificaciones que se han dado en torno a las necesidades.

Antes de pasar a las tipologías de las necesidades es necesario considerar dos puntos principales que con Riechmann se deben tener en cuenta: el primero consiste en que, al hablar de necesidades, se debe partir de la vulnerabilidad humana como condición de nuestra naturaleza y estado a proteger; teniendo presente que nosotros como seres vivos, vulnerables y frágiles tenemos necesidades. El segundo punto, consiste en la idea de la interacción humana como la forma en que los seres humanos actuamos dentro de determinados contextos; en este espacio nos fijamos metas y organizamos nuestros planes de vida. A partir de estos puntos centrales, este autor cataloga a las necesidades en: *necesidades contingentes* y *necesidades básicas*, cuando los fines que se persigue son contingentes o son fundamentales para la vida humana, en otras palabras, las necesidades básicas son los “factores indispensables para la supervivencia y la integridad psicofísica de los seres humanos”⁶⁰.

En esta última categoría estaría el agua, que hace parte de una lista mínima de necesidades que están relacionadas directamente no sólo con el funcionamiento biológico del ser humano, sino además con su naturaleza. Por lo tanto, su carencia repercutiría de manera evidente en la salud. Con esta catalogación se gana el que el agua no sea una necesidad accesoria a otras necesidades, sino ella misma fundamental.

⁶⁰ Ídem, pág. 12.

En este punto cabe indicar que el ámbito de las necesidades propiamente humana, es algo más amplio. El nivel que nuestras necesidades tiene específicamente y que difiere de cualquier otro animal, en cierto sentido, que nuestra existencia está atravesada por los otros. Para Riechmann retomando un pasaje de Víctor Hugo, el nivel que nos define propiamente no es la existencia meramente física, sin desconocer jamás la relevancia de los aspectos biológicos, para estos dos pensadores sólo es con los otros que somos realmente hombres; cuando compartimos y reconocemos en los otros alguien igual que yo, con mis mismas necesidades es que propiamente logramos comprendernos a nosotros mismo y a nuestra naturaleza.

Por último, Riechmann enfatiza que “todos los seres humanos son semejantes en ciertos rasgos generales de su constitución psicosomática. Existen entonces ciertas necesidades básicas comunes a todos los humanos que dan lugar a cosas o estados de cosas valiosos para todos. Estos bienes universales o primarios dan lugar a su vez a exigencias morales universales o sea, derechos humanos que deben positivarse en forma de derechos fundamentales”⁶¹.

Otra de las clasificaciones es la de Doyal y Gough, quienes ordenan las necesidades en tres tipos: *necesidades humanas más elementales*, donde están incluidas la salud física o supervivencia física y autonomía personal, elementales en todas las culturas; las segundas, *necesidades sociales básicas*, y por último las *necesidades intermedias*, las cuales contribuyen a la satisfacción de las necesidades humanas más elementales⁶².

De acuerdo con esta última tipología las siguientes necesidades se podrían ubicar en diferentes categorías: en la primera de las categorías encontramos a los alimentos y el agua potable, según estos autores, teniendo en cuenta diferentes estudios del ser humano, éste necesita de una ingestión mínima de energía, que se traduce en el consumo de una cantidad específica de nutrientes, vitaminas y *agua*, para garantizar la buena salud del ser humano; en la segunda categoría estaría la vivienda, satisfecha cuando hay un alojamiento adecuado, a saber, una residencia o domicilio que ofrezca

⁶¹ Ídem, pág. 23 y 24.

⁶² DOYAL, Len, GOUGH, *Una teoría de las Necesidades Humanas*, citado, pág. 15 y ss.

albergue suficiente en climas extremos y protección razonable contra exposición a la intemperie, riesgos de epidemias o enfermedades; en la tercera categoría estaría un entorno laboral libre de riesgos, esto se traduce en un horario de trabajo adecuado, un ambiente seguro, que proteja a los trabajadores de alto peligro de accidentes o enfermedades laborales; en cuarta categoría un entorno físico seguro, libre de contaminantes, tanto en del aire, el agua y el suelo; por último una sanidad en centros médicos hospitalarios.

Cabe señalar que estamos de acuerdo en que la salud sea una necesidad humana básica, entendida “como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁶³, pero no estamos de acuerdo en que el suministro de agua potable, suficiente y recuperable sea un patrón de satisfacción de necesidades básicas, como lo quieren hacer ver los autores en mención. Aún cuando señalan que “las sequías que acompañan a las hambrunas de nuestro tiempo provocan sed y deshidrataciones agudas que pueden causar enfermedades y muertes con más rapidez que la falta de alimentos”, el que su teoría incluya a nuestro objeto en estudio como uno de los satisfactores de las necesidades humanas básicas no garantiza su cumplimiento.

Disentimos así, y aclaramos que, a nuestro parecer, existe un consenso respecto a determinado tipo de necesidades básicas que son indispensables para el desarrollo de la vida humana, el agua es una de ellas. Por este motivo cuando hablamos de necesidad de agua, es específicamente a la necesidad del agua potable a la que nos referimos y no a otro líquido sustituto, ni de otra necesidad. Cuando hablamos de necesidad de bebida no denominábamos la sed como una necesidad abstracta, en donde se podría hablar de satisfactores que pueden suplirla. Pues ante la sed, existen cualquier cantidad de bebidas, el vino, la leche, un sorbete, un néctar, etc. Pero a un enfermo no se le puede suministrar este tipo de líquidos, ni todos tenemos el alcance a alguno de ellos, por el precio, por la cultura, por los gustos, en cambio, el agua es por todos conocida y utilizada.

⁶³ Véase: DEFENSORIA DEL PUEBLO COLOMBIA, El derecho a la salud, “*Principios básicos de la constitución de la Organización Mundial de la Salud*”, 2007, www.defensoria.org.co.

Así nos parece mejor recalcar que si bien difieren conceptualmente la necesidad al agua y su objeto satisfactor, el agua potable, como hemos visto, es imposible incluir sólo una y dejar por fuera la segunda en una tipificación de las necesidades. Creemos que los satisfactores adecuados deben ser igualmente incluidos dentro de nuestras clasificaciones. Para este propósito queremos rescatar aquí de nuevo el concepto que expusimos con Sen, donde los satisfactores no eran simplemente opuestos a las necesidades absolutas, sino que estaban determinados por propiedades conceptuales comunes en los objetos.

En efecto, se debe incluir el agua potable como aquella cosa a la que la vida aspira como objeto primero para satisfacer su necesidad de bebida. Esto no para cercenar la diversidad de gustos a la hora de calmar la sed, sino para decir que ésta, es el satisfactor principal y preponderante que incluir en la necesidad fundamental del agua, como recurso que supla nuestra necesidad.

En tercer lugar completaremos esta tipología con la clasificación de Nussbaum quien, centrada en el valor a la dignidad humana, presenta una propuesta basada en las *funciones humanas básicas*, como las funciones más elementales del ser humano. En esta perspectiva se llega a definir qué es la propia vida; bajo este postulado, se presenta una lista que se asimila a una carta de navegación:

En el primer nivel de esta carta está la figura de la forma humana de la vida, en ella se encuentran la mortalidad, como el rechazo común de todas las personas hacia la muerte; el cuerpo humano, tomado figurativamente como nuestro hogar, que pese a la diversidad de culturas, las necesidades nutricionales y otras relacionadas, son inmutables. Dentro del cuerpo humano están primero, *la necesidad de comida y bebida*, pues todos los seres humanos, necesitan comer y beber para vivir; segundo, *la necesidad de alojamiento*, como un refugio ante las condiciones climáticas; tercero, el *apetito sexual*, aunque menos urgente que las anteriores necesidades, las necesidades y deseos sexuales son rasgos propios de toda vida humana; por último la *movilidad*, como la habilidad para desplazarse de un lugar a otro, con nuestro propio cuerpo. Retomando el primer nivel, en tercer lugar está la capacidad de placer y dolor, siendo expresiones comunes a toda la vida humana. Cuarto, la percepción, imaginación y pensamiento, referidas a las facultades de imaginar, pensar y comprender que tiene todo ser humano.

Luego, el desarrollo infantil temprano. Como siguiente, la razón práctica, como la capacidad de participar y planificar los planes de vida. Séptimo, la sociabilidad con otros seres humanos. Octavo, la relación con otras especies y la naturaleza. Noveno, el humor y sentido lúdico. Y por último la separación, entendida como la individualidad que maneja cada persona, una historia, sus propias amistades, determinados objetos, etc., que lo hace diferente de los demás.

En el segundo nivel, están las *capacidades funcionales humanas básicas*, que en palabras de Nussbaum, son las capacidades a las que las sociedades deberían aspirar, por el bien de sus ciudadanos. Pues, para la autora, una vida humana sin estas capacidades no es una vida merecedora de dignidad humana. Recordándonos máximas griegas como “una vida sin examen no merecer ser vivida” o “sólo en la polis el hombre es libre y se puede conocer a sí mismo”. De igual manera, estas capacidades, deberían ser la meta de la legislación y las políticas públicas.

Entonces encontramos las posibilidades que en la vida se dan: vivir hasta el final una vida humana, siendo el fin mismo de la vida el vivirla por completo, retomando la máxima de Solón citada por Aristóteles⁶⁴; segundo, poder tener buena salud; tercero, poder evitar el dolor necesario y perjudicial; cuarto, poder usar los cinco sentidos; quinto, poder relacionarse con las demás personas, amarlas, sentir anhelos y gratitud; sexto, poder formarse una concepción del bien, y de acuerdo a ello, realizar los planes de vida; séptimo, poder vivir con y para otros; octavo, poder preocuparse por los animales, las plantas y la naturaleza en general; noveno, poder reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas; y finalmente, poder vivir la propia vida y la de nadie más.

Sin embargo, para Nussbaum, aunque esta lista sea objeto de modificaciones debido a que las necesidades de las personas varían de acuerdo *al tiempo*, podría llegar asimilarse a los acuerdos internacionales que han recogido los Derechos Humanos

⁶⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, citado, pág. 66.

básicos, relacionados a la idea de dignidad humana⁶⁵, la cual es el principio rector y vertebral de los D.D. H.H.

Podemos citar a este respecto a Antonio Salamanca, quien tiene en cuenta principalmente las necesidades materiales del pueblo y la autonomía de los ciudadanos para definir cuáles son prioritarias y cuáles deben ser positivadas⁶⁶. Este formula así una tipología de las necesidades de la siguiente manera:

Las primeras denominadas, *necesidades materiales de comunicación* y las segundas, *necesidades de instituciones del pueblo*. Para efectos de este trabajo sólo haremos referencia a las primeras. En esta categoría están: 1) La necesidad de un medio ambiente saludable, que consiste en garantizar unas condiciones mínimas medioambientales, donde se reconoce unas de las primeras necesidades a satisfacer, a saber, el alimento, la comida y la bebida, enfatizado en que el ambiente debe ser libre de cualquier tipo de contaminación. 2) Necesidad nutritiva diaria, en donde se incluye al acceso de agua potable, como una necesidad material fundamental para todas las personas, pero especialmente, para los menores y la población indígena alejada de la urbe. 3) Necesidad de una vivienda digna, “que pueda ofrecer protección, higiene, privacidad, comodidad, funcionalidad, ubicación y seguridad en la tenencia”. 4) Necesidad de una atención médica. 5) Necesidad de reconocimiento familiar y comunitario. 6) Necesidad de un trabajo digno. 7) Necesidad de propiedad comunitaria (cooperativa) y de la unidad productiva (empresa). 8) Necesidad de propiedad personal

⁶⁵ NUSSBAUM, Martha, “Virtudes no relativas. Una aproximación aristotélica” en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (compiladores), *La Calidad de Vida*, citado, pág. 69.

⁶⁶ Así lo referencia el autor: “conviene tener claros los límites del ámbito de autonomía normativa que tiene el pueblo. La autonomía es para determinar que necesidades materiales son relevantes para comunitariamente asegurar la producción y reproducción de la vida del pueblo en un momento histórico. La autonomía es también para “positivizarlas” históricamente como derechos y para protegerlos mediante el uso coactivo de la fuerza. El ámbito de la autonomía no se extiende hasta el punto de pensar que el pueblo “crea” las necesidades materiales que le permiten la reproducción de su vida. Respecto a la existencia de las necesidades vitales el pueblo no tiene decisión, sino que si quiere vivir, ha de “atenerse” a la imposición de la naturaleza”. (...) “El Derecho, por tanto, es para la revolución y esta para la democracia material. La satisfacción de las necesidades de los pueblos es la razón última para la democracia material. Las necesidades humanas es el factor validante de los nuevos derechos” SALAMANCA, Antonio, *El Derecho a la Revolución, Iusnaturalismo para una política crítica*, Facultad de Derecho de Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2006, pág. 13.

del fruto del esfuerzo del trabajo, haciendo referencia a este, como el salario mínimo a que tendrían derecho los trabajadores. 9) Necesidad de soberanía nacional⁶⁷.

Así damos a paso a la cuestión que cierra a este capítulo, tras haber expuesto el concepto de necesidades y su clasificación es necesario ahora pasar a la última parte, determinar a qué tipo pertenece propiamente la necesidad del agua.

4. Necesidades básicas estrictamente humanas

Consideramos relevante destacar la lista presentada por Ribotta, quien maneja un esquema especial de necesidades, mas antes de elaborar dicho bosquejo, cabe mencionar que la autora agrega algo a la diferencia que ha sido mencionada por desde algunos autores entre satisfactores y necesidades. Señala que los primeros son siempre “históricos, sociales, culturales, políticos y económicos”, en cambio, las segundas son las únicas “objetivables y universalizables”. En este orden de ideas, la propuesta de la autora es la siguiente:

En primer lugar, nos encontramos con las *Necesidades Básicas* (Estrictamente humanas y relacionales o sociales) y en segundo lugar, las *Necesidades derivadas del satisfactor*, (del satisfactor adecuado y las preferencias, dentro de estas últimas se encuentran los gustos caros y las preferencias extravagantes). Teniendo en cuenta el estudio de algunas de las tipologías, consideramos que este esquema es el más adecuado para sustentar lo que hemos venido afirmando, la inclusión de la necesidad del agua como necesidad básica y fundamental.

Por consiguiente, la necesidad del agua al tener el carácter objetivo, universal, insoslayable e imprescindible, elementos que señala esta autora en común con nosotros, el agua es una necesidad básica, estrictamente humana. Su no satisfacción “implica atentar contra la idea de lo humano y poner en riesgo la continuidad de su vida”⁶⁸. Es más, ella debe abrir el campo para que se fundamente el derecho al agua. En efecto,

⁶⁷ Ídem, pág. 45 a 50.

⁶⁸ RIBOTTA, Silvina, *Las desigualdades económicas. Un estudio desde el igualitarismo contemporáneo*, citado, pág. 261 y ss.

como se ha venido también señalando, la necesidad de agua exige así mismo un derecho a ella, y no una cándida y simple consideración de qué tan importante es en nuestra vida, dejando atrás una correcta legislación e inclusión explícita en nuestras Constituciones.

De la misma manera que Silvina Ribotta, señala que hay necesidades estrictamente humanas, Potyara A. Pereira, también habla de *necesidades humanas básicas*, como un concepto objetivo y universal, que toma en cuenta la dimensión natural y social de los seres humanos.

El autor puntualiza en que no se debe hablar de ellas como mínimos, sino que debe hablarse con énfasis en lo básico no entendido como una noción de lo apenas suficiente, o de lo meramente satisfactorio, la definición correcta de lo básico debe estar relacionado no la idea de prestación ínfima, sino todo lo contrario, como fundamental, se debe hablar de una optimización de esta necesidad primordial.

Aun cuando incluyamos al agua como necesidad básica, no debemos entender por ella un mínimo, pues presupone supresión o cortes en la atención. En cambio, cuando hablamos de lo básico aquí se aduce a una importancia mayor, la necesidad al agua requiere inversiones sociales de calidad y políticas que vayan en dirección a lo *óptimo*. De ahí también la importancia de definir cuáles son las necesidades humanas básicas por oposición a preferencias, deseos, demandas, que pueblan al universo de las discusiones y especulaciones en torno a estos conceptos⁶⁹.

En conclusión, la necesidad básica del agua es fundamental porque esta debe ser satisfecha si y solo si son optimizadas las condiciones humanas de esta necesidad.

⁶⁹ PEREIRA A.P., Potyara, *Necesidades Humanas. Para una crítica a los patrones mínimos de supervivencia*, citado, pág. 31 y ss.

5. Necesidades y Derecho

Ahora bien, en este punto se tematizará las conclusiones de las diferentes disciplinas mencionadas en lo tocante a una reflexión para y con la jurisprudencia. Así se retomará el asunto de las necesidades por su particular significación en el campo del derecho, pues a partir de su consideración se orienta de manera más lógica y clara la inclusión o explicitación *del derecho al agua como derecho fundamental*. Así, este estudio de las necesidades es pertinente, no sólo porque brinda un horizonte de normatividad y legalidad como ningún otro, sino que además rescata ciertos aspectos de la vida humana para la disciplina de la ley que, de lo contrario, serían obliterados por las consideraciones más abstractas y aparentemente lejanas de la realidad.

Así las cosas, todavía cabe ampliar más el sentido general del concepto “necesidades básicas” a partir de los aportes de Liborio Hierro en la discusión sobre necesidades. Para él es tan necesario reconocer las necesidades como objetivas, universales y básicas, como referirse a ellas en tanto “derechos morales básicos”. En efecto, el ámbito moral desde el que cada persona es un destinatario de un orden normativo, es constitutivo de las necesidades cuando se las considera como fundadoras de los derechos. En ese sentido, toda consideración que busque promover la fundamentación de los derechos humanos en las necesidades, debe precisar que la consideración de las necesidades aporta consigo también criterios morales, no simplemente ontológicos y metafísicos, los cuales tratamos con los dos anteriores autores.

Es innegable que las necesidades son intrínsecamente necesarias, si se me permite la redundancia, en cuanto son exigencias a los hombres, Estados, sociedades; ellas hacen de su vigilancia y satisfacción un requisito *a priori* y *a posteriori* en el campo de los derechos morales básicos. La dignidad humana, la libertad, así como otras necesidades “han de ser satisfechas en todo caso”⁷⁰, no simplemente porque existan, sino porque es deber moral hacerlo así. Por lo tanto, como una de las conclusiones de

⁷⁰ HIERRO, Liborio, “¿Derechos humanos o necesidades humanas?, Problemas de un concepto”, *Sistema*, No. 46, Fundación Sistema, Madrid, Enero de 1982, pág. 45.

este autor, es que las necesidades han provocado el nacimiento de los derechos fundamentales; en el sentido en que son un deber ser.

Cuando Hierro habla en este sentido, no se está abogando por criterio parcial y exclusivo de una cierta moralidad o ética de las necesidades. El aspecto intrínsecamente moral que las necesidades traen consigo está referido a una colectividad y a la intersubjetividad universal. En efecto, para llegar a una sociedad justa y libre se debe promover la satisfacción de las necesidades igualitariamente entre sus individuos; en el mismo sentido, también es prioritario conseguir una maximización de la riqueza y una eficiencia productiva de los medios para garantizar la satisfacción de las necesidades.

La investigación sobre las necesidades sugiere debates que se sitúan en planos diversos y que requieren diversas etapas y maneras de aproximación. Exige también reconocer otras facetas no abarcadas desde la perspectiva de lo estrictamente económico. Tal es el caso de la dimensión moral. A fin de cuentas, se trata de contemplar no sólo la definición de las necesidades, su origen, desarrollo histórico social y las variadas formas de su satisfacción, también qué agentes están (o deberían estar) comprometidos en las estrategias de satisfacción y sobre qué sujetos se predicán.

Aspectos que nos deslizan hacia la cuestión moral previa de si efectivamente las necesidades de las personas deben ser satisfechas. Hemos recogido en un capítulo anterior que los diferentes enfoques de la economía del desarrollo sobre las necesidades básicas formulan explícitamente que la satisfacción de las mismas es un derecho fundamental de todas las personas. Doyal e Gough han tratado de ofrecer un soporte racional a esta creencia. La vida social depende de la reciprocidad moral, es decir, en las relaciones⁷¹.

El debate de las necesidades en la era de la globalización con los demás hay cosas que se deben hacer y otras que no, y, en consecuencia, los otros esperan que se hagan o no. Sin embargo, postular la obligación moral de un individuo presupone

⁷¹ ETCHEVERRY, Antonio José. De una racionalidad excluyente hacia una racionalidad de la Inclusión. En: <http://historiayespacio.univalle.edu.co/TEXTOS/24/DE%20UNA%20RACIONALIDAD%20EXCLUYE%20NTE%20HACIA%20UNA%20RACIONALIDAD%20DE%20LA%20.pdf>.

reconocerle una capacidad de acción, dado que la obligación sólo puede ser perseguida por seres humanos que actúen de manera autónoma. De aquí se deduce que la atribución de un deber a un individuo -aspecto fundamental para la existencia de la vida social- "debe llevar consigo la suposición de que el portador del deber tiene derecho al nivel de satisfacción de necesidades necesario para actuar en consecuencia"⁷². La satisfacción social de las necesidades de las personas es condición previa a la exigencia de participación con consciencia moral en la vida social. En este sentido se afirma que la satisfacción de las necesidades humanas constituye un derecho universal o derecho fundamental de todas las personas.

Pero si lo anterior lo damos por válido surgen otras cuestiones de orden moral: ¿la satisfacción de las necesidades constituye una obligación a nivel de mínimos o puede ampliarse a niveles más elevados, e incluso óptimos?, ¿qué dilemas plantean las prácticas de satisfacción?, ¿cómo se pueden formular estas obligaciones en la especificidad histórica actual, marcada por los procesos generales de la mundialización y la crisis ecológica? En esta última pregunta nos vamos a detener.

⁷² CANTALAPIEDRA, Santiago Álvarez. *El debate de las necesidades en la era de la globalización: un análisis del patrón de consumo alimentario español en los últimos veinticinco años*. (memoria para optar al grado de doctor del Departamento de Economía Aplicada). Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2001, p. 270.

II. Capítulo segundo

El fundamento del derecho al agua

Para continuar con nuestra afirmación “las necesidades pueden ser el fundamento de los derechos”, cabe preguntarnos ¿qué se entiende aquí por fundamento?, y a qué tipo de derechos nos estamos refiriendo. En principio es primordial señalar, como Asís Roig, que algunos autores rechazan esta idea de fundamentar un derecho, pues consideran que “son problemas ya resueltos (máxime cuando existe una Declaración Universal de los Derechos). Existe en todo caso una cierta tendencia, sobre todo en el ámbito de la dogmática jurídica, a dejar de lado estos temas afirmando que se trata de asuntos irrelevantes”⁷³. Por lo tanto, aducen que la preocupación debe enfocarse realmente a la eficacia y al cumplimiento de los instrumentos jurídicos que los consagran.

Según nuestro punto de vista, estos dos interrogantes son trascendentales, el fundamento, para la fortaleza del reconocimiento, y, la protección, para alcanzar la validez y la justicia de cualquier derecho. No se puede trivializar alguno si se busca una real eficacia del derecho, ambos ámbitos deben ser armonizados al interior del derecho al agua. Este nos lo permiten las consideraciones del primer capítulo.

Frente al cuestionamiento abierto, podemos decir que “fundamentar” es aportar argumentos, es tomar partida, “es preguntarse, cuál es la razón principal o motivo con el que se pretende afianzarlo y asegurarlo”⁷⁴. Más concretamente, “Responde al *por qué* de los derechos humanos (...) se sitúa en la pretensión moral justificada”⁷⁵. Para poder responder al porqué los derechos se pueden fundamentar en las necesidades, existen varias respuestas: Eusebio Fernández García “pone de manifiesto que los derechos humanos son una especie de derechos morales que se caracteriza por la universalidad y

⁷³ DE ASIS, Rafael, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 6.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1999, pág. 102.

por la vocación de juridicidad”, presentando en resumen, varios tipos de fundamentación que hasta hoy en día se han dado: iusnaturalista, positivista, historicista y ética.

En general, estas tres propuestas encuentran un asidero común en la teoría de las necesidades humanas; en la medida en que ella aporta el fundamento antropológico que está a la base de los derechos humanos. Esto es de cierta manera evidente, cuando hablamos de fundamentación de Derechos Humanos. Es claro que primero estamos hablando de los derechos del hombre, sin embargo qué signifique este derecho para el hombre si un momento histórico, si la configuración pura de la ley, etc. todavía está aquí por preguntar qué idea de hombre y de naturaleza humana podemos esbozar desde la anterior teoría de las necesidades como base, que sirva asimismo para el reconocimiento ya no de las necesidades como tales, sino de sostén de derechos fundamentales.

Existen varias formas de fundamentación en la teoría jurídica. Quizá de las que primero se dio fue la Iusnaturalista, donde se sitúa el fundamento de los derechos humanos en el campo del Derecho natural, como consecuencia propia de las condiciones y leyes que existen naturalmente en los hombres. Otro de los caminos de cimentación es la propuesta del derecho positivo, que señala que sólo los derechos humanos son constituidos por ley y hacen referencia a los derechos fundamentales. Una tercera opción es la historicista, donde se ve la fundamentación desde parámetros de exigencias de cada época según prioridades cambiantes y evoluciones sociales de cada contexto. La ética, por último, considera a los derechos humanos como exigencias morales y legales que los seres humanos tienen por el simple hecho de ser hombres; para ella el derecho debe ser igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político⁷⁶.

En la primera fundamentación se parte de la posibilidad de deducir los derechos naturales del concepto de naturaleza humana. “Derechos naturales” se refiere aquí a todos los derechos que constituyen prioritariamente a los hombres en su estado natural;

⁷⁶ FERNÁNDEZ, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, N. 2, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1981, pág. 98 a 106.

de ahí que no sólo se distingan de los Derechos positivos, sino también primen en cuanto ellos son inalienables, claro está bajo esta perspectiva. El concepto de “naturaleza humana” alude al estado del hombre allende la intervención alguna de aspectos sociales, culturales y demás. Con este tipo de fundamentación no se está aislando al hombre, cual Robinson Crusoe, sino que se busca dar primacía a los aspectos esencialmente originarios que determinan lo humano desde un flanco altamente problemático pero también rico.

De esta fundamentación cabe también retomar dos vertientes, las fundamentaciones iusnaturalistas ontológicas y deontológicas. Para Fernández sus aproximaciones son diferentes por más que busquen un fundamento natural para los derechos. En la primera aproximación, las posturas racionalistas buscan ahondar no sólo en los aspectos objetivos de los Derechos naturales, sino marcar el paso de ellos a los derechos *del hombre*⁷⁷, en tanto subjetivos de los Derechos Humanos. La segunda perspectiva, recalcando la distinción tradicional entre derecho natural y derecho positivo, dice que para el iusnaturalismo deontológico los derechos positivos no son consecuencia de los derechos naturales. El derecho positivo es el ser del derecho, el derecho natural es el deber ser del derecho. Es decir, para la corriente iusnaturalista deontológica, a la cual pertenece Fernández, la diferenciación no es vertical sino horizontal, por lo que los verdaderos derechos son los positivos, aunque cabe aclarar que también reconocen un universo de derechos como los morales entre otros desde el debe ser.

Veamos esto un poco detenidamente, frente a las bifurcaciones iusnaturalistas y positivistas que se presentan siempre para evitar la discusión actual se separan como vertientes radical y aparentemente irreconciliables. Mas hoy en día la discusión ha tomado otros carices con el surgimiento del iusnaturalismo deontológico y el positivismo metodológico, los cuales presentan comportamientos teóricos más moderados y abren la discusión de la fundamentación al diálogo. La primera de ellas expone, por el carácter de ser iusnaturalista, que la realidad es suprapositiva. Sin embargo, en ella se argumenta que no tienen por qué darse razones insoslayables para que se plasmen en el derecho positivo todos los principios suprapositivos. Por otro lado

⁷⁷ Ídem, pág. 91.

con el iusnaturalismo deontológico se llega a una postura donde existe una noción fuerte donde sólo *el* derecho es el positivo y se admite *un* derecho que debe ser; esta articulación con el fin de reconocer el estatus de verdadero al primer género de derecho y al segundo, un papel de crítico del primero.

Este panorama nos abre a la cuestión de si las leyes están para ordenar la sociedad o si han de ser fundamentadas en aquellos valores que sean compartidos por el género humano por su condición actual. A ello se suma que toda Constitución debe propender por reservar un espacio amplio a la privacidad de los ciudadanos pues, mientras que no se cometan faltas que afecten a un tercero, cualquier persona ha de poseer la oportunidad de descubrir aquello que es bueno o malo según criterio. Ciertamente, la evolución histórica y la universalización de los derechos fundamentales han abanderado principios que inexcusablemente deben ser respetados y extendidos a toda civilización: libertad, seguridad, igualdad y solidaridad. En consecuencia, los derechos del hombre desde el iusnaturalismo o desde el positivismo, cualquier defensa o ley que represente una amenaza para el cumplimiento de estos cuatro principios no han de tener cabida en un escenario del siglo XXI.

En conclusión en la mesa de conversación entre un positivista metodológico y un iusnaturalista deontológico el reto consistiría en diagnosticar las dificultades que impiden la reconciliación entre uno y otro (Oriente y Occidente). El positivismo tradicional es básico y el fundamento de las correcciones anteriores, mientras que el positivismo metodológico se caracteriza por hacer el concepto del derecho no algo que deba caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. Según esta tesis las atribuciones de qué es derecho se hace desde hechos observables empíricamente. La idea de que el concepto de derecho debe caracterizarse en términos no valorativos y haciendo alusión a propiedades fácticas no implica ninguna posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas, y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas. Por ello, es perfectamente coherente, deducir de estas premisas que el positivismo metodológico tiene como fin la descripción del derecho, sin entrar a intervenir sobre las acciones determinadas de los jueces que imparten justicia. Sin embargo, quizá en esta hipótesis debería afirmarse que al contrario un positivista sí diría y exigiría a un juez aplicar el derecho.

En segunda instancia, hablábamos de las fundamentaciones historicistas. Para ellos los derechos manifiestan, en determinados contextos, las preocupaciones más íntimas del hombre en ciertas fases de su devenir histórico. A diferencia de la primera corriente, para ésta el concepto de naturaleza humana que está a la base de su fundamentación no está predefinido por ninguna cuestión de hecho: la lucha por el reconocimiento de lo humano se da mediante y en procesos de objetivación sociales e históricos. Asimismo, la definición de los Derechos Humanos “estará siempre en función de los valores constituidos en una comunidad histórica concreta”⁷⁸. Esta perspectiva ha sido, y sigue siendo, muy sensible y capaz de resaltar el cómo los derechos humanos han tenido un desarrollo y evolución en la Constitución.

Ésta, atendiendo a aspectos obliterados por la perspectiva iusnaturalista, logra gran precisión cuando determina la fuente de los derechos cívico-políticos y los derechos económicos y sociales, pero en el caso de los derechos subjetivos, parece tener menos ventajas que el mentado Iusnaturalismo; pues si bien los primeros varían en cierta medida en cada periodo histórico, es muy poco probable encontrar distinciones reales en la esencia de los derechos personales. Por lo tanto, esta perspectiva más que ser central a nuestra cuestión parece aportar un suplemento.

Otro tipo de fundamentación que habíamos insinuado con Eusebio Fernández es la vía ética; pero con respecto a ésta, cabe mejor mencionar que la fundamentación moral y su determinación será determinada en Peces Barba, quien ha seguido el llamado modelo dualista de la fundamentación. A partir de él establece que un derecho es fundamental, si está reconocido en el ordenamiento jurídico y es una pretensión moral justificada. De esta manera podemos sostener que su fundamentación se basa en la moral, acudiendo a valores como la libertad, igualdad, seguridad y solidaridad⁷⁹.

En general, los criterios que debe seguir toda fundamentación están implicados en lo que el autor llama ética pública: en efecto, los derechos poseen una doble característica, a la cual atiende este método dualista como veremos enseguida, por un lado expresan las aspiraciones que los individuos tiene en la vida común, mientras por

⁷⁸ Ídem, pág. 101.

⁷⁹ PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, citado, pág. 101 a 347.

otro condicionan dichas expectativas, sin que por ello éstos signifiquen un cierto modo de vida determinado. Cuando se habla de la eticidad o moralidad de los derechos, no se está aludiendo si esta u otra forma de vida son las mejores o si son buenas, no; con los derechos humanos se está determinado (tal vez sea oportuna hablar de “coaccionando” en el doble sentido de la palabra: como límite impuesto pero también como acción conjunta) a los hombres en su deber ser.

El modelo dualista define a los derechos desde dos perspectivas⁸⁰: la primera resalta que los derechos poseen un carácter finalista, por lo que se vehiculan como determinantes de las aspiraciones personales de cada individuo. La segunda, muestra el carácter funcional de los derechos, donde estos se erigen como reglas fundamentales para medir cómo se justifican las organizaciones sociales establecidas.

Otro camino utilizado por autores como Prieto y Añón, es el de acudir a la fundamentación *por intermedio* de las necesidades. Entendiendo a las necesidades como producto de un consenso revisable en el tiempo (historia, los cambios que se dan con el paso de los años), que refleja la realidad social y de reconocimiento universal. Así, Prieto presenta razones argumentando que las necesidades son la base de los derechos, bajo siete postulados:

- A) Se trata de dotar de fundamento a los derechos a través de una argumentación moral centrada sobre intereses y necesidades.
- B) Los participantes en esa argumentación y titulares de esos intereses y necesidades no son individuos abstractos sino situados históricamente.
- C) Los participantes, que no son seres abstractos como venimos subrayando, están por tanto sujetos al reino de la necesidad.
- D) *Los derechos tienen que concebirse en su marco histórico, vinculados a las necesidades reales y no como cualidades naturales ajenas a las condiciones de existencia.*
- E) El fundamento de los derechos humanos no puede ser previo ni concebirse independientemente del consenso.
- F) Ninguna necesidad humana debe ser excluida a priori, salvo aquellas pretensiones basadas en la coacción o que impiden a los demás argumentar. También se señala además, que deben tratarse de necesidades generalizables susceptibles de ser amparadas por normas sociales, dado la necesidad de establecer en ellas un consenso.
- G) Importancia del procedimiento como relativa garantía para el resultado y que se

⁸⁰ DE ASIS, Rafael, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista* citado, pág. 13.

proyecta en el reconocimiento universal de competencia comunicativa, no discriminación, ausencia de coacción, etc.⁸¹

Para Añón, “el recurso a las necesidades implica aceptar, en primer lugar, que en ellas se encuentra el soporte antropológico de los derechos humanos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias que se consideran ineludibles para el desarrollo de una vida digna”, además las necesidades constituirían “el contenido de valor que informa tales derechos, valores que dada su inserción en la experiencia histórica dan lugar a necesidades sociales (...)”⁸².

Así la autora en mención considera que la utilidad de acudir al concepto de necesidades, de cara a la fundamentación de los derechos, se ha tratado de articular por medio de dos vías: la primera, es que “un derecho tiene lugar a partir de una necesidad básica porque se parte de la existencia de una conexión entre ambos. Este nexo de unión tiene lugar por la vía de los valores”; la segunda vía, es que “entre necesidades y derechos hay una relación mediada por la “prueba” de una exigencia fuerte, y aquí las necesidades apoyarían, serían argumento a favor de un tipo de pretensión que en determinados supuestos puede traducirse en un derecho”⁸³.

Hay, así, una simbiosis entre las categorías de Derecho y Necesidades; ambas armonizan en una perfecta combinación entre las condiciones de hecho, que se dan como carencias o insuficiencias, y las condiciones de valor, que cercan los aspectos valorativos del Derecho. Esta unión atiende por igual a ambas consideraciones, generando un plano normativo desde el que los requerimientos de *facto* son complementados y salvaguardados por las cuestiones de derecho, y viceversa. En efecto, el ámbito normativo no ignora las condiciones actuales en las que los hombres viven, sino que en estas consideraciones abren un aspecto legal complementario.

⁸¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pág. 17 y ss. (El subrayado es mío).

⁸² AÑÓN ROIG, María José, *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, citado, pág. 265 y 266.

⁸³ AÑÓN ROIG, María José, *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, citado, pág. 274.

Es precisamente el camino de fundamentación, sustentado por Prieto y Añón, el que consideramos relevante para nuestro trabajo. Con éste es necesario precisar que sólo se aceptarán el que las necesidades básicas sean el fundamento de los derechos humanos y no otra fundamentación. Por esto la importancia de haber distinguido los tipos de necesidades en un momento previo; pues en este momento, para el resto de la investigación encontramos que los derechos humanos deben fundamentarse en lo que circunscribíamos con la categoría de “necesidades estrictamente humanas”, a saber, en aquellas urgencias estrictamente humanas y fundamentales, con las características a ellas atribuidas anteriormente.

Así las cosas, el agua como necesidad estrictamente humana, independientemente de los valores y usos culturales que predominen en el diverso panorama mundial, es un líquido irremplazable, pues es la materia prima para elaborar cualquier tipo de alimentos, así como también es elemento indispensable para la higiene personal. De ahí que, en consecuencia, la privación de este bien afecta a todas las personas por igual, siendo peor esta carencia para las personas vulnerables como los menores, los adultos mayores, los desplazados, entre otros. En conclusión, la falta o privación, la prestación deficiente de este recurso hídrico causa un sufrimiento grave.

En este lugar es evidente y necesario ver cómo el atentar contra el derecho del agua va en contra del derecho a la vida: la salud, alimentación, etc. Recalcando que la ausencia de este bien afecta cualquier plan de vida de los seres humanos; es de común acuerdo no sólo entre los teóricos, sino que por todo el mundo, que para producir y mantener estándares de vida de calidad suficientes y *óptimos*, es necesario obtener y promover que el recurso al agua sea cada vez mejor. La necesidad al agua la hacen candidata primordial a ser expresada y protegida como derecho fundamental.

Aunque para algunos, afirmar que el agua es una necesidad estrictamente humana, puede ser peligroso teniendo en cuenta que el ser humano tiene muchas necesidades de este carácter, como la alimentación, la educación, la vivienda, entre otras. Nosotros insistimos, nuevamente, en que no es relevante reducir cuestión al caso de la alimentación o de la vivienda, pues existen varias posibilidades de suplir estas necesidades de muchísimas formas: “para algunas culturas la alimentación varía y se suple de diferentes maneras, se consumen varios tipos de carne, diferentes vegetales,

diferentes bebidas...”; o que en el caso de la vivienda, para algunos una vivienda de interés social supla dicha necesidad en tanto es más cómoda, o porque brinda los servicios públicos necesarios o porque es funcional para el número de personas que la habitaría, mientras que para otros estas características no sean suficiente.

Este no es el punto. Como hemos venido aclarando desde el primer capítulo, por más que los objetos difieran por las razones ya aducidas, su calidad general de satisfactores no varía así. En efecto, que el agua sea *el* satisfactor de la necesidad de la bebida, o de hidratación, o como quiera que se la llame, no depende de las preferencias sobre cómo se ingiera, o qué se le agregue para que su sabor sea mejor o peor a nuestro paladar, sino lo que lo define como satisfactor son las las condiciones que más adelante explicitaremos como suficientes en el agua potable.

Por esto, todos los que muestran a otras necesidades variables e insuficientes para ser fundadoras de los derechos humanos, no se presentan con el agua, ya que es un elemento universal, que de hecho se necesita para satisfacer la mayoría de otras necesidades de manera adecuada, vr.gr.: alimentos, vivienda, etc. En todas las culturas el agua es un recurso base, como lo acabamos de mencionar, no hay otro elemento que podamos escoger para suplir su necesidad o que sirva como base de su derecho. Es más, de su sostenibilidad, de su correcta distribución depende no sólo la subsistencia de otras necesidades, sino también su optimización, como hemos venido entendiendo este concepto con Potyara. Basta decir que la salud física depende de ella en muchos puntos, y así con muchos de los ya explicitados derechos humanos.

Para dar peso a esta idea que demuestra el agua como una necesidad universal y básica para el hombre, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1976 “adoptó una declaración de Principios y Programa de Acción para una Estrategia de Desarrollo de Necesidades Básicas. Estas y otras iniciativas pusieron en movimiento programas de recogida y verificación de indicadores de las mismas, dando prioridad a un reducido conjunto de necesidades básicas típicas como: la nutrición, (...) el suministro de agua, el saneamiento y la vivienda”⁸⁴, es claro que dichas necesidades son tomadas en cuenta, por ser objetivas y universales. Igualmente, la Convención de las

⁸⁴ DOYAL, Len, GOUGH, *Una teoría de las Necesidades Humanas*, citado, pág. 197.

Naciones Unidas sobre el derecho relativo a las utilizaciones de los cursos internacionales de agua para fines distintos a los de la navegación (Nueva York, 1997) planteó que se debe prestar una atención particular “a la satisfacción de las necesidades humanas esenciales” (art 10), esto significa “el suministro de agua suficiente para la vida humana, ya sea que se trate de agua potable o de agua para las producciones hortícolas destinadas a evitar el hambre”⁸⁵.

Así, en conclusión el primer punto que debemos hacer explícito en nuestra investigación es que se debe reconocer la necesidad al agua, en este capítulo, como el fundamento del Derecho fundamental a la misma. En lo que sigue aduciremos más, el cómo debe suceder esto y en qué sentido hablamos aquí del concepto derecho fundamental, pues hemos venido diciendo que en el mismo sentido en que se buscaba demostrar que el agua es una necesidad básica, se debe entender que ésta es un derecho fundamental.

1. Diferencias entre derechos humanos y derechos fundamentales

En esta investigación, consideramos necesaria establecer la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales por dos razones. La primera, porque en varios textos se ha reconocido al agua como un derecho humano, que se remonta en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, pero lastimosamente en la práctica no hay mayor efecto jurídico. En cambio, cuando se consagra en un texto constitucional, las cosas cambian, hay mayor reconocimiento y garantía. El Estado se preocupa por asumir las obligaciones que emanan de dicho derecho, entre ellas, unas de las más importantes, la obligación de invertir y formular políticas públicas que permitan el ejercicio del derecho.

Como acertadamente lo argumenta Prieto, “para concebir los derechos fundamentales como obligaciones del Estado es necesario que estos formen parte de la Constitución, es decir, de aquella norma que organiza el ejercicio del poder, que regula la creación de normas jurídicas generales y que establece límites y deberes tanto sobre

⁸⁵ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, citado, pág. 27.

las instituciones políticas como sobre los ciudadanos”⁸⁶. La eficacia jurídica no puede quedarse sin embargo en esto, sino que debe buscar el auxilio de otros campos normativos y mostrar como prioritario para el Estado su conservación.

La segunda razón, por la cual consideramos necesaria esta diferenciación, es porque para algunos operadores jurídicos, es lo mismo hablar de derechos humanos que de derechos fundamentales, por ello, en nuestro trabajo se hace hincapié en el derecho fundamental al agua, y no en el derecho humano al agua, pues en particular, el derecho humano al agua ya ha sido reconocido en Colombia, tomando como base los Tratados Internacionales ratificados. Pero siguen surgiendo confusiones de tipo conceptual; el carácter fundamental hace hincapié en que es esencial para el Estado y la sociedad civil como elemento coercitivo y unificador, como va pareciendo las intenciones señaladas en México.

En algunos casos, el agua se la considera como un derecho colectivo y en otras como un derecho fundamental por conexidad con otros derechos consagrados en la Constitución como fundamentales. La legislación es dispersa en este punto, y los vacíos que existen con respecto a este tema generan en los usuarios desinformación y falta de claridad para los operadores jurídicos en el contenido de dicho derecho.

Más adelante trataremos en detalle la regulación jurídica en Colombia, para dilucidar la necesidad de darle un mayor peso jurídico al derecho al agua, tal como lo proponemos en la presente investigación; aclarando acá que es tal la dispersión jurídica que trata al agua como un derecho colectivo unas veces y en otras como derecho fundamental, pero con poca conexidad. Tal vez, nuestra salida a este problema sería que en la inclusión de este derecho como derecho fundamental, dicha dispersión podría ser subsanada al unificar estas dos tendencias, pues se acudiría a un mecanismo consistente, esto lo trataremos en el acápite 2.3.1, donde se explicará cómo entenderlo como colectivo y, principalmente, como fundamental.

A continuación se presentan algunos autores, que recalcan la importancia de la distinción entre estas dos categorías, derechos humanos y derechos fundamentales.

⁸⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, citado, pág. 114.

Pérez Luño, ha señalado que el término de derechos humanos ha sido usado con significados diferentes; lo han utilizado los cinematógrafos, los autores artísticos, los medios de comunicación, las organizaciones internacionales, entre otros; ha sido objeto de reuniones, convenciones, etc. Olvidando el verdadero significado y funcionamiento de dichos derechos, pues los derechos humanos son la “bandera en la lucha reivindicatoria de las personas y los grupos que se consideran marginadas de su disfrute”⁸⁷. En este sentido, se ha obliterado que ellos han sido los motores por los que algunas revoluciones han luchado en la historia humana.

El autor plantea el anterior significado de manera general, para los derechos humanos, pero a la vez, también establece un criterio distintivo entre los derechos humanos y derechos fundamentales. Los primeros, “representan el conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos, nacionales e internaciones”⁸⁸, en tanto que los *derechos fundamentales*, “son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.

Mientras que los *derechos humanos* son los derechos y libertades reconocidas en convenios internacionales y declaraciones, que debiendo ser objeto de positivación, no lo han sido. Los *derechos fundamentales*, son los derechos y libertades, jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo, que responden a su carácter básico y fundante del sistema jurídico político del Estado de derecho⁸⁹. Este autor señala que con ello las diferentes formas de acercarse a esta clase de derechos ha sido, para los derechos humanos, la perspectiva iusnaturalista; y para el segundo la perspectiva positivista.

⁸⁷ PEREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6 edición, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 22.

⁸⁸ Ídem, pág. 45 y ss.

⁸⁹ PEREZ LUÑO, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, 6 edición, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 46.

Sin embargo, para este autor el criterio de esta distinción deja a un lado tradicionalmente que no es tanto la perspectiva del reconocimiento o si son o no positivados, pues en ambas perspectivas lo son, sino la diferencia recae en el grado de positivización que se logra con estas fundamentaciones. En este sentido, los “derechos fundamentales” parecen tener un alcance semántico y jurídico más preciso que los “derechos humanos”.

Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivización no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter *básico* o *fundamentador* del sistema jurídico político del Estado de Derecho⁹⁰.

Por último, Pérez Luño agrega una situación, que como se dijo anteriormente, perfectamente puede asimilarse al caso colombiano, y es que “existe una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la Convención Europea, a reservar la denominación <derechos fundamentales> para designar los derechos humanos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula <derechos humanos> es más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”⁹¹.

Por otro lado, Barranco después de analizar el uso de las anteriores expresiones en los autores más representativos, en su trabajo *El discurso de los derechos, Del problema terminológico al debate conceptual*, presenta como conclusión las diferencias entre los conceptos de derechos humanos, derechos fundamentales y derechos morales.

En lo pertinente a este punto, se realizará el contraste entre los primeros y los segundos de la siguiente forma: como primera medida, la autora arguye que el uso del término “derechos humanos” se da en “el nivel técnico en que nos situamos no sólo es el lenguaje técnico jurídico ni sólo el lenguaje de la Filosofía moral”, y los “derechos

⁹⁰ Ídem, pág. 47.

⁹¹ PEREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, citado, pág. 31.

fundamentales”, “pertenecen al lenguaje del derecho”. En efecto, el campo propio de esta terminología no puede quedarse en un uso privado de cierto grupo, en el caso del derecho al agua estamos hablando de un derecho fundamental que interpela a todo el mundo, en su vida cotidiana, por lo cual su significado no puede restringirse a tecnicismos, menos a la jerga filosófica, al contrario, este debe brindar un conocimiento suficiente para que se perceptible por todos.

Como segunda medida, considera que los *derechos humanos* se refieren a una realidad que pertenece a los ámbitos moral, político y jurídico”, mientras que los *derechos fundamentales*, “aparecen como la expresión más idónea para designar la concepción de derechos humanos presentes en la Constitución Española”. Esto lejos de ser una realidad sólo para dicho Estado, es “aplicable” a todos. Pues nada más cierto que tras esta distinción que estamos acuñando que el campo de los derechos fundamentales aporta un espacio más idóneo que la postulación distinta.

A partir de estas dos propuestas, podemos concluir con una propuesta que concilia los tres términos, “derechos morales, serian determinadas exigencias éticas que en el sistema moral aparecen con la estructura de derechos. Los *derechos humanos*, serian un tipo de aquellos derechos morales especialmente vinculados a la idea de dignidad que tienen vocación de juridicidad. Los *derechos fundamentales*, constituyen la traslación de los derechos humanos al Ordenamiento jurídico español”⁹².

Borowski, señala que el concepto de *derechos humanos* hace referencia a los derechos morales, cuya institucionalización, positivación o efectividad social no desempeñan ningún rol como criterio de validez. Lo característico de estos derechos es su fundamentalidad, propiedad que alude a la protección y la satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Dichos derechos tienen validez universal.

En tanto que los *derechos fundamentales*, contienen tres elementos: el formal, el material, y procedimental. El primero de ellos, hace referencia a la pertenencia de este derecho a un determinado catálogo de derechos incluido en la Constitución. Una vez

⁹² BARRANCO, María del Carmen, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos Bartolomé de las Casas 1, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 76 y ss.

incluido en la Constitución tendrá un mecanismo de defensa, que en este caso, será la acción de tutela (amparo en otros países). En cuanto al elemento material, el punto central va encaminado a que los derechos fundamentales son un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. Y, el tercer elemento, se refiere a quién puede decidir acerca del contenido de los derechos: el constituyente o el legislador parlamentario ordinario.

Además, presenta la disyuntiva de que si son o no, normas vinculantes, y, si se podría hablar de derechos subjetivos o no. Ante este dilema, estudia varias posiciones de autores para concluir, que los *derechos fundamentales* son derechos subjetivos, donde el titular es quien los hace efectivos acudiendo a instancias judiciales y por lo tanto, son normas vinculantes⁹³.

Postura que viene siendo completada por la de los autores Cortina y Prieto, las cuales agregan elementos importantes a tener en cuenta:

Cortina, en primer lugar, considera que los derechos humanos atraviesan tres etapas: 1. Un tipo de exigencias, que podrían presentarse como derechos morales, 2. Después de determinarse quienes son los titulares, pasan a ser *derechos humanos*, para posteriormente llegar a 3. *Los derechos fundamentales*, como una moralidad que exige legalidad. En segundo lugar, y es un punto que también compartimos, con ella es el deber ser “riguroso” en el momento de analizar cuáles deben ser las exigencias que aparecen como derechos de las “últimas generaciones”, son preferencias subjetivas o deseos...(…) y se pueden considerar como “nuevos derechos humanos” que la sociedad debe proteger y defender⁹⁴. Ni siquiera todas las necesidades, que no son, ni caprichos, ni deseos, pueden llegar a aspirar a ser derechos.

Prieto, le imprime un especial significado a los derechos humanos que son *constitucionales*, así: “primero, que en cuanto que forman parte de una norma jurídica, se imponen a cualesquiera otras formas precedentes, las cuales han de ser interpretadas

⁹³ BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

⁹⁴ CORTINA, Adela, “Bioética y nuevos derechos”, en SAUCA, J. M. (editor), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 1994, pág. 427 y ss.

en armonía con las exigencias que deriven de los derechos y, si ello no es posible, expulsadas del ordenamiento. Segundo, que al tratarse de la norma suprema del sistema jurídico, los derechos obligan a todos los poderes del Estado, en particular, al legislativo. Tercero, que la ausencia de un desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero en ningún caso impedirlo, pues estos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema, y, finalmente, en cuanto que son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, los derechos no solo defienden el status subjetivo de sus titulares, sino que constituyen criterios hermenéuticos preferentes, que han de ser tenidos en cuenta en toda operación de creación o aplicación del Derecho”⁹⁵.

Después de estudiar las anteriores posiciones, acogemos la idea de que los derechos humanos son instituciones del derecho moral, que requieren ser positivizadas para ser fundamentales, y agregamos que dicha inclusión en el Derecho, debe ser explícita en la Constitución. O por lo menos, en países que son demasiados legalistas, como los suramericanos y especialmente Colombia.

El Tribunal Constitucional Colombiano, en una de sus funciones, la de interpretar la Constitución Política, se ha referido a los derechos fundamentales de la siguiente manera. Un derecho es fundamental cuando reúne tres requisitos:

1. Conexión directa con los principios constitucionales, es decir, un derecho es fundamental cuando el texto constitucional lo consagra expresamente, o cuando no siendo expresado por esta, se puede inferir o interpretar.

2. Eficacia directa, es el carácter de prioridad, respeto y protección que tienen los derechos fundamentales y que obligan al Estado a dar soluciones concretas.

3. Contenido esencial, todo derecho fundamental posee un núcleo, o expresión mínima que debe ser protegida por el Estado, a la que no se puede renunciar, ni negociar, es el límite que se encuentra con nuestra dignidad humana⁹⁶.

⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, citado, pág. 120.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 778 de 1992.

En varias de sus sentencias, la doctrina constitucional ha enfatizado que los derechos serán fundamentales cuando sean reconocidos en la Constitución como fundamentales, y nosotros adicionamos, no por inferencia o por conexidad con otros derechos, como así lo ha hecho en diferentes oportunidades el Tribunal Constitucional, en el caso específico del agua, sino que explícitamente sea consagrado dentro del título de derechos fundamentales. La fundamentación no puede ser justificada en este sentido como una mera propiedad común, sino que debe reconocérsele al derecho al agua esta titularidad que venimos aclamando a lo largo de este capítulo, el derecho al agua, si quiere ser tal, necesita de estas condiciones.

2. Discusión sobre la postulación de este derecho y otras fundamentaciones

A pesar del reconocimiento del derecho al agua en la mayoría de los países, y de los grandes avances que ha hecho el Derecho Internacional en este tema, hay quienes se oponen rotundamente a reconocerle la condición de derecho fundamental.

Mencionemos brevemente las principales objeciones: primero, manifestar que la constitucionalización de nuevos derechos no implican su cumplimiento, así lo manifiestan autores como Francisco Laporta y Eréndira Salgado; segundo, es más plausible la vinculación como derecho humano, más no como fundamental, caso de Carla Huerta; tercero y último, el agua y su derecho están más vinculado en la ley con ser un servicio que se presta y no un derecho fundamental.

Laporta considera “que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de los derechos que la justifiquen adecuadamente”⁹⁷. Salgado “considera que el hecho de elevar el agua a rango constitucional, no soluciona el problema de fondo, porque o sino no habría problema con la vivienda, la salud, el trabajo que cuentan con protección constitucional. (...)”

⁹⁷ LAPORTA, Francisco, “El concepto de derechos humanos”, *Doxa*, N° 4, Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pág. 23.

Simplemente, la Constitución son buenos propósitos, por lo tanto, el problema está en la garantía”⁹⁸.

Creemos que con este tipo de desvinculaciones se está dejando de lado uno de los aspectos capitales de los derechos fundamentales, a saber, el que su vinculación explícita y única dentro de la carta constitucional no es un proceso y resolución apresurada, sino una ampliación hacia la optimización. Esta tarea debe tener siempre en cuenta que haya más efectividad y menos ambigüedades de sentido e interpretación por parte de la aplicación concreta del derecho, lo cual creemos se da de manera preeminente en el campo de los derechos fundamentales.

La segunda objeción se centra en señalar, por parte de Huerta en su investigación denominada *El agua: Patrimonio del Estado o derecho de los particulares*, el carácter del agua de bien escaso, que no puede ser de libre apropiación general, por lo cual, debe ser considerado un derecho de la humanidad, más no fundamental⁹⁹. A ella se le puede responder que un derecho de la totalidad de la comunidad o de la mayoría, debe ser garantizado dentro de un Estado y debe ser compartido con quienes carecen de él, garantizando así, la preservación de este recurso para generaciones futuras. Sin embargo, esta objeción será profundizada en el siguiente punto sobre el agua como derecho colectivo.

Cabe señalar aquí que con la distinción, o por lo menos su inicio, anterior entre derechos humanos y derechos fundamentales, se puede responder desde otro nivel a las anteriores objeciones. El derecho al agua fundamental como todos no sólo exige una diferente fundamentación en las necesidades, sino que implican un grado de positivación y cumplimiento diverso.

Como tercera objeción, se señalaba el carácter prestacional y económicamente gravoso. Este argumento ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional de Colombia

⁹⁸ SALGADO, Eréndira, “Agua, ¿Cuál es el problema?”, en FERNÁNDEZ Jorge y SÁNCHEZ Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, pág. 314 a 322.

⁹⁹ HUERTA, Carla, “El agua: Patrimonio del Estado o derecho de los particulares”, en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, citado, pág. 191 a 217.

que en anteriores años, en algunas de sus sentencias, ha señalado que el desarrollo de este derecho implicaría grandes erogaciones que no se encuentran presupuestadas, las cuales generarían un desequilibrio fiscal¹⁰⁰.

En la última objeción, se menciona la idea de la indeterminación y la gratuidad del derecho, según Gutiérrez Rivas, el contenido del derecho aún no es claro, por lo tanto, generaría confusiones al momento de su reclamo. De igual manera, sucede con la gratuidad, ya que esto conllevaría al no pago por parte de los usuarios, lo cual entraría en evidente pugna con las condiciones actuales¹⁰¹.

Como mencionamos anteriormente, existen posturas que defienden la tesis de considerar al agua como un derecho colectivo, ya que este tipo de derechos “se explican por la vida de relación con los demás, por las necesidades colectivas crecientes y por la necesidad de conservar elementos que hagan posible un desarrollo sostenible en el futuro mediato e inmediato”¹⁰². De igual manera, también lo denominan como un “derecho de solidaridad”, teniendo presente que es un recurso de todos y para todos, que debe ser salvaguardado pensando en las futuras generaciones.

También se ha plasmado la idea de que el agua hace parte integral del medio ambiente, razón por la cual, países como Ecuador, Bolivia, Colombia, entre otros, hablan de un medio ambiente sano; la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para un desarrollo sostenible, como derechos de la colectividad, y los cuales llevan implícito el derecho a este recurso hídrico. Sin embargo, cabe mencionar que del mismo modo en que algunos autores incluyen el derecho al agua en los derechos de tercera generación, consideran que no chocan con los derechos individuales, afirmando que “los derechos colectivos son diversos pero no opuestos a los derechos humanos individuales. De hecho los derechos colectivos incluyen derechos individuales en cuanto los grupos humanos que son sus

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencias: T-1451 de 2000, T-771 de 2000, T-185 de 1993, T-033 de 1995, T-270 de 1996, entre otras.

¹⁰¹ GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, *El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas*, citado, pág. 89 a 90.

¹⁰² DEFENSORIA DEL PUEBLO y EMBAJADA REAL DE LOS PAISES BAJOS, *Los Derechos colectivos y su defensa a través de las Acciones Populares y de Grupo*, Imprenta Nacional, Bogotá, 2004, pág. 45.

titulares están formados por individuos y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales (...) Como ejemplo, el derecho colectivo a un medio ambiente sano, ampara tanto la salud de la comunidad, como de cada uno de los individuos que la forman”¹⁰³. Hablar de derecho colectivo al agua o hablar de derecho fundamental al agua, indistintamente, es superfluo; por ello debemos ofrecer los argumentos a favor de cada postulación y su relación con los derechos fundamentales.

2.1. Argumentos a favor del derecho colectivo al agua

Andrés Gil reflexiona sobre la siguiente posibilidad: “adoptar como punto de partida el término derecho colectivo permite afirmar que los derechos colectivos son derechos fundamentales y, por ende, sostener: a) que existen derechos fundamentales subjetivos y derechos fundamentales colectivos; b) que los derechos colectivos deben contar con un elemento que los constituya y los determine; c) que los derechos colectivos no son sinónimo de un colectivismo que arrasa con los derechos subjetivos; d) que los derechos colectivos no son equiparables a obligaciones constitucionales que consisten en políticas dependientes de la discrecionalidad del Estado; e) que ha quedado superada la antigua trilogía del derecho administrativo consistente en derecho subjetivo-interés legítimo- interés simple y su correspondiente gama de protección judicial y administrativa; f) que pueden existir colisiones entre derechos subjetivos y derechos colectivos, o bien, entre derechos colectivos que se resolverán en la dimensión del peso”¹⁰⁴.

En lo que acabamos de señalar está la mayoría de elementos de la actual problemática en torno a los derechos colectivos, por ello queremos aprovechar su condensación y comenzar a desglosar este problema en sus elementos.

Los derechos colectivos también son un campo rico y lleno de matices propios, por lo que preferimos recurrir a la voz de otros estudiosos y, en vez de entrar a un examen muy extenso sobre su concepto, se realizará un breve bosquejo de lo que podría considerarse un derecho colectivo. Miguel Carbonell da una excelente síntesis de un

¹⁰³ Véase: GRIJALBA, Agustín, *¿Qué son los derechos colectivos?*, 2008, www.usab.edu.ec.

¹⁰⁴ GIL, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 131.

estudio más amplio sobre este punto; este autor define los derechos colectivos como aquellos “derechos que tienen *los individuos que pertenecen a una comunidad*, en razón justamente de esa pertenencia; como los derechos que tiene un *grupo minoritario en relación con (o frente a la mayoría)*”¹⁰⁵.

Bajo este concepto y con la guía del mismo Carbonell, los derechos colectivos se pueden clasificar en: 1) exenciones o leyes que penalizan o impiden ciertas prácticas culturales. En este grupo encontramos aquellas acciones que la mayoría no pueden realizar sin ayuda pública; 2) autogobierno, donde la colectividad bajo este derecho debe tener la propia capacidad de dirigirse a sí mismo; 3) reglas externas, las cuales buscan delimitar aquellas libertades de comunidades no pertenecientes que puedan afectar, en este grupo se encuentra derechos para la protección; 4) reglas internas que regulan las prácticas al interior de dicho grupo; 5) reconocimiento-obligatoriedad, “el de sus prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría. Se trataría de la exigencia de reconocimiento las prácticas jurídicas indígenas”¹⁰⁶; 6) representación el cual obliga a que en el sistema jurídico de la mayoría estén presentes los sistemas de las minorías; por último, 7) demandas simbólicas sobre las prácticas y el respeto que ellas merecen.

A partir de estos dos elementos se puede concluir al menos dos premisas. Primero que los derechos colectivos buscan ser garantizados a cada individuo gracias a su vinculación a una etnia o un grupo cultural; esto se haría dificultoso al abordar el caso del agua pues habría que entrar a distinguir diferentes derechos culturales al agua, debido a la diversidad de las prácticas y hábitos relacionados con este bien dentro de cada cultura; sin embargo, como lo señala el autor de este artículo, las instituciones legales y los ordenamientos jurídicos que actúan bajo el derecho son neutrales a esta diversidad pues ¿cómo se puede dudar de que el cierre o descanso dominical de los establecimientos mercantiles es una norma tomada de la religión católica; por ello este aspecto cultural colectivo debe recuperarse dentro de un contexto más amplio.

¹⁰⁵ CARBONELL, Miguel, “Minorías etno-culturales y derechos colectivos: premisas conceptuales” En: Valdés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (ed.) *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, Universidad Autónoma de México, México D.F. 2001, pp. 55 – 69.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

Por último queremos rescatar las consideraciones de Rodríguez Palop¹⁰⁷, quien recalca los argumentos a favor hacer el derecho al agua un derecho colectivo. Para ella esta tarea no puede basarse únicamente en resaltar la necesidad del agua y la primacía de su derecho como un aspecto donde la condición humano este siempre careciendo de ella, es decir, la justificación de incluirlo como derecho colectivo resalta en primera instancia que no puede corresponder a un derecho justificado por la caridad. Todo lo contrario, como cualquier otro derecho colectivo, la satisfacción de la necesidad y el derecho del agua también debe ser un aspecto dignificante.

Estas premisas, pueden complementarse a partir de los postulados alcanzados sobre los derechos colectivos en diversos enfoques de la teoría jurídica. Estos últimos son examinados en el tratado de Oscar Pérez de la Fuente¹⁰⁸, el cual resume cómo dicha teoría ha enfatizado en ciertos aspectos de los derechos colectivos para argumentar a favor de su reconocimiento, exigibilidad particular y titularidad. Veamos el discurso que nos plantea *Pluralismo Cultural y Derechos de las Minorías* en uno de sus apartados:

Los derechos colectivos, desde su enfoque social, afirman que no pueden ser asumidos sus titulares como una abstracción de muchos particulares, es decir, las colectividades en tanto titulares de los derechos mencionados no se reducen a acumulación o adición de muchos derechos individuales o de individuos. Los derechos colectivos, desde una visión positiva de los argumentos de la teoría jurídica, constituyen un ámbito social que además de ser relevante en la constitución social, significan algo más. Es innegable que, por un lado, el desarrollo de la autonomía, libertad máxima del derecho individual, necesita de un intersubjetivo en el cual el individuo pueda desarrollarse¹⁰⁹.

Otro enfoque posible es el colectivismo. Este argumenta a favor de crear un valor de comunidad a partir de rasgos comunes presentes como estructuras de la

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *Entre las necesidades y los derechos. De por qué el derecho al agua es más que un grito*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2008, pág. 1 a 18.

¹⁰⁸ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. *Pluralismo Cultural y Derechos de las Minorías*, Tesis Doctoral, Programa de Doctorado en Derechos Fundamentales, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2003.

¹⁰⁹ Ídem, p. 535.

existencia humana, el hombre por naturaleza desea vivir en colectivos, este puede definirse como un rasgo intrínseco suyo del mismo modo que el temperamento y la civilidad. Los argumentos de talante individualista que mencionamos subvaloran este aspecto que implican los derechos colectivos, puesto que suponen que sólo el individuo expresa la verdadera esencia humana, el cual se reúne y hace comunidad con fines accesorios a su estado natural. En la contradicción con este enfoque de los derechos individuales, los derechos colectivos rescatan los rasgos comunes y necesarios que la humanidad como humanidad debe poner como voluntad común si tiene por fin sobrevivir, superar las diferencias inter-raciales, y ser reconocidos como grupo que aboga en conjunto en prosperidad para la sociedad que necesita de medidas especiales para preservar su identidad.

Un tercer nivel de este estudio nos lleva a reconocer como argumento a favor una dimensión nueva, a saber, la forma política. Parte de lo imperativo de reconocer la exigibilidad y titularidad de los derechos colectivos parte de la necesidad del reconocimiento de una diversidad tolerante y no excluyente, dado que existe una potencialidad política que surge con los derechos colectivos. Es evidente que en el campo político es donde nacen las discriminaciones, en cuanto diferentes, de los miembros de las minorías señalizadas. Esto sucede porque debido al enfoque tradicional jurídico, los derechos colectivos parecerían no corresponder a los verdaderos derechos, pues atienden más alegatos políticos y no jurídicos. Sin embargo, este juicio no está justificado, puesto que habitamos en el seno de una democracia participativa que busca la justicia entre los grupos y escuchar la voz de las minorías.

Por último, es ineluctable mencionar el factor de concreción de los derechos colectivos. Esta realidad de esta especie de derechos rescata la relación entre los principios en apariencia contradictorios entre derecho colectivo y derecho exigible (individual). Por un lado hemos mencionado como consuetudinariamente se le atribuye como estructura esencial a los derechos colectivos adjetivos como derecho de privilegio –exenciones-, acciones positivas –asistencia-, derechos pretensión –protecciones externas y restricciones internas- y derechos políticos –autogobierno, representación y reivindicaciones simbólicas. Mientras que por otra parte, a las medidas en concreto que suponen no se separan de los principios liberales, suponen el efectivo reconocimiento en temas de titularidad entre otros. Sin embargo, desde el camino que aquí se ha propuesto

la categoría de derechos colectivos no puede reducirse a ninguno otro sino que debe incluirlos armónicamente¹¹⁰. Veamos como esto se aplica al derecho al agua en concreto a partir de esta nueva reflexión y dimensión del presente trabajo.

Las propuestas de incluir el derecho al agua deben encontrar razones axiológicas de incluirlo, más que ser un derecho fundamental está basado en la acción común de solidaridad el valor que para la sociedad representa. Sin embargo, la idea de la solidaridad como valor cohesionador del derecho al agua como colectivo, no define *una* correcta moral o marco jurídico que se deba preestablecer para la inclusión.

La propuesta de Rodríguez Palop¹¹¹ no es prescriptiva, no aboga por una disposición de las sociedades de determinada manera; para ella el campo de los derechos humanos estará en discusión. En otro sentido, la solidaridad como valor social muestra axiológicamente, que existe un vínculo entre el aspecto de carencia de las necesidades y las condiciones sociales a disponer para que sean satisfechas, ya sean estas discusiones, leyes argumentos, tratados, la base moral para esta autora retoma el carácter normativo y lo articula con el carácter determinado de cada hombre.

En efecto, el paso entre considerar el agua como una necesidad se debe dar y es no sólo necesario a cualquier orden, sino que debe sustentarse en los valores sociales morales determinados correctamente. No basta aducir argumentos contrarios que imposibiliten teóricamente y prácticamente el que el agua llegue a dicho status, sobre todo si socialmente mostramos que ella es y debe reconocerse no simplemente como una necesidad básica a la humanidad, sino que debe ser vinculada en un orden social, donde se articulen la prioridad de su satisfacción como uno de los fines que la sociedad misma debe procurar y vigilar. En este sentido, en las sociedades ya no podemos hablar de las preocupaciones y tendencias de un grupo, separado de otro, sino que estas distinciones deben ser reconciliadas, aun cuando estemos lejos de lograrlo.

La característica principal de este derecho como derecho es su carácter colectivo, que se manifiesta en su titularidad colectiva. En este sentido es claro que hablamos de

¹¹⁰ Ídem, pp. 519-558.

¹¹¹ RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, Idém, pág. 1 a 18.

que son titulares todas las personas (incluidas las generaciones futuras). Sin embargo, no se restringe esta su propiedad exclusiva e individual, sino que claramente debe ser compartida con el resto, con los otros, con una colectividad de derecho. Por ello, el derecho al agua le pertenece un carácter doble como derechos-deberes y su objeto consiste en un bien jurídico colectivo no susceptible de apropiación exclusiva como es el medio ambiente, uno de los principales elementos del cual es el agua.

Es decir si desde esta perspectiva se puede exigir al Estado una prestación por el derecho colectivo al agua semejante al menos al derecho fundamental.

2.2. La exigibilidad de los derechos sociales

Si bien es cierto que las teorías hasta ahora esbozadas hablan que los derechos sociales no pueden ser equiparados con los derechos fundamentales, es clave retomar si es o no pertinente hablar de una exigencia o exigibilidad equiparable o comparable con la expuesta acerca de los derechos fundamentales.

Para esta tarea se debe aclarar un primer supuesto, definir qué es el derecho social (en sus aspectos culturales). Para así entrar a examinar la cuestión de su exigibilidad y comparación con el derecho fundamental. Para ello abordaremos los aportes de Víctor Abramovich y Christian Courtis, ambos autores que han estudiado ampliamente este tema en su libro *Los derechos sociales como derechos exigibles*¹¹². En este punto se seguirá la argumentación de estos dos autores en el artículo recién mencionado.

Es habitual que en discusiones constitucionales en el ámbito iberoamericano con énfasis en los derechos sociales, se llegué a hablar de los mismos problemas o lugares comunes. Esto es más evidente cuando se cae en la cuenta que de cara a la experiencia internacional se siguen acumulado prejuicios dogmáticos sobre la interpretación de esta especie de derechos. Por ello, aunque casi todas las Constituciones de América Latina, al igual que la de España y la de Portugal, están guiadas por un constitucionalismo

¹¹² ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

social, cuando se las explica así, se llega más o menos por caminos diferentes a la misma conclusión, a saber que las normas establecidas a partir de derechos sociales tienen una naturaleza tan sólo programática, restándole importancia al decir que con ello no se les puede asumir como los que otorgan los derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables.

De este modo, en el fondo de la discusión se encuentra una división entre el valor normativo de los denominados derechos civiles -o derechos de autonomía, o derechos-libertades-, que sí se consideran derechos plenos, y los derechos sociales, a los que se asigna un mero valor simbólico o político, pero poca potencialidad jurídica.

Sin embargo, esta problemática es algo más compleja de lo que puede aparentar hasta ahora. Más cuando esta clase de separaciones entre derechos civiles y derechos sociales no son para todos tan rígidas y evidentes como se pretende en la doctrina tradicionalmente¹¹³. Es posible resumir, a partir de las posturas de estos autores, las razones que ha tenido la doctrina para distinguir, por un lado, que es posible separar las obligaciones negativas y positivas, a saber, porque se cree que los derechos civiles sólo se definen como limitaciones que el Estado debe evitar sobre pasar y hacer respetar para cada individuo, esto es claro cuando se menciona derechos como la prohibiciones de matar, censurar, violar, afectar la propiedad privada; y segundo que a la vez se define los derechos sociales como obligaciones de otra especie, a saber, positivo como es el caso de brindar o prever de prestaciones de salud, educación o vivienda.

Así vemos que en la primera clase la relación del Estado con el derecho es de abstención, sin que ello implique la erogación de fondos, y por ende, el control judicial se limitaría a la anulación de aquellos actos realizados en violación a aquella obligación de abstención. Contra la exigibilidad de los derechos sociales, aun cuando tengan reconocimiento constitucional, se dice que como se trata de derechos que establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer.

¹¹³ Ídem, Cáp. 1

Pero esta separación, como lo argumentan los mismos Abramovich y Courtis es precaria y poco defendible. Por naturaleza, cada uno de los derechos, independiente de su especificidad, civiles, políticos, económicos o culturales, tienen un costo real, por lo cual cada uno de los tipos mencionados implica obligaciones negativas y positivas sin restricción. Además, los derechos civiles no restringen simplemente las obligaciones de abstención por parte del Estado, puesto que conllevan ciertas formulaciones positivas, estas pueden ser la reglamentación, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, entre otros. Baste por ahora recordar que gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, son de esta naturaleza.

Así nadie puede negar el que estas actividades implican un costo para el Estado, sin el cual el derecho no resultaría inteligible, y su ejercicio carecería de garantía. Es más esta reconstrucción puede aplicarse con cualquier otro derecho. Por ello, muchos de los denominados derechos civiles se distinguen por pedir acciones no coercitivas simplemente por parte del Estado.

En este sentido, los derechos sociales tampoco pueden ser reducidos por simetría a meramente propositivas o positivas. De manera análoga a los derechos civiles, cuando los titulares han accedido al bien que constituye el objeto de los derechos sociales, el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten negativamente. El Estado afectará el derecho a la salud, o a la vivienda, o a la educación, cuando se prive ilícitamente a sus titulares del goce del bien del que ya disponían.

Ahora bien, establecido lo anterior, cabe incluir otros argumentos que refuercen esta crítica. Se aislaban los derechos sociales de los civiles, argumentando que se caracterizan aquéllos principalmente por *exigir* del Estado acciones positivas, haciendo un fuerte énfasis en los llamados derechos-prestación, pero como se ha argumentado hasta ahora, esto también ocurre con ciertos derechos civiles los que se ven respaldados en la exigencia de prestaciones a la administración de justicia o de los registros civiles.

Con todo, esto nos obliga a realizar una distinción diferente a la tradicional sobre la exigencia que hay entre uno y otro derecho puesto que ambos requieren para su efectividad obligaciones positivas y negativas. En esta retomamos el esquema de Courtis y Abramovich que respaldan una perspectiva de distinción entre "niveles" de obligaciones para los Estados, donde se debe determinar el complejo universo que pide cada derecho reconocido una propia determinación desde su propia naturaleza, y no tanto una simple adscripción de conjunto.

En esta propuesta se respaldan en autores como van Hoof¹⁴. El esquema que logran a partir de ello es el siguiente: cuatro "niveles" de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de asegurar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. Las primeras obligaciones de respetar se caracterizan por el deber del Estado de no influir, obstaculizar o impedir en el acceso del goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las segundas obligaciones de proteger, consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de asegurar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

Este marco teórico muestra que la quebrada unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, puede darse más a partir de niveles de obligaciones y no de separación radical, pues los distintos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos. Estas agrupaciones tienen el fin de mostrar que la doctrina tradicional es carente de matices que se exigen en la actualidad entre uno y otro tipo de derechos. Sin embargo, no se pretende negar la existencia de algunos obstáculos históricamente supuestos hasta ahora y la difícil determinación de la exigibilidad de los derechos sociales, al contrario llevando estas dificultades a los derechos civiles, es posible mostrar que los derechos sociales sí son derechos justiciables y es más un obstáculo consuetudinario que de esencia del derecho social.

¹⁴ VAN HOOFF, G. H. J., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984, pp. 97-110

El principal problema que aparece así, es el difícil lineamiento institucional que las democracias actuales llevan a cabo de los poderes encargados de cumplir con las obligaciones de lo que la mayoría establece como derechos, dado que ésta se distribuye primariamente desde los poderes políticos de la Administración y la Legislatura. La efectividad de los derechos tanto civiles como sociales está guiada y es asunto principalmente de estas dos formas del poder, lo cual implica que derechos como el derecho a casarse, a asociarse con fines útiles, a disponer de la propiedad, a la educación primaria, a la asistencia sanitaria, a gozar de condiciones dignas de trabajo, estén recubiertos de una apariencia subsidiaria, haciendo pensar a la mayoría que estas acciones corresponden actuar en el momento en que los demás poderes incumplen sus obligaciones y no por evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho o por incumplir con las acciones positivas debidas.

Ahora bien, en el caso del derecho que estamos estudiando esto es aún más evidente puesto que la protección judicial, en términos de afectación, está vinculada sobre todo con la posibilidad de ser un derecho superable. Así las cosas el poder jurídico que reviste a este derecho dotaría de titularidad en el caso en que la obligación implícita falle. El reconocimiento de los derechos sociales como derechos plenos no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.

En términos de Abramovich y Courtis “aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no puede afirmarse que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que -al menos en alguna medida- el titular/acreditor esté en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el

dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho”¹¹⁵.

Para este apartado es de vital importancia entonces referirse a los avances que no se detienen en distinguir la exigibilidad entre uno u otro derecho sino que trabaja en pro de defender ambos por igual. Esta institución es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual expresa sus políticas en su Opinión General Nro. 9 ("La aplicación interna del Pacto"), de 1998:

En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posea en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (punto 10).¹¹⁶

Una vez que se ha aclarado que la categoría de derechos sociales implican para el gobierno un entramado de obligaciones tanto negativas como positivas, siguiendo la

¹¹⁵ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, citado, pág. 252

¹¹⁶ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general 9*, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales (17° período de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1998/22 (1997).

argumentación, es por último imperativo establecer qué tipo de obligaciones son posibles a través de la exigencia de actuación judicial.

Por un lado, en muchos casos las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales provienen del incumplimiento de obligaciones negativas por parte del Estado -ligadas, en muchos casos, a la violación de obligaciones de respeto-. Resulta útil recordar que uno de los principios preliminares establecidos en materia de derechos económicos, sociales y culturales es la obligación estatal de no discriminar en el ejercicio de estos derechos (cfr. art. 2.2 del PIDESC), que de hecho establece importantes obligaciones negativas para el Estado.

El incumplimiento de este tipo de obligaciones abre un enorme campo de justiciabilidad para los derechos económicos sociales y culturales, cuyo reconocimiento pasa a constituir un límite y por ende un estándar de impugación de la actividad estatal no respetuosa de dichos derechos. Piénsese, por ejemplo, en la violación por parte del Estado del derecho a la salud, a partir de la contaminación del medio ambiente realizada por sus agentes, o en la violación del derecho a la vivienda, a partir del desalojo forzoso de habitantes de una zona determinada sin ofrecimiento de vivienda alternativa, o en la violación del derecho a la educación, a partir de la limitación de acceso a la educación basada en razones de sexo, nacionalidad, condición económica u otro factor discriminatorio prohibido, o en la violación de cualquier otro derecho de este tipo, cuando la regulación en la que se establecen las condiciones de su acceso y goce resulte discriminatoria.

Por otro lado, nos enfrentamos a casos de incumplimiento de obligaciones positivas del Estado, es decir, omisiones del Estado en sus obligaciones de realizar acciones o adoptar medidas de protección y aseguramiento de los derechos en cuestión.

Este es el punto en el que se plantea la mayor cantidad de dudas y cuestionamientos al respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión presenta, sin embargo, una multiplicidad de facetas, que conviene repasar. Puede concederse que en el caso límite, es decir, el incumplimiento general y absoluto de toda obligación positiva por parte del Estado, resulta sumamente difícil promover su cumplimiento directo a través de la actuación judicial. Cabe otorgar razón a algunas de las habituales objeciones efectuadas en esta materia: el Poder

Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública, el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, la discusión procesal genera problemas dado que otras personas afectadas por el mismo incumplimiento no participan del juicio, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida, etcétera.

Ahora bien, aun admitiendo las dificultades, cabe señalar algunas matizaciones a estas objeciones. En principio, resulta difícilmente imaginable la situación en la cual el Estado incumpla total y absolutamente con toda obligación positiva vinculada con un derecho social. Como hemos dicho párrafos atrás, el Estado cumple en parte con derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda o a la educación, a través de regulaciones que extienden obligaciones a particulares, interviniendo en el mercado a través de reglamentaciones y del ejercicio del poder de policía, a priori (a través de autorizaciones, habilitaciones o licencias) o a posteriori (a través de la fiscalización). De modo que, cumplida en parte la obligación de tomar medidas tendentes a garantizar estos derechos, aun en los casos en los que las medidas no impliquen directamente la prestación de servicios por el Estado, queda siempre abierta la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho. Las posibilidades son más evidentes cuando el Estado presta efectivamente un servicio en forma parcial, discriminando a capas enteras de la población. Pueden subsistir, evidentemente, dificultades procesales y operativas en el planteo de casos semejantes, pero difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable.

En segundo lugar, más allá de las múltiples dificultades teóricas y prácticas que plantea la articulación de acciones colectivas, en muchos casos el incumplimiento del Estado puede reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica. La violación general al derecho a la salud puede reconducirse o reformularse a través de la articulación de una acción particular, encabezada en un titular individual, que alegue una violación producida por la falta de producción de una vacuna, o por la negación de un servicio médico del que dependa la vida o la salud de esa persona, o por el

establecimiento de condiciones discriminatorias en el acceso a la educación o a la vivienda, o en el establecimiento de pautas irrazonables o discriminatorias en el acceso a beneficios de asistencia social. La habilidad del planteo radicará en la descripción inteligente del entrelazado de violaciones de obligaciones positivas y negativas, o bien de la demostración concreta de las consecuencias de la violación de una obligación positiva que surge de un derecho social, sobre el goce de un derecho civil. Podría señalarse que si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de derechos o intereses individuales homogéneos, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública, efecto especialmente valioso al que nos referiremos en el próximo párrafo.

En tercer lugar, aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos sociales. Las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de lobby o demanda político-partidaria.

Como dice José Reinaldo de Lima López, “el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre”¹¹⁷. No cabe duda de que la implementación de derechos sociales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos. Ahora bien, uno de los sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de

¹¹⁷ LÓPEZ, J., "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", en Faria, J. E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiros, San Pablo, 1994, p. 136.

cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se "recuerde" a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos sociales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que "comunique" a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es "puesto en mora" por el Poder Judicial, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Al respecto, es pertinente recordar la línea argumentativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, plasmada en la ya mencionada Opinión General Nro. 9. El Comité interpreta la obligación de adoptar medidas de orden interno para dar plena efectividad a los derechos establecidos en el PIDESC, contenida en el art. 2.1 del Pacto, a la luz de dos principios: a) la obligación de los Estados de modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte, y b) el "derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley", establecido por el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Articulando ambos principios, el Comité señala que "los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son "medios apropiados" según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales" (punto 3).

De modo que, lejos de entender que los derechos económicos, sociales y culturales no son justiciables, el Comité establece la fuerte presunción de que la falta de

recursos judiciales adecuados, que permitan hacer justiciables estos derechos, constituye una violación autónoma del Pacto.

En síntesis, si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación. En palabras de Alexy: "Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución"¹¹⁸.

Un derecho fundamental del agua sólo tendrá sentido si se alude a que éste tiene por objeto un bien que no es individualizable, en la medida en que es útil gracias a que preserva al género humano; moralmente es más claro este punto, pues el agua sirve para la supervivencia individual sólo en apariencia, ya que sólo vivimos en y por relaciones entre nuestra comunidad.

2.3 Argumentos a favor del Derecho Económico Social y Cultural al agua

En un sentido complementario, hay varias posiciones que ven la posibilidad de hablar del agua como un derecho económico, social y cultural. En este tema no extendernos este acápite, esbozaremos sólo tres ideas que han sido usadas para defender dicha hipótesis. La primera de ellas, y la más aplicada por los autores, es sostener que, "al ser un derecho social demandaría inversión económica, y por lo tanto no puede exigirse el cumplimiento inmediato del deber estatal de la satisfacción del derecho, pero sí, la aplicación progresiva mediante la adopción de políticas públicas tendientes a la

¹¹⁸ ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Pág. 497.

satisfacción plena del derecho”¹¹⁹. Por consiguiente, dicho derecho al ser un DESC, no quedaría desprotegido, sino que paulatinamente, se va buscando su protección mediante una serie de medidas, alcanzables para el gasto público.

En segundo lugar, se tienen las razones dadas por Amnistía Internacional¹²⁰, quienes acogen la idea de que el agua hace parte de los DESC, atendiendo a lo que ellos definen como, “las condiciones indispensables para satisfacer las necesidades básicas del ser humano, tales como: vivienda, alimento, agua, nivel adecuado de salud, derecho a trabajar, derecho a la cultura de las minorías y poblaciones indígenas”¹²¹, adicionalmente, se recalca el derecho económico, social y cultural del agua en relación directa con las mujeres, cuando manifiesta “que en todo el mundo las mujeres son las principales recaudadoras de agua, para consumo domestico, las trasportadoras, las que administran su distribución y la usan en mayor cantidad. En muchos países en vías de desarrollo las unidades familiares pasan cientos de horas cada año consiguiendo agua.

Las mujeres tienen que caminar grandes distancias hacia las fuentes de agua y dicha tarea las expone a la violencia de género, especialmente si los recursos de agua están en áreas peligrosas”¹²².

Como tercer y último punto, algunos académicos recurren a la Declaración dada por el Comité de la ONU, para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 27 de noviembre de 2002, en donde se incluye al agua en dichos derechos, afirmando: “El agua es fundamental para la vida y la salud. La realización del derecho humano a

¹¹⁹ VELEZMORO, Fernando, “El servicio de agua potable y su reconocimiento como derecho fundamental en el Perú”, en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del Agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, citado, pág. 398.

¹²⁰ *Amnistía Internacional*, fue fundada en Londres en 1961, como una organización popular activista, ganadora del premio nobel, conformada por académicos e investigadores con años de experiencia en trabajo con derechos humanos. Dentro de sus objetivos están: Investigar abusos en contra de los DESC, fortalecer el reconocimiento legal de dichos derechos, demandar justicia para individuos, familias y comunidades que hacen frente a discriminación y abusos de sus DESC. Actúa en más de 150 países alrededor del mundo y tiene representantes en la mayoría de ellos, AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mujer y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*, <http://amnestyusa.org>.

¹²¹ Amnistía Internacional. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En: <http://www.amnestyusa.org/derechos-economicos-sociales-y-culturales/page.do?id=1021058>., consultada el 23-05-2010.

¹²² Ídem.

disponer de agua es imprescindible para llevar una vida saludable, que respete la dignidad humana. Es un requisito para la realización de todos los demás derechos”¹²³.

Mediante esta Observación General N° 15, el Comité adopta una interpretación extensiva de los derechos económicos, sociales y culturales, según la cual el derecho al agua está en la base del reconocimiento de una serie de otros derechos, cuyo goce se torna ineficaz si no hay condiciones que garanticen el acceso a este recurso.

En primer lugar, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce el derecho de los Pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que no se les prive de sus medios de subsistencia. También se reconocen estos derechos territoriales en la Agenda 21 y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, ambos documentos aprobados en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992). Estos instrumentos consagran la relación que históricamente ha existido entre los Pueblos indígenas y sus tierras, incluyendo en este concepto el medio ambiente de las zonas que ocupan tradicionalmente, así como el conocimiento científico tradicional que tienen sobre sus tierras, recursos naturales y medio ambiente.

En este contexto se insta a los gobiernos a establecer mecanismos que permitan intensificar la participación activa de los Pueblos indígenas en la formulación de políticas, leyes y programas relacionados con la ordenación de los recursos y otros procesos que puedan afectarlos, y a posibilitar su intervención a nivel nacional y local en el manejo de recursos y estrategias de conservación.

Finalmente, en la Agenda se plantea que los gobiernos deben adoptar medidas específicas –tales como la ratificación de convenciones internacionales, la adopción de políticas y leyes que "protejan la propiedad intelectual y cultural indígena, y el derecho

¹²³ Con respecto a esta declaración Francisco Altemir manifiesta que al consagrarse como un derecho económico y social, el agua se debe mantener en la esfera de los servicios públicos y que no se privatice, ya que se puede llegar a su acaparamiento en muy pocas manos. De igual manera, afirma que la visión social debe apoyarse, para la financiación, en el Estado y la cooperación internacional, como señala el artículo 22 de los Derechos Humanos, sobre derechos económicos, sociales y culturales. ALTEMIR, Francisco, *El agua es un derecho no una mercancía*, www.rebelion.org/noticia.php?id=29122.

de las poblaciones indígenas de preservar sistemas y prácticas consuetudinario administrativas"– con el fin de permitirles un mayor control sobre sus tierras, el manejo de sus propios recursos, y participación en decisiones que les afecten, tales como el establecimiento o la ordenación de áreas protegidas.

Por su parte, en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992), artículo 8, inciso j, se impone a los Estados la obligación específica de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Deberán, además, promover la aplicación más amplia de estos conocimientos y prácticas, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, es decir, las comunidades indígenas y sus miembros. Asimismo, los Estados deberán fomentar los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas, garantizando que se compartan equitativamente.

3. Perspectivas internacionales y de derecho comparado del derecho al agua

La importancia del agua es tal, que en varias naciones y periodos históricos se ha publicado, en varios textos internacionales, de forma implícita o expresa la necesidad de reconocerla como una necesidad humana indispensable para la vida. Ya bien sea en documentos, donde se plantea como un derecho fundamental “emergente”, o como derecho siempre presente. De esta manera haremos referencia brevemente a los Convenios, Conferencias, Resoluciones y Tratados más relevantes que hacen alusión al tema.

Son dignos de mención entre otros los documentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en el artículo 25¹²⁴; el Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a las víctimas

¹²⁴ Artículo 25 reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, que la asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, lo que incluye contar con abastecimiento de agua potable y servicios de saneamiento.

de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) de 1977, en el artículo 54.2¹²⁵; la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de marzo de 1977¹²⁶; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, en el artículo 14.2 literal f¹²⁷; el Protocolo de San Salvador, del 17 de noviembre de 1988, en el artículo 11¹²⁸; la Convención sobre Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, en el artículo 24.1 y 24.2¹²⁹; la Declaración adoptada en la Conferencia Internacional de Dublín sobre el Agua y el Medio Ambiente, en 1992, donde se reconoció la importancia de reconocer el derecho fundamental a agua salubre y a servicios de saneamiento a un precio asequible.

En el mismo año, 1992, se adoptó la Agenda 21 o Programa de Acción para el Desarrollo Sostenible¹³⁰, creada a propósito de la Declaración de Río sobre Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente. En dicho instrumento se estableció la necesidad de protección de este recurso, ya que es un componente esencial para la tierra y parte indispensable de todos los ecosistemas terrestres.

En 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Resolución A/RES/54/176, expuso su postura frente al debate, de “si el derecho al agua debe reducirse a la satisfacción de esta necesidad humana, o debe otorgársele un carácter superior, como es el derecho económico, social y cultural”. La Asamblea sienta un

¹²⁵ Artículo 54.2: “Se Prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que lo producen, las cosechas, el ganado y reservas de agua potable y las obras de riego, (...)”.

¹²⁶ Se establece el decenio internacional (1980-1990) del agua y saneamiento básico a todo el mundo, y se solicita la acción conjunta de los gobiernos y la comunidad internacional, para asegurar el abastecimiento seguro de agua potable y prestar servicios sanitarios básicos a toda la población urbana y rural.

¹²⁷ Artículo 14.2 literal f: Se dispone que el Estado asegurará a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de (...) el abastecimiento de agua”.

¹²⁸ Artículo 11, establece el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

¹²⁹ Artículo 24.1 y 24.2: Se establece la obligación del Estado, de adoptar medidas apropiadas para “combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”.

¹³⁰ La Agenda 21 (1992), trata aspectos sociales y económicos y la conservación gestión de los recursos para el desarrollo, dando prioridad a la mujer, a la comunidad indígena y juventud.

precedente al resolver que “el agua es un derecho humano fundamental y su promoción es un imperativo moral para los gobiernos de la comunidad internacional”.

El Parlamento Europeo, en Resolución del 4 de noviembre de 2003, “reitera la condición de derecho humano fundamental del acceso al agua potable en cantidad y calidad suficiente”¹³¹.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en Resolución A/58/217 de 2.004, proclama el período 2.005-2.015 como el Decenio Internacional para la Acción “El agua fuente de vida”, indicando que el decenio ha de tener como objetivo principal ocuparse más a fondo las cuestiones relativas al agua y de la ejecución de programas y proyectos sobre ella, con el fin de alcanzar los objetivos relativos al agua a nivel internacional, teniendo en cuenta la cantidad de convenios, decisiones, declaraciones, adoptados en los diferentes países¹³².

La Declaración Europea por una nueva cultura del agua (FNCA 2005), firmada en Madrid por cien científicos de los diferentes países de la Unión Europea, donde se propone tres valores derivados del uso y papel del agua, así: el agua para la vida, agua para actividades de interés general y agua para el crecimiento económico¹³³.

¹³¹ SALINAS, Sergio, “El Derecho al agua como derecho humano. Contenido Normativo y de Obligaciones de los Estados”, en DAUDI, Castillo Mireya y EMIRO, Araujo Antonio y otros (editores), *El Derecho al Agua*, editorial Aranza, Navarra, 2006, pág. 94.

¹³² UNESCO, “*El agua fuente de vida*”, 2003, www.wateryear2003.org/es.

¹³³ El agua para la vida, “en funciones básicas de supervivencia, de los seres humanos y de los demás seres de la naturaleza. Esta categoría debería ser priorizada de forma que se garantice la sustentabilidad de los ecosistemas y el acceso de todos de cuotas básicas de aguas de calidad como un derecho humano”, el agua para actividades de interés general, se refiere a las “funciones de salud y cohesión social, como las brindadas como los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento, debería situarse en un segundo nivel de prioridad, en conexión con los derechos sociales de ciudadanía.”; y agua para el crecimiento económico, “en funciones productivas legítimas, en conexión con el derecho de cada cual a mejorar su nivel de vida, debería reconocerse en un tercer nivel de prioridad, siendo injustificable éticamente que tales usos cuestionen derechos y funciones de las categorías anteriores.” AGUDO, Pedro, “Una nueva ética en materia de gestión de aguas” en *El Derecho Humano al acceso al Agua potable y saneamiento*, Serie Carta de derechos humanos emergentes 4, Intitut de Drest Humans de Catalunya, 2007, pág. 34 a 36.

También cabe resaltar, por un lado, la importancia del Foro Mundial del agua¹³⁴, que se realiza en diferentes países, con varios objetivos, entre ellos: aumentar la importancia del agua en la agenda política; apoyar la profundización de la discusión para lograr la solución a los asuntos globales del agua en el siglo XXI; formular propuestas concretas; y generar un compromiso político.

Por otra parte, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en el marco del proyecto Regional para la superación de la pobreza, ha manifestado que uno de los factores o indicadores para medir la pobreza en América Latina, está relacionado directamente con las necesidades básicas insatisfechas. Dentro de estas, se encuentran: viviendas inadecuadas, carencia de servicios sanitarios, dificultad en el acceso a la educación, *abastecimiento inadecuado de agua*, entre otras. Recomendando en varios de sus documentos, que para evitar en un futuro guerras por el control de los recursos hídricos, se debe empezar a combatir desde ya, la crisis mundial del agua, para ello, las metas son lograr un desarrollo sostenible basado en la inversión en el ya llamado “oro azul”¹³⁵.

Como primera deducción de estos textos, podemos afirmar que el agua es una necesidad básica, estrictamente humana, que pese a estar reconocida en innumerables instrumentos, se le debe dar un mayor valor jurídico. Es decir, la declaración y el reconocimiento del derecho fundamental al agua se debe dar no simple nominalmente, en textos que sobresalte su importancia y pertinencia. Creemos necesario, que la regulación sobre el tema del agua debe ser mucho más explícita, en el sentido en que además debe recibir una especial consideración en las cartas constitucionales que fundamentan los Estados.

En efecto, como señalábamos desde la introducción, estos tratados son de gran sugerencia para los Estados partes de estos convenios y participantes de los diferentes protocolos. Sin embargo, parece que la inclusión antes mencionada quedará al arbitrio y

¹³⁴ El Foro Mundial del Agua, “es una iniciativa del Consejo Mundial del Agua (CMA) que tiene el objetivo de despertar la conciencia sobre los asuntos del agua en todo el mundo”. INICIATIVA MEXICANA DE APRENDIZAJE PARA LA CONSERVACION CIUDAD DE MEXICO, “*IV Foro Mundial del Agua*”, 2006, www.imacmexico.org. El Foro se ha realizado en las siguientes ciudades: Marrakesh (1997), La Haya (2000), Kioto (2003), Ciudad de México (2006).

¹³⁵ BOLTVINIK, Julio, *Pobreza y Necesidades. Conceptos y Métodos de Medición*, citado, pág. 31 y ss.

conveniencia de cada caso, lo cual nos parece debilita la conexidad del derecho y carácter obligatorio queda así subyugado a otros interés. Esto puede recaer en las consecuencias que hemos señalado hasta aquí. Por lo cual pensamos que se deben crear mecanismos jurídicos, para que esta inclusión sea no sólo real y efectiva por todos, sino que su cuidado sea regulado.

Más aún, si se tiene en cuenta que, por un lado, existen Estados sin alguna regulación definida o, que por otro, cuando sí la tienen, todavía existen vacíos jurídicos que hacen que este derecho sea insatisfecho. Somos conscientes que la inclusión constitucional sin más, no garantiza la satisfacción y promoción de que se optimice el recurso al agua, mas creemos que este es un paso necesario a darse, donde ya hay varias propuestas de incluir este derecho en la carta constitucional¹³⁶. Por consiguiente, no será necesario estudiar todo el aparato judicial, para promover ciertos mecanismos jurídicos, pues basta determinar las condiciones particulares en que el agua es deteriorada, diciendo que es prioritario cada vez más el evitar que la vulneración de este y otros derechos, siga minando el bienestar común de los ciudadanos, como las capacidades de los hombres. En general, las incidencias evidentes que trae consigo el detrimento en el que el agua ha entrado, deben ser recapituladas desde las propuestas particulares y mostrar las condiciones singulares.

Entre algunas propuestas, se destacan la de países latinoamericanos:

Primero, la iniciativa del Tribunal Constitucional del Perú, que atendiendo al Derecho Internacional, en uno de sus pronunciamientos ha recalcado “el deber de respeto”, que supone que los Estados aseguren que las actividades de sus instituciones, agencias y representantes no interfieran con el acceso de las personas al agua; “el deber de protección” frente a terceros, manifiesta la implementación de medidas a fin de evitar la contaminación y que asegure el abastecimiento, la seguridad y la accesibilidad del agua para la población; y “el deber de realizar” implica implementar políticas que

¹³⁶ Ejemplo de esto es la propuesta hecha por Ecofondo en Colombia, que basado en experiencias internacionales, y como resultado de manifestaciones de movimientos sociales, presentaron un referendo a la Constitución actual, la cual consiste en incluir el derecho al agua como fundamental en la política colombiana (este punto se explicará más en detalle en el 3^a capítulo).

posibilitan progresivamente el acceso de la población al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento”¹³⁷.

Esta propuesta nos parece de especial interés porque muestra por un lado que en países como Perú, cuyos procesos idiosincráticos no son demasiado disimiles a los nuestros, se ha logrado por un lado, tener consciencia a este nivel de que son necesarios establecer en las cartas constitucionales, por organismos como el Tribunal Constitucional en el caso del agua, “prendas” y “estatutos” que garanticen la protección particular del agua. Así como resalta también que la urgencia de incluir en las políticas de cada Estado no puede ser un asunto soslayable.

Como segunda propuesta, se encuentra la iniciativa popular realizada por un amplio sector de la población de México, que está generando un importante debate sobre la posibilidad y la conveniencia de proteger este recurso mediante la constitucionalización del derecho fundamental al agua. Ello se debe a que tanto la administración, la academia, como la sociedad en general, han cobrado conciencia de que este recurso es escaso y está en grave peligro. Por los anteriores motivos, la decisión de constitucionalizarlo va encaminada por un lado, hacia la parte objetiva, que hace que los tres poderes públicos, están obligados a priorizar este derecho al tomar sus decisiones. El poder legislativo, por tanto, no podrá crear o ratificar leyes que vayan en contra de este derecho, el ejecutivo, no puede dictar actos que lo vulneren y el tercer poder, está obligado a emitir sentencias ajustadas al mismo. Y en cuanto a la parte subjetiva, implica que los ciudadanos pueden exigir el cumplimiento del derecho, especialmente atreves de garantías como la tutela (amparo)¹³⁸.

Desde Boltvinik, veíamos como el caso de México aporta ese interés social y de la sociedad porque este asunto no quede relegado a una elite o clase política. La sociedad civil busca exigir que se promueva por parte del gobierno mecanismos como la

¹³⁷ VELEZMORO, Fernando, “El servicio de agua potable y su reconocimiento como derecho fundamental en el Perú”, en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del Agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, citado, pág. 391 a 398.

¹³⁸ GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, *El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas*, citado, pág. 71 a 90.

tutela y otros para que exista una cooperación Estado-sociedad en el derecho fundamental del agua.

Y, como última propuesta que ya inició, y ha sido exitosa, es la de Uruguay. En el año 2004 se realizó una reforma, estableciendo que el agua, “es un recurso natural esencial para la vida, por ende, el acceso al agua potable y al saneamiento, son derechos humanos fundamentales” y para asegurar su cabal cumplimiento, se ha puesto en marcha todo un régimen jurídico que promueve una serie de medidas, en pro de este derecho, medidas que son ejemplo para otras legislaciones. Entre los puntos más importantes, se encuentran: 1. Asegurar mejoras permanentes de la cantidad y calidad de los servicios ofrecidos, 2. Promover reducciones significativas en las tarifas, 3. Establecer claramente quienes pagan por el servicio y quienes se benefician, 4. Promover inversión que repercute en el mejoramiento de este servicio, 5. La prestación del servicio será exclusivamente estatal¹³⁹.

¹³⁹ BRITO, Mariano, “Régimen Jurídico del agua Saneamiento en Uruguay”, en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, 2007, pág. 87 a 108.

III. Capítulo tercero

El contenido esencial del derecho al agua

Una vez que se ha precisado el concepto de necesidad y realizado examinado la posible fundamentación del derecho al agua, es necesario delimitar el contenido concreto de este último. Para ello se mencionarán los rasgos esenciales que definen a este derecho fundamental, de cara a las diferentes discusiones sobre el concepto de “contenido esencial” referido al derecho fundamental. Asimismo se especificará algunos criterios que este derecho debe presentar para ser viable dentro de un marco constitucional definido, en este caso se limitará este apartado al colombiano. Con estos dos puntos se concluirá la presente investigación acerca del derecho al agua, para dar paso a la presentación y evaluación de algunas propuestas puntuales que abogan por su inclusión taxativa en la Constitución de nuestro país.

Así el tema general de este apartado es la esencia del derecho fundamental del agua; tema que de suyo es bastante difícil de precisar, puesto que en la doctrina actual se sigue debatiendo si es posible determinar el contenido esencial de un derecho fundamental o si acaso sea una tarea útil y necesaria al tratar acerca de esta clase de derechos. Por ello, es necesario retomar todos los temas mencionados, sino basta con fijar la materia jurídica de este derecho y discurrir en torno a estas problemáticas.

Los aportes que la Filosofía del Derecho y la Teoría Política han enriqueciendo las reflexiones de esta cuestión tratan de bosquejar una propuesta que no sólo esta y otras recoja dificultades y, con ello, enriquecer la discusión, sino que además en los últimos años se han venido avanzando en esta materia, en la medida en que los instrumentos legales que determinan el derecho al agua se han preocupado de ser más fieles a la propuesta de perfilar al derecho al agua como esencial.

Se ve así que, tratando de dar cuerpo y sentido a este capítulo, tiene toda la pertinencia el retomar la *Observación General No 15*¹⁴⁰ como guía, puesto que brinda pautas estructurales y metodológicas al contenido esencial del derecho en estudio. En efecto, este documento sirve, en este sentido, para determinar los rasgos principales y reconocibles del derecho fundamental en cuestión, y además resume varios de los tópicos sobre la esencia. Este procedimiento aquí trazado es ya recurrente en varias propuestas, este instrumento ha sido utilizado por varios Estados que, retomándola como marco referencial, han logrado definir y legitimar el derecho al agua en sus ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, antes de dar paso a los debates y discusiones, es prudente aclarar el sentido que tiene el concepto de “contenido esencial” en este estudio. Éste alude a aquellos elementos que afirman, abstracta o contextualmente, el derecho por encima de cualquier otra propuesta legislativa; es decir, si se atribuye o cree como posible hacer explícito el contenido esencial de un derecho, es necesario el paso subsiguiente: reconocerlo como parte primordial del derecho, pues ya sea interpretado desde propiedades fijas anteriores o desde un aspecto más circunstancial y propio del momento legislativo, el concepto de esencia es obligante puesto que implica decir que pertenece a ello sin lo cual el derecho no existe.

En efecto, según la primera variante, el concepto de “esencia” puede tener el sentido de instancia “previa a” cualquier otra circunstancia jurídica: proyectos de ley relacionados, reformas ya adelantadas o iniciativas de las entidades particulares¹⁴¹. Así, en sentido escueto, la esencia haría referencia o sería sinónimo de naturaleza del derecho que está siendo definido. En cambio, según la otra perspectiva, la esencia tendría más el sentido de “aquello a lo que damos más importancia en cierto momento”, haría así pues referencia más punto donde la coyuntura se conjuga en dar status de fundamental a cierto derecho.

¹⁴⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General No. 15*, enero de 2003.

¹⁴¹ “Previas” con respecto a la importancia jurídico a legal que un derecho tiene frente a otras normatividades, no tanto temporalmente. En otras palabras, las propiedades primarias de un derecho fundamental las tiene y deben serle reconocidas *por derecho*. Esto quedará más claro cuando hablemos de su inclusión dentro de la Constitución por contraste con otros proyectos adelantados.

Para comenzar a precisar cuál sería el sentido del contenido esencial del derecho al agua es conveniente acudir a un tópico reconocido, a saber, la conocida sentencia del Tribunal Constitucional Español¹⁴², la cual lleva implícita la idea de esencia:

[...] aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales¹⁴³.

Con ello se puede mostrar cómo la idea de contenido esencial nace en el contexto la Constitución española (quizá también de la Ley fundamental alemana) con el fin de evitar que los derechos fundamentales fueran limitados o debilitados por otros marcos jurídicos¹⁴⁴. Con estas iniciativas se genera un concepto que logra asegurar que "el contenido y los límites de los derechos fundamentales [debían] determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental"¹⁴⁵; garantizando que, independientemente de su espacio jurídico determinado, su legitimidad fuera garantizada de manera primordial.

Así las cosas, es plausible afirmar que, desde el pasaje citado, se puede bosquejar no tanto una definición, sino un método para discutir sobre el "contenido esencial" según el cual debe tenerse en cuenta la totalidad que constituyen los derechos fundamentales como un conjunto de derechos subjetivos, estén o no constitucionalizados. Empero, esto no indica que se deba separar, por un lado, la legitimidad de los derechos fundamentales abstracta y por otro la legitimidad cuando están incluidos en la Constitución; nada más contrario a esta forma de pensamiento, sino que se especifica que en un principio los derechos fundamentales no deben estar

¹⁴² Véase: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia TC 11/1981, de 8 de abril.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Véase: SÁNCHEZ, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007, pág. 111.

¹⁴⁵ HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, Lima, 1997, pág. 109 (el cambio de los corchetes es mío).

constitucionalizados para comenzar a ganar reconocimiento y peso jurídico, puesto que su constitucionalización es un momento ulterior.

A este tema se han aproximado desde dos perspectivas. Una absolutista, la cual indaga sobre esta idea buscando el mínimo inmaterial de un derecho fundamental; y otra relativa, que busca otros valores y bienes constitucionales siempre particulares que justifiquen limitar los derechos fundamentales. Si bien para estas dos teorías el significado atribuido a “esencial” es sinónimo de naturaleza jurídica, el modo en que cada derecho fundamental se configura como tal es diferente. Ambas teorías comparten que “hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”¹⁴⁶. Mas cada perspectiva difiere en esta comparación, pues piensan la existencia de la esencia de los derechos de manera diferente; la teoría absoluta considera que la esencia del derecho es conceptualmente y temporalmente preexistente al momento en que es constitucionalizado cada derecho; de ahí que el contenido esencial deba ser aclarado *a priori*. En cambio, para la teoría relativa, la definición de la esencia del derecho es un proceso concomitante a su regulación concreta en la Constitución, por ello cada derecho es establecido por interdefinición con otros marcos legales particulares.

Además, para estas dos perspectivas, la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales diverge sobre todo en una cuestión de principio. Para la teoría absoluta, el contenido esencial y el ámbito normativo de los derechos fundamentales es frecuentemente asumido como el área de dos círculos concéntricos, entendiendo la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos (esencial) y la parte circunferencial exterior como la parte accesorio de los mismos, la cual es contingente y donde pueden establecerse limitaciones y restricciones que se consideren necesarias y justificadas sin afectar el núcleo.

¹⁴⁶ CANABILLAS, Sánchez Antonio, “La propiedad”, en PRATS, Lorenzo, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Vol.1, Universitat de València, Valencia, 1996, pág. 29.

La teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, a diferencia, afirma que tal centro no está preestablecido, ni puede serlo, sino que es determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan con él tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación. Por ello, no representa así un bien ulterior y superior al proceso legislativo concreto, sino todo lo contrario, está sujeto a las peripecias del mismo.

De estas dos teorías, este estudio se centrará más en el camino propuesto por la teoría absoluta, que está más en armonía con el tono manejado a lo largo del texto. Sin embargo, no resulta arbitraria esta decisión, si se recuerda cómo se han venido exponiendo los conceptos: por un lado, se trató de elementos fundamentales y necesarios que corresponderían, en la figura utilizada para describir la teoría absoluta, al círculo fijo; como también se han descrito otros pares de conceptos, como las circunstancias accesorias del derecho del agua, que pertenecerían más a las otras regiones de los círculos.

Según la teoría absoluta, delimitar qué es el contenido esencial de un derecho fundamental presenta una serie de dificultades. La primera pregunta a plantearse sería ¿cómo realizar una definición legítima no tanto de los elementos constitutivos de un derecho fundamental, sino más bien de su esencia? Por ahora, basta con decir que no puede ser un proceso extrínseco al derecho mismo, es decir, no se debe recurrir a ninguna otra normatividad que dé límites conceptuales a lo que definido como esencia, pues se estaría restando de cierta manera valor jurídico al campo de los derechos fundamentales, que por derecho es autodeterminado.

En este primer problema, es conveniente citar el siguiente leitmotiv para entender cómo definir una esencia jurídicamente: “los límites de los <<principios generales>> son los límites esenciales de los derechos fundamentales”¹⁴⁷. En efecto, los principios por los que las legislaciones en general se rigen son los mismos que dan forma a los derechos fundamentales. Por ello, para asegurar la legitimidad de la definición de la naturaleza de un derecho fundamental, se debe reconocerle sólo los

¹⁴⁷ *Ibidem*.

límites esenciales atribuidos al derecho que están en comunión con el conjunto completo de los otros derechos fundamentales, y viceversa, los límites que atribuimos son a su vez esenciales al derecho mismo. La idea que cumple este tipo de requerimientos es la de “límites inmanentes de los derechos fundamentales”¹⁴⁸, según ella el límite esencial deben ser reconocido no como trascendente a la esencia de los derechos fundamentales, sino que su naturaleza se da a sí misma los límites que le son atribuibles, es decir, los derechos fundamentales concretos aportan ellos mismos los elementos que pueda ser dirimidos tanto del conjunto constitucional y un su sistema de valores, como de un derecho particular.

Para terminar de usar la imagen antes propuesta, existen algunas teorías absolutistas para las cuales lo accesorio no es precisamente omisible o es de menor importancia, la esencia de los derechos fundamentales se expresa en dichas circunstancias que, si bien no lo definen, sí existen como bienes concomitante reconocidos. En otras palabras, la forma abstracta e ideal que permanece invariable no se da sin sus acompañantes, aunque la materia jurídica de derecho es inmanente a su esencia, se expresa en lo otro. Aunque estas separaciones tienen en sí un significado, no por ello recibe esta teoría dicho nombre de total, sino que es absoluta en la medida en que unifica en una perspectiva de lo esencial y lo accidental.

Con todo lo anterior, se ha construido el panorama general donde cada derecho fundamental debe ser limitado en particular, cumpliendo con estos criterios de legitimidad. Por lo que ahora se pasará a las tres condiciones o “unidades” que hacen parte del núcleo esencial inmanente de este derecho, a saber, la disponibilidad, accesibilidad y calidad.

Por último, es de precisar que este capítulo cierra las discusiones del primer y segundo capítulo que han sido la base conceptual que en este apartado se hará explícito como contenido legal determinado.

¹⁴⁸ *Ibidem.*

1. Disponibilidad de agua potable

Cuando se habla de disponibilidad del agua, ésta se entiende como el abastecimiento continuo y eficiente para los usos individuales y domésticos de cada persona. En concreto, a estos usos que se refiere la *Observación* son consumo, saneamiento, preparación de alimentos e higiene personal y doméstica. El término “consumo” se refiere al agua para alimentación y bebida; el de “saneamiento” hace referencia a la evacuación de las excretas humanas; la “preparación de alimentos” reúne la elaboración de alimentos y la higiene alimentaria; por último, la “higiene personal” se refiere al aseo personal y del hogar¹⁴⁹.

De igual manera, se habla de un mínimo de cantidad de agua para satisfacer las necesidades básicas de bebida, alimentación o cocción de alimentos, la limpieza y el saneamiento. Teniendo presente variables como el clima, la salud, las condiciones de trabajo, se hace evidente que el requerimiento de agua sea diferente, aunque no hay una cifra estándar del consumo de cantidad de agua, “hay un acuerdo generalizado en que cada persona debería disponer de más de 20 litros de agua al día y que la cantidad necesaria en el medio urbano es de 50 litros al día por persona, cifra que puede llegar hasta 100 litros”¹⁵⁰.

Quizá la palabra más adecuada que podría reformarse dentro del instrumento sería en vez de “mínimo”, el adjetivo de *óptimo*. En este punto en concreto, se podría referenciar a la cantidad no sólo en tanto suficiente para que cada persona pueda suplir sus necesidades, sino que con ello además pueda optimizar sus condiciones con esta cantidad de agua. Ello implicaría que las necesidades de agua deben ser saneadas en concreto por esta cantidad de agua, y no por una menor, pues serían insuficientes y bajas. En este sentido, es que debemos reconocer la cantidad en el contenido concreto del derecho al agua, en la medida en que muestra la exigencia de su satisfacción y regulación/optimización.

¹⁴⁹ Véase: COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General No 15*, pág. 133.

¹⁵⁰ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, citado, pág. 30 y ss.

La Defensoría del Pueblo en Colombia¹⁵¹ basándose, también en la *Observación 15* y en otros instrumentos internacionales, ha establecido una serie de obligaciones que el Estado debe cumplir para garantizar la disponibilidad. Estos son algunos de los más importantes en esta materia:

Abstenerse de atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil como las instalaciones y reservas de agua potable (Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra referentes a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales).

Abstenerse de interrumpir o desconectar de manera arbitraria o injustificada los servicios o instalaciones de agua (*Observación General No 15*, Párrafo 44, literal a).

Abstenerse de atacar, destruir, sustraer o inutilizar las reservas de agua potable como método de combate (Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra II, art 14)¹⁵².

Impedir toda discriminación basada en motivos sobre los que internacionalmente pesen prohibiciones, en lo referente al suministro de agua y a los servicios de abastecimiento de agua (*Observación General No 15*, párrafo 15).

Adoptar medidas para velar porque (para que) no se impida a los niños ejercer sus derechos humanos por falta de agua potable en las instituciones de enseñanza y los hogares (*Observación General No 15*, párrafo 16, literal b).

Facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes (*Observación General 15*, párrafo 15).

En estos apartados de la *Observación* se hace referencia al concepto de sostenibilidad en el tiempo, acudiendo al valor de la solidaridad. Según este principio todos deben preocuparse por el buen uso del agua para que las futuras generaciones puedan acceder a este recurso, pues la cantidad de agua comienza a verse afectada como un bien escaso en algunas naciones. De ahí la importancia que haya conciencia de un

¹⁵¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El Derecho Humano al Agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, citado, pág. 76 a 84.

¹⁵² Esto parece aludir a una internacionalización del derecho al agua. Al hacer de ésta un bien que no puede ser usado con fines estratégicos en el combate, se convierte para cada Estado en elemento constitutivo de su soberanía.

adecuado manejo, sin el cual no se podrá garantizar ni siquiera un mínimo de agua potable a las generaciones venideras.

Al incluir el derecho al agua como derecho fundamental se subrayó que esta clase de derecho tiene una incidencia para las generaciones futuras que reciben este marco legal. En efecto, esta propuesta no busca tener tan sólo un efecto inmediato en las condiciones de hoy, sino que procura, aceptando las posibles mejoras y modificaciones que den la participación de los debates por venir, que las sociedades del futuro estén amparadas por este derecho fundamental. En este sentido, la presente tarea, por un lado, gestiona que las condiciones del agua sean *siempre* mejoradas y este líquido tenga una correcta distribución y manutención; a la vez que, como todo derecho fundamental, abre la posibilidad de que exista un futuro, pues sin agua potable la vida humana sería imposible. Por lo tanto, la pertinencia de que este estudio se siga en las generaciones futuras, dando el valor al agua como bien *para* el futuro.

En conclusión, la disponibilidad no se refiere simplemente a la posibilidad de disposición que se tenga en cierto momento, sino que con ella se marca hincapié en la capacidad que por derecho debe existir en la obtención de agua potable. Con el derecho al agua se requiere no sólo una consciencia especial con respecto a los problemas que este líquido sufre en el presente, sino que plasma “la responsabilidad de compensar los daños causados y de realizar las acciones necesarias para que no vuelvan a producirse en el futuro”¹⁵³.

Sobre esto, Smets recalca la importancia en la continuidad, cuando señala que el servicio de distribución del agua debe funcionar de

forma permanente y en su defecto, a un nivel mínimo todos los días de cualquier época año (...) el agua siempre debe suministrarse, aún en casos de urgencia, cuando una red de distribución está fuera de servicio o sin suministro de agua, la municipalidad debe organizar una distribución de agua potable embotellada, en galones o mediante camiones cisterna¹⁵⁴.

¹⁵³ RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *Entre las necesidades y los derechos. De por qué el derecho al agua es más que un grito*, citado, pág. 15.

¹⁵⁴ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, citado, pág. 15.

Finalmente, para introducir en este punto el contexto colombiano, el Tribunal Constitucional, en varias de sus sentencias, ha manifestado que

el agua es líquido esencial para la vida de los seres humanos, encontrándose en conexidad con la vida, pues la falta de ella, aun durante breve periodos de tiempo pone en serio peligro la supervivencia, no solo de los seres humanos, sino de todos los seres vivos, se trata indiscutiblemente de una necesidad biológica de todo ser viviente¹⁵⁵.

En términos de Palop¹⁵⁶ el valor temporal asignable al agua debe pertenecer a un tiempo diacrónico, es decir, no puede estar determinada a los cambios históricos y las decisiones que se tomen aquí y ahora, sino que el discurso del derecho al agua debe estar ligado a otra temporalidad, a una que pueda ser extensible a las generaciones futuras.

2. Accesibilidad al agua potable

La accesibilidad tiene como finalidad que todo individuo disponga de acceso al agua potable. Este rasgo se ha distinguir de otros adjetivos como “asequible”, “adquirible” y otros sinónimos, pues como lo señala la *Observación 15* “el agua, las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna”¹⁵⁷. El acceso en este sentido no determinaría cierta posesión o propiedad sobre el bien cualificado, sino que expresaría más bien la posibilidad de acceder a él en cuatro dimensiones:

- A. Accesibilidad física. Incluyendo instalaciones que estén al alcance de todos los habitantes, en especial en zonas marginales o vulnerables. Además todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados y deben tener en cuenta las necesidades relativas al

¹⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 636 de 2002.

¹⁵⁶ Véase: RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *Entre las necesidades y los derechos. De por qué el derecho al agua es más que un grito*, citado, pág. 17.

¹⁵⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General No 15*, citado, párrafo 12.

género, el ciclo vital y la intimidad¹⁵⁸. El acceso físico al agua puede considerarse desde tres categorías: la primera, se cuenta con conexión domiciliaria, es decir, se dispone de agua a través de una conexión al interior a la vivienda o sitio de residencias; la segunda, no se cuenta con conexión domiciliaria, pero se tiene una fuente cercana de agua dulce, y la tercera, no se cuenta con conexión domiciliaria, pero se tiene una fuente cercana de agua salina (de mar) con posibilidad de ser tratada. Todas contrarias a opción de no poder acceder de ninguna manera, sin servicio de agua y sin posibilidad de conseguirla en una fuente cercana¹⁵⁹.

- B. Accesibilidad económica. “El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto”¹⁶⁰.
- C. No discriminación. “El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos”¹⁶¹. Este punto ha sido considerado por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como un tema especial, de amplia aplicación, enfatizando que los Estados partes deben garantizar el derecho al agua en condiciones de igualdad entre Estados y hombres. Prohibiendo la discriminación por razones de raza, color, edad, sexo, idioma, religión, opinión, orientación sexual, entre otras, que no permitan el disfrute del derecho al agua. De igual manera, el mencionado Comité, promueve a los Estados parte a velar por la asignación e inversión

¹⁵⁸ Ídem, párrafo 12, literal i.

¹⁵⁹ DEFENSORIA DEL PUEBLO, *El Derecho Humano al Agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, Imprenta Nacional, Bogotá, 2006. pág. 85 y 86.

¹⁶⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General No 15*, citado, párrafo 12, literal ii.

¹⁶¹ Ídem, párrafo 12, literal iii.

de los recursos, en el sector del agua: “pues una distribución inadecuada de los recursos puede conducir a una discriminación que quizá no sea manifiesta”¹⁶².

- D. Acceso a la información. Esto comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua¹⁶³. Específicamente, se debe “velar porque antes de que un tercero haga algo que interfiera con el derecho al agua de una persona, se lleven a cabo ciertas medidas que incluyen: a. La oportunidad de una autentica consulta con los afectados; b. el suministro a tiempo de información completa sobre las medidas proyectadas; c. La notificación con antelación razonable de las medidas proyectadas; d. La disponibilidad de vías de recurso y reparación para los afectados y e. Asistencia jurídica para obtener una reparación legal”¹⁶⁴.

Este rasgo, tan fundamental como el anterior, indica que aun cuando se cuente con cierta cantidad suficiente de agua, si a ésta no se puede acceder y disponer de cierta y determinada manera a todos por igual, el derecho al agua se vería por igual negado. En estas cuatro características está implícito el criterio para que la satisfacción sea posible¹⁶⁵.

En conclusión, la accesibilidad no se refiere a algo probable, el acceso es y debe ser efectuado según el derecho al agua. Entender este sentido del rasgo es difícil pues en el lenguaje ordinario se acostumbra a mencionar que las necesidades dependen de que no se tenga algo, se piensa que sólo se necesita lo que se carece. Esto no es del todo falso pero tampoco es del todo cierto, cuando desde la accesibilidad se refiere a una posibilidad real por así decirlo se dice que los hombres logran conseguirla, están en el poder de adquirirla y no tanto en la contingencia de hacerlo.

¹⁶² Ídem, párrafo 14.

¹⁶³ Ídem, literal iv.

¹⁶⁴ Ídem, párrafo 56.

¹⁶⁵ El término “posible” no tiene aquí el sentido que le dan algunas tendencias como contrapuesto a que realmente se cumple, sino es fuerza, capacidad para que lo que se concibe como tal se actualice como realmente es.

La Defensoría del Pueblo de Colombia¹⁶⁶, basándose en la *Observación 15*, ha establecido sobre esto una serie de obligaciones que el Estado debe cumplir para garantizar la accesibilidad de agua potable. Ellas hacen explícito este rasgo esencial y complementan el sentido que hemos querido atribuir a este concepto aquí:

Abstenerse de generar obstáculos que impliquen la inexistencia de los servicios públicos domiciliarios o impidan su prestación (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-570 de 1.992).

Abstenerse de efectuar aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua (*Observación General No.15*, párrafo 44, literal a).

Abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad (*Observación General No.15*, párrafo 21).

Adoptar medidas para que las zonas rurales y urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación (*Observación General No.15*, párrafo 16, literal c).

Adoptar medidas para que los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos y los repatriados tengan acceso al agua potable si permanecen tanto en campamentos como en zonas urbanas y rurales (*Observación General No.15*, párrafo 16, literal f).

Adoptar medidas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad (*Observación General No.15*, párrafo 23).

Establecer un sistema normativo para garantizar el acceso físico al agua en condiciones de igualdad y a un costo razonable, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento (*Observación General No.15*, párrafo 24).

Velar porque la asignación de los recursos de agua y las inversiones en el sector del agua faciliten el acceso al agua a todos los miembros de la sociedad (*Observación General No.15*, párrafo 15).

¹⁶⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El Derecho Humano al Agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales* citado, pág. 93 a 100.

Adoptar medidas para que se suministre agua salubre suficiente a los grupos que tienen dificultades físicas para acceder al agua, como las personas de edad, las personas con discapacidad, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas propensas a desastres y las que viven en zonas áridas y semiáridas o en pequeñas islas (*Observación General No.15*, párrafo 16 literal h).

Garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar. (*Observación General No.15*, párrafo 37, literal c).

En cuanto a la accesibilidad se ha propuesto como rasgo común garantizar que exista una “cercanía” entre el usuario y la fuente de agua para garantizar su acceso. La adopción de estas medidas está guiada a que el *acceso* a las fuentes de agua potable por parte de la población sea mayor, un acceso efectivo con estándares de calidad, cuestión que no deja de ser una cuestión alarmante y de cuidado infinito.

Smets¹⁶⁷ manifiesta que entre los accesos comentados existen varios caminos para garantizar la accesibilidad, los dos más importantes son la accesibilidad física, en donde señala la imperiosa necesidad de los puntos de suministro de agua, ya que sirven para evitar que los usuarios gasten demasiado tiempo consiguiéndola¹⁶⁸. Dichas instalaciones deben llegar a las partes urbanas y rurales, para evitar algún tipo de discriminación, donde se debe evitar que se formen elites acerca del acceso y servicio en cuanto se refiere al suministro de agua potable, lo cual es bastante recurrente en las sociedades actuales. Como segundo camino fundamental, hace referencia a un precio asequible para todos, pues en la mayoría de los países cuando se establecen tarifas o se anuncia el incremento de ellas se hace tanto en las ciudades como en las zonas rurales, siendo estos últimos los más afectados, pues por lo general carecen de la misma capacidad adquisitiva.

¹⁶⁷ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, citado, pág. 10 a 35.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

Con todo, para este autor esto no significa que el servicio deba ser gratuito, sino que deben establecerse tarifas sociales y progresivas; el caso colombiano es ejemplar en ello, pues se impone el precio de acuerdo al estrato y al consumo de medición (el precio del metro cúbico aumenta con el consumo)¹⁶⁹.

Recordando aquí lo mencionado acerca de las necesidades primarias y sus derechos, donde la distribución no podía responder a la diferenciación de clases o de estratos que hace el Imperialismo cultural, sino que las tarifas del agua deben permitir que toda la población tenga los recursos para pagar los servicios relacionados con este tema, parece que aun cuando se es consciente de ello en los países estratificados, no está correctamente establecida la subordinación y el acceso por parte de las clases bajas pues, en cuanto acceso, es menor y se corren peligros en la sustentación de la vida.

Es claro que las tarifas deben estar dispuestas y controladas para que sea posible la satisfacción y no para que las entidades e instituciones prestadoras de servicios acumulen ganancias. Mas los mecanismos deben responder al criterio de satisfacción y no viceversa, como ha sido el común denominador. Precisamente, el punto del precio accesible es uno de los temas tratados ampliamente, en este estudio se coincide con quienes creen que el criterio de equidad e igualdad es útil a la hora de establecer precios por el consumo de dicho servicio.

Así, pues desde el punto de vista de la accesibilidad en su dimensión económica el derecho al agua vendría acompañado por la obligación de sus titulares de contribuir al coste del servicio, en función de los recursos disponibles para cada uno, a fin de asegurar la perennidad del mismo, así como la obligación de los poderes públicos de vigilar que la cobertura de los costes responda a los objetivos de cohesión social y territorial y, en particular a que el agua necesaria para satisfacer las necesidades vitales de un hogar tenga un precio compatible con sus capacidades financieras¹⁷⁰.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ SALINAS, Sergio, "El Derecho al agua como derecho humano. Contenido Normativo y de Obligaciones de los Estados", en DAUDI, Castillo Mireya, EMIRO, Araujo Antonio y otros, *El Derecho al Agua*, citado, pág. 111.

3. Calidad del agua potable

Este rasgo hace referencia a que “El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre y, por ende, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas; ésta debe ser apta para el consumo humano, libre de este tipo de bacterias o sustancias químicas que afectan su potabilidad. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico”¹⁷¹.

El contenido de este derecho en su calidad, es decir, en las condiciones ya no cualitativas o de acceso, sino las que el elemento de satisfacción debe cumplir es el tercer rasgo para que sea fundamental. La calidad se manifiesta en las “libertades y derechos. Las libertades se relacionan con dos aspectos, de un lado, con el derecho a mantener el acceso a un suministro necesario de agua, para ejercer el derecho al agua, y de otro, con el derecho a no ser objeto de injerencias en el disfrute del derecho”¹⁷².

Respecto a esta problemática la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha enfatizado que el suministro de agua contaminada y no apta para el consumo humano vulnera los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la salud y el ambiente sano. De igual manera, exhorta a las autoridades locales y administrativas a disponer de recursos presupuestales suficientes para garantizar el adecuado suministro del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad exigidos por la Constitución y la ley¹⁷³.

¹⁷¹ En este punto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales remite a los Estados parte a las *guías para la calidad del agua potable* (segunda edición, vols. 1 a 3, Ginebra, 1.993) dadas por la Organización Mundial de la Salud, cuyo propósito es servir de base para la elaboración de normas nacionales que, debidamente aplicadas, aseguren la inocuidad del agua mediante la eliminación o la reducción a una concentración mínima de los componentes peligrosos para la salud. *Observación General N° 15* párrafo 12.

¹⁷² DEFENSORIA DEL PUEBLO, *El Derecho Humano al Agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, citado, pág. 65.

¹⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencias T- 881 de 2002 y T - 410 de 2003.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo Colombia¹⁷⁴, basándose en la *Observación*, fija una serie de obligaciones generales del Estado. Estas son unas de las más importantes:

Abstenerse de contaminar o disminuir los recursos de agua en detrimento de la salud humana (*Observación General No.15*, párrafo 44, literal a).

Proteger los sistemas de distribución de agua de la injerencia indebida, el daño y la destrucción (*Observación General No.15*, párrafo 44, literal b).

Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados (*Observación General No.15*, párrafo 37, literal i).

Ampliar progresivamente unos servicios de saneamiento salubres, en particular a las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas, teniendo en cuenta las necesidades de las mujeres y los niños (*Observación General No.15*, párrafo 29).

Garantizar que todos tengan acceso a servicios de saneamiento adecuado, como mecanismo para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable (*Observación General No.15*, párrafo 29).

En cuanto a la calidad de agua, Smets asegura que deben ser tenidos en cuenta algunos principios básicos: “la ley obliga a distribuir solamente agua, cuya calidad cumpla con las normas de salud pública y los poderes públicos a realizar los controles necesarios. Es así como en derecho comunitario, las colectividades están obligadas a controlar la calidad del agua que se distribuye, a prohibir el consumo de agua sucia e incluso a tomar las medidas correctivas para restablecer la calidad de las aguas”¹⁷⁵.

A esto anterior, es posible además agregar la importancia de determinar con precisión el estado de calidad de agua. Para ello, se debe comprobar mediante análisis químicos realizados por profesionales, para saber si la calidad del agua cumple con los estándares nacionales e internacionales. Esta tarea se dificulta en países menos desarrollados, pues realizar estudios es poco probable por falta de tecnología y los altos

¹⁷⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El Derecho Humano al Agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, citado, pág. 93 a 100.

¹⁷⁵ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, citado, pág. 40.

costes que ellos generan. A pesar de estas dificultades, existen técnicas o indicadores más económicos que tendrían que tenerse en cuenta obligatoriamente, con el fin de evitar problemas de calidad en el agua.

Para garantizar que la calidad del agua sea efectiva en el terreno nacional, los estándares de calidad de este líquido deben estar jerarquizados en torno a la calidad de vida antes que a las disposiciones industriales. Por un lado, son prioritarios aquellos factores que garantizan la sobrevivencia y mejora de vida de la población frente a las necesidades que los intereses de tipo comercial puedan tener. En efecto, los valores de calidad, así como la modificación de reservas de agua potable y estanques en sus propiedades químicas y naturales deben ser orientados primero al uso racional de la población a los cuales han de estar subordinados las actividades industriales, y jamás viceversa. Por otro lado, la determinación misma de los estándares de control de calidad se regularan, sobre todas las cosas, de cara al valor de la calidad de vida, pues como se ha dicho, para que ésta aumente se debe dar el acceso a recursos hídricos de calidad, sobre todo de agua potable. Esto muestra que el derecho al agua está en comunión con el derecho fundamental a la vida, según este último rasgo.

De todas maneras, es necesario recalcar que el sólo establecer estándares de calidad ambiental con respecto al agua no garantiza que ella tenga cero factores de riesgo. La calidad del agua debe ser un valor para el Estado y su fin debe ser el garantizar el derecho humano al ambiente sano sin discriminación. Este criterio requiere, por un lado, que los grandes consumidores de agua den un uso racional y, sobre todo, no contribuyan al detrimento de las aguas nacionales, pues ellos son los que con sus actividades generan más desperdicios y tienen a corto y largo plazo una incidencia más profunda en el agua. Además, la información acerca del estado actual del agua en términos de calidad debe ser correcta y veraz, así como la educación que a la población se le da, pues si estas condiciones son adecuadas, la misma sociedad civil estará en la capacidad de exigir a las entidades prestadores de este servicio, que más allá de prestarse un servicio suficiente esté bien sea preservado y respetado por y para la humanidad.

IV. Capítulo cuarto **El derecho al agua en Colombia**

Aunque no se reconozca de manera expresa el derecho al agua como fundamental dentro de nuestra legislación, sí se ha hecho referencia a ella en diferentes leyes, jurisprudencia de Altas Cortes y en la Constitución. En cuanto al proceso legislativo, también es importante tener en cuenta, los diferentes debates que se dieron como antecedente de dos leyes en particular, pioneras ambas en lo que hoy conocemos como protección y amparo del derecho del agua.

En un segundo momento veremos las iniciativas de algunos organismos e instituciones concretos en el contexto nacional que han luchado desde hace varios años por lograr la constitucionalización del derecho al agua.

1. Protección legal y jurisprudencial

En la parte legal se pueden resaltar dos leyes con sus ponencias, debates y modificaciones. La primera de ellas es la *Ley 142 de 1994*, que establece el régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, ella señala específicamente la prioridad de la atención de necesidades básicas, dando especial énfasis al agua potable y el saneamiento básico. Con esta ley se buscó delimitar, asimismo, las competencias y responsabilidades que se ha de tener en materia de servicios y se estipuló como su propósito garantizar la cobertura, calidad y prestación eficiente de los servicios.

En el Congreso de la República pasaron dos proyectos de ley que dieron paso a la última ley mencionada. El primero de ellos fue el 197 de 1992 del Senado¹⁷⁶; el

¹⁷⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Gaceta del Congreso de la República*, vol. 2 N° 121, La institución, Bogotá, 1993. En ésta se recoge la primera ponencia que es tenida en cuenta para resolución de la ley 142.

segundo, de la Cámara fue el proyecto 183 de 1993¹⁷⁷. En el primero, se resalta que, a diferencia de otros proyectos antecedentes¹⁷⁸, uno de los logros que habrían de alcanzarse con esta ley era el elevar el status del servicio domiciliario de agua potable y alcantarillado, el cual había entrado en deterioro como el sistema en su totalidad, por fallas en la prestación del servicio. Este proyecto buscaba así enfrentar esta crisis, señalando la necesidad de consolidar una definición y lugar especial para cada servicio domiciliario público. La definición correspondiente al agua potable quedó así:

Capítulo II

Definiciones especiales

14.14 Servicio domiciliario de acueducto. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano¹⁷⁹.

A partir de esto, las ponencias determinan, en su título noveno, las normas especiales que la prestación de servicios públicos domiciliarios deben seguir en el orden nacional. Se especifica que existe una prioridad de este servicio; que la generación de aguas y cuencas hidrográficas debe ser prioridad en la *optimización* de los servicios en mención; así como las funciones del Ministerio de Desarrollo (actualmente esto es responsabilidad de la Superintendencia de Servicios Públicos) han de estar guiadas a producir mejores condiciones para los acueductos y recursos de agua y la incorporación de costes especiales en tema del agua como tarea primordial.

De esta ley se puede abstraer las siguientes consecuencias como características de los servicios públicos domiciliarios:

- Los servicios públicos tienen como finalidad la atención de las necesidades de los individuos.

¹⁷⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Gaceta del Congreso de la República*, vol. 3 N° 57 y 61, La institución, Bogotá, 1994.

¹⁷⁸ Proyecto de ley 035 de 1992.

¹⁷⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Gaceta del Congreso de la República*, *Gaceta del congreso* vol. 2 N° 121, La institución, Bogotá, 1993.

- Los bienes o servicios provistos por los servicios públicos domiciliarios pueden utilizarse en ciertas cantidades mensurables, pero el uso o consumo de ciertas cantidades mínimas es indispensable para atender necesidades básicas de las personas.
- La prestación exitosa del servicio depende de la existencia de elementos físicos, de una infraestructura que se asocia con la posibilidad de que el legislador determine con cierta amplitud y cobertura.
- Los bienes y servicios que se proporcionan por medio de los servicios públicos domiciliarios son susceptibles de controles objetivos de calidad y eficiencia.
- Los servicios públicos domiciliarios pueden ofrecerse a la población a través de un régimen tarifario, esto implica onerosidad del servicio.
- La prestación de los servicios públicos domiciliarios puede correr a cargo de empresas, sean estatales, privadas o mixtas¹⁸⁰.

Así las cosas, la *Ley 142 de 1994*¹⁸¹ dispuso en particular la participación de los Usuarios a través de los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios. Sin embargo, no se dieron las pautas para una injerencia directa en las decisiones por parte de los usuarios, ya que éstos sólo podían recomendar,

¹⁸⁰ FERNÁNDEZ, Manuel, *Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución de 1991*, Fundesarrollo, Barranquilla, 2002, pág. 19.

¹⁸¹ Cabe señalar que con base en esta ley se implementaron las siguientes medidas: a La transformación empresarial de los prestadores estatales de servicios públicos en sociedades por acciones – Empresas de Servicios Públicos – ESP – bajo un régimen específico de derecho privado a Se puso fin a los monopolios. y se estableció el régimen de libertad de empresa regulado. a Se definieron las competencias por niveles de gobierno en relación con la planeación y responsabilidad de los servicios por sectores. Los municipios son los responsables por los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, distribución de energía eléctrica y telefonía local. a Se establecieron tres comisiones independientes, una para energía, otra para agua y saneamiento y la tercera para comunicaciones. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) define los criterios que rigen la prestación eficiente del servicio y establece la fórmula para calcular el valor de la tarifa por cada Empresa de Servicios Públicos– ESP a . a Se creó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), un ente regulador multiseccional con amplios poderes de sanción, intervención, monitoreo de desempeño y cumplimiento de la regulación.

proponer y solicitar. Por lo tanto, las Acciones Públicas y Populares no permitían exigir la concreción de los derechos y la aplicación de las sanciones al mal servicio, llegando a la absolución en muchos casos por falta de la reglamentación en la Constitución, y que se establece tangencialmente en esta Ley, que se dispuso para organizar formas y sistemas de participación ciudadana que permitieran vigilar la gestión Pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos.

En este sentido, en Colombia se presentaba una “incomunicación” entre el modelo o los mecanismos para optimizar el servicio de las instituciones que lo prestan y la participación de los usuarios. La intervención de los usuarios y de todo mecanismo de participación quedaba, en las discusiones, relegada y presentaba muchas deficiencias en esta ley. El factor determinante de este fenómeno era que la intervención se daba de manera indirecta: la ciudadanía podía opinar en el problema de los servicios públicos domiciliarios, pero eran insuficientes los procesos y mecanismos destinados para atender a sus necesidades. Este tema pasó a ser considerado de manera más amplia y mejor en regulaciones posteriores como se verá.

La segunda legislación a examinar es la *Ley 472 de 1998*, que tiene por objeto regular las acciones populares¹⁸² y de grupo¹⁸³ que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. A diferencia de la anterior ley, ésta fue ampliamente discutida en el congreso en dos debates. Los proyectos de ley que dieron paso a ésta fueron el 5, 24 y 85 del año 1995, los cuales terminan por resumirse en el proyecto 10 de 1996, debatido en senado y cámara en 1997.

Estas acciones estaban ya contempladas en Código Civil y otros cuerpos legales de 1982 y 1985 antes de ser positivadas en la actual Constitución, lo cual muestra que eran un elemento constitutivo de nuestra legalidad. Sin embargo, no se las conocía con

¹⁸² Artículo 2: Acciones Populares, son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. (...) Se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas al estado anterior cuando fuere posible.

¹⁸³ Artículo 3: Acciones de Grupo, son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

dicho nombre y su reglamentación en comparación con la que examinaremos no es completa y suficiente. En efecto, por un lado, los procedimientos por los que se debían guiar las peticiones y demás acciones no estaban condensadas y su conocimiento era disperso además de poco claros; por otro lado, no sólo el *modus operandi* era oscuro, sino que muchas de las instituciones procedían ignorándolas, actuando de manera arbitraria.

Otro de estos antecedentes es el artículo 3466 de 1982, que se conocía como el ‘Estatuto del consumidor’, el cual sintetiza las acciones que puede acometer el consumidor tras una violación en la prestación del servicio. El objeto de este artículo era cómo debía ser el cobro de indemnizaciones dadas tras la violación de las disposiciones legales que debían favorecer y proteger al consumidor. Mas la verdadera significación de estas acciones en el campo de los servicios y demás sólo cobró su status tras su constitucionalización¹⁸⁴.

Con los proyectos de ley antes mencionados, las acciones de grupo pasaron a estar orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personas¹⁸⁵. Esto tuvo una amplia incidencia en el cómo se pensaba la relación entre usuario y prestador de servicio, pues la vulneración o desconocimiento que sufrían los derechos de los usuarios producía agravios que parecían justificados antes de esta normatividad.

Es además importante señalar que históricamente esta ley representó un avance en la medida en que se reconoció la titularidad de los derechos de los usuarios pertenecían dentro de la categoría de derechos colectivos, los cuales son tenidos en cuenta en las reformas y debates constitucionales por su carácter supraindividual. Asimismo esta reforma dio el orden a lo estipulado en la Constitución y que antes estaba disperso en diferentes instrumentos y documentos.

¹⁸⁴ SARMIENTO PALACIO, Germán, *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*, Banco de la República, Bogotá, 1988, pág. 16 y ss.

¹⁸⁵ Artículo 1 de la Ley 472 de 1998.

A partir de estos avances se establece que ha de buscarse la promoción de los medios que la sociedad civil tiene para reclamar al Gobierno de manera adecuada que el derecho al agua sea satisfecho. Con fundamento jurídico en esta ley, varios casos de reclamación del derecho al acceso al agua potable se han protegido, aduciendo la vulneración de derechos¹⁸⁶ tales como: acceso a servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna y el derecho al medio ambiente sano y a la salubridad pública. Las acciones populares colectivas dan, en conclusión, efectividad al derecho al agua desde esta dimensión social que antes en Colombia era suprimida.

Cabe mencionar brevemente, respecto a las acciones populares en materia de agua, el Consejo de Estado¹⁸⁷ que en varios de sus pronunciamientos ha manifestado lo siguiente:

- El agua no potable de la mayoría de los municipios de Colombia, por lo general, provienen de dos vías: la primera, de un sistema inadecuado del acueducto que no contiene clorificación de las aguas, y la segunda, proviene de las vertientes del alcantarillado de aguas negras. Cuando una de estas dos condiciones se presenta, existe efectivamente la vulneración de los derechos colectivos al acceso a una infraestructura de servicios públicos que garantice la salubridad pública, a la seguridad y salubridad pública y a un medio ambiente sano, que deben ser protegidos para evitar

¹⁸⁶ Los derechos colectivos consagrados en la citada ley son: El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; La moralidad administrativa; La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; La defensa del patrimonio público; La defensa del patrimonio cultural de la Nación; La seguridad y salubridad públicas; El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; La libre competencia económica; El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; Los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia (artículo 4).

¹⁸⁷ De acuerdo a lo preceptuado en la Ley 472 de 1998, son competentes para conocer y decidir las acciones populares y de grupo, en primera instancia, los Tribunales Administrativos, y, en segunda instancia el Consejo de Estado.

también la vulneración de derechos fundamentales como la vida o la salud.

- Cuando en un municipio se pruebe que no se cuenta con un mecanismo de aguas residuales de alcantarillado y por ello se vea afectado el servicio público al agua potable, se conmina a las autoridades locales competentes en un término prudencial y perentorio, a realizar las respectivas obras que, en la mayoría de los casos, se resumen en los siguientes trabajos: montaje de desinfección del agua, dotación de plantas de laboratorio con instalaciones y equipos necesarios, implementación del montaje de dosificadores continuos, dotación de la planta de energía eléctrica, con miras a regular la calidad de agua potable que se suministra a toda la comunidad para el consumo.
- En cuanto a la suspensión de servicios por periodos de tiempo prolongados, o por periodos cortos pero persistentes, el Consejo de Estado ha ordenado a las empresas prestadoras del servicio que deben restablecerlo lo más pronto posible, siendo obligatorio el suministro de agua de forma continua e ininterrumpida; en los casos donde se suspenda el servicio por realización de obras en la localidad, se lo restablezca a penas se termine con ellas, para no afectar a la comunidad¹⁸⁸.

Actualmente existen diversas posiciones respecto a estos pronunciamientos. En opinión de un sector de la doctrina, el derecho de acceso al agua potable debe ser considerado como un derecho autónomo y, como tal, debe ser reconocido de manera positiva¹⁸⁹; pues en países ceñidos a la ley y la Constitución, como lo es Colombia, se requiere de la positivización para que un derecho humano pueda ser exigible. Por otro lado, algunos operadores jurídicos, consideran, uno, que el acceso al agua es un simple servicio público, cuya única función está encargada a la normatividad relativa a la

¹⁸⁸ Véase: CONSEJO DE ESTADO, Sentencias 2000 3518 de septiembre 14 de 2001; 2001 0931 de julio 22 de 2002; 2001 0946 de junio 20 de 2002; 2000 3011 de julio 19 de 2002; 2001 3845 de agosto 29 de 2002, entre otras.

¹⁸⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El Derecho Humano al Agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, citado, pág. 8.

protección de consumidores y usuarios; y dos, el agua está más que garantizada cuando se habla de derechos fundamentales como la vida o la salud, o derechos colectivos como medio ambiente y salubridad pública.

Sin embargo, no son pocas las variaciones del marco legislativo y jurisprudencial que se ha ido dando, mas para nuestro propósito basta con lo anterior.

Pasemos a comentar el estado del derecho al agua en materia constitucional colombiana, que nos parece menor comparado al jurisprudencial y normativo internacional.

2. Protección Constitucional

En la carta fundamental se puede constatar que el derecho al agua potable y saneamiento básico se encuentra amparado en la parte de derechos económicos, sociales y culturales; en los derechos colectivos, en la parte de servicios públicos domiciliarios y dentro de las finalidades esenciales del Estado. Asimismo, determina el texto constitucional que los mecanismos de protección de este derecho consagrados son las acciones populares, acciones de grupo y, de manera excepcional, la acción de tutela (de manera similar ésta última, es planteado el recurso de amparo en España).

Así lo ha afirmado la Corte Constitucional, que tomando como referencia el derecho a la salud y a la vida, ha admitido de forma excepcional la acción de tutela¹⁹⁰, señalando que “Cuando el servicio de acueducto que presta el municipio en forma directa, o a través de particulares, afecta en *forma evidente e eminente los derechos fundamentales a la vida y a la salud* de quienes se benefician de él, bien por su prestación deficiente o por contener elementos que no permitan su consumo, deben ser protegidos a través de la acción de tutela”¹⁹¹.

¹⁹⁰ A lo largo de este trabajo se ha afirmado que la Corte Constitucional Colombiana, solo ha admitido acciones de tutela (amparo en España) en favor del agua, cuando viene vinculado por conexidad con otra serie de derechos fundamentales, tales como: la vida, la salud, y de derechos colectivos, como: el de medio ambiente, salubridad pública, entre otros.

¹⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-092 de 1995 (letra cursiva mía).

De esta manera, se complementa y se articula el derecho a este líquido vital como componente del derecho al medio ambiente sano¹⁹². Por ende, su conservación, protección y optimización debe estar integrada como una de las finalidades social del Estado, cuyo objetivo es la solución de necesidades insatisfechas como el agua potable¹⁹³. Al respecto el Tribunal Constitucional ha manifestado que: “*El agua en cualquiera de sus estados es un recurso natural que forma parte del llamado ambiente natural o entorno, el cual resulta insustituible para el mantenimiento de la salud y para asegurar la vida del ser humano, aparte de que es un elemento necesario para la realización de un sinnúmero de actividades útiles para el hombre*”¹⁹⁴.

“*De ahí que el derecho al agua, como se ha dicho, deba ser considerado como “un elemento esencial del ambiente”*”¹⁹⁵. Pero, esto no quiere decir otra cosa que su preservación, conservación, uso y manejo que es el mismo que el derecho de todas las personas a un ambiente sano. La conservación de las aguas, su aptitud, disponibilidad y suficiencia para el consumo humano se consideran como esenciales en tanto aseguran otros derechos fundamentales como los de la salud y la vida y aquellos que se derivan de éstos.

Bajo el derecho al medio ambiente, la Constitución en su artículo 80 le asigna al Estado la obligación de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental procurando la utilización racional de los recursos naturales, entre los cuales se encuentran el agua y el suelo, con el fin de garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución: a nuestra consideración este hecho.

¹⁹² Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que pueda afectarlo. Es 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 estos fines.

¹⁹³ Art. 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

¹⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T -379 de 1995 (letra cursiva mía).

¹⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, *ibídem*.

De la misma manera en que se ha relacionado el agua con derechos como la salud y el medio ambiente, también se lo ha relacionado con el derecho colectivo a la salubridad pública. Cabe mencionar que la Corte Constitucional ha intervenido cuando hay un derecho colectivo en conexidad con derechos fundamentales. Bajo este postulado, ella “ha admitido que el juez de tutela pueda ordenar determinadas obras, cuando ellas resultan indiscutiblemente necesarias, para prevenir o restablecer derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la afectación de un *derecho colectivo como la salubridad pública y el agua potable*. Sin embargo, esa facultad también debe tener en cuenta las posibilidades reales de cumplimiento de la decisión judicial, toda vez que existe una normatividad constitucional y legal en materia de gasto, distribución presupuestal y contratación que no puede desconocerse”¹⁹⁶.

En cuanto al acceso del agua potable como servicio público, este derecho encuentra su respaldo en los artículos 365 y siguientes del texto constitucional, los cuales desarrollan la noción de servicios públicos y la obligación del Estado de asegurar su prestación eficiente. Este articulado, se complementa con lo dicho por la Corte Constitucional que con relación a dichos servicios (agua potable, acueducto, alcantarillado, etc.), ha señalado que: “Los servicios públicos son instrumentos que le permiten al Estado alcanzar el ideal de justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva, bien sea que los preste directa o indirectamente, o que autorice a los particulares para hacerlo, en todo caso siempre serán su responsabilidad”¹⁹⁷.

Siguiendo con este lineamiento, en otra de sus sentencias el Tribunal Constitucional ha reconocido 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 derecho¹⁹⁸.

Por último, se añaden los artículos 368 y 369 de la Constitución, donde se identifican los derechos y deberes de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, consagrando también, la posibilidad de conceder subsidios para que las

¹⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 1452 de 2000. (letra cursiva mía).

¹⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 578 de 1998.

¹⁹⁸ Véase: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 410 de 2003.

personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas y la posibilidad de que las usemos.

Además se señala que los Usuarios pueden participar en la gestión y fiscalización de las Empresas Estatales que prestan Servicios Públicos, sin que intervengan Autoridades Públicas que los escojan.

Finalmente, la Corte Constitucional ha reconocido que la regla general para la protección del derecho al agua es la acción popular, toda vez que este derecho se encuentra vinculado con los derechos colectivos, de manera excepcional, se puede instaurar la acción de tutela cuando amenace derechos fundamentales¹⁹⁹.

Este marco constitucional legislativo no cierra las discusiones ni las acciones que frente a las actuales condiciones del derecho al agua presenta la actualidad colombiana, en cambio, nos aparece una serie de problemas y desafíos que han venido siendo enfrentados de manera particular, y que queremos ahora llamar la atención.

3. ¿Porqué el derecho al agua debe consagrarse como derecho fundamental en la Constitución Colombiana?

A pesar de que existen no pocas tesis defensoras del derecho al agua como fundamental, este derecho no es respetado y no se cumple de facto al no estar reconocido explícitamente como fundamental en la Constitución Colombiana.

Lastimosamente, son pocos los datos que muestran un cambio y mejoría, al menos podemos citar las cifras del departamento de Antioquia²⁰⁰ como un pequeño avance. Sin embargo, a nivel general se necesitan mayores esfuerzos de todas las entidades para alcanzar una mayor cobertura y calidad en la prestación. Son más los inconvenientes y desafíos que existen y que deberían resolverse como uno de los componentes a tener en cuenta para subsanar, que los progresos.

¹⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencias T-598 de 1992, T-366 de 1993, T-171 de 1994, T-162 de 1995.

²⁰⁰ SANTOS, Alejandro, (Director), “El poder paisa <<Bebida Sana>>”, *Revista Semana*, edición especial, Bogotá, 2007. “En 2003, apenas 24 cabeceras municipales de 125 lo tenían, lo que quiere decir que alrededor de 2’200.000 personas estaban bebiendo aguas que no pasaron por tratamiento alguno. La situación sin embargo, empezó a mostrar avances. En 2004, ya eran 42 las cabeceras con agua potable; en 2005, 59; y en 2006, 71. (...) Aún así, todavía hay 34 municipios con agua impotable”.

Sin embargo, el aspecto vinculador que posee el derecho humano al agua se ha visto evidentemente ratificado en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al cual se vincula nuestra nación a partir del artículo 93 de la Constitución Política actual. Por tanto, Colombia al ser un Estado parte de dicho pacto es responsable de las obligaciones que ha adquirido como tal; una de las ya mentadas es la Observación N° 15, en la que se reconoce la existencia del derecho humano al agua y se resalta su importancia para la realización de otros derechos, por ello este Estado y todas sus instituciones deberán acoger dicha responsabilidad, a saber, hacer respetar el derecho humano al agua.

Bajo esta perspectiva, se ha llamado al Referendo Constitucional para consagrar el derecho humano fundamental al agua potable, como un mínimo vital gratuito, en la gestión indelegable directa del agua y de protección especial para los ecosistemas esenciales para el ciclo hídrico. Podemos resumir sus motivos de la siguiente manera:

La protección al agua debe ser garantizada por el Estado puesto que éste es un bien esencial para la vida de todas las especies y generaciones presentes y futuras, debe ser reconocido común bien común y público:

TITULO II CAPITULO I DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Artículo nuevo

El acceso al agua potable es un derecho humano fundamental. El Estado tiene la obligación de suministrar agua potable suficiente a todas las personas, sin discriminación alguna y con equidad de género. Se debe garantizar un mínimo vital gratuito.²⁰¹

Este tipo de proyecto reformativo de la Constitución nacional que se está proponiendo, se ve sustentado y a su vez impulsado no simplemente por los instrumentos a los que la nación colombiana es adscrita, sino que también por un sinnúmero de ciudadanos y ciudadanas que votaron por dicho cambio. Este número de doscientos mil ciudadanos y ciudadanas, supera el censo electoral que es necesario según la Ley 134 de 1994; así se puede ver que la propuesta de consagrar en la Constitución Nacional el acceso al agua potable como un derecho humano fundamental está respaldada, y se suma al espectro

²⁰¹ ECOFONDO. El agua: un derecho fundamental. 2 millones de firmas por el agua. Memorial del referendo por el agua. Edición digital Corporación Ecofondo, en www.ecofondo.org.

participativo de otras normas tendientes a respaldar al agua como derecho de forma coherente e integral. Es probable, por ello, que al momento en que la exposición de motivos recién citada llegue al Congreso de la República, para que este decida la convocatoria del Referendo, más de 1.400.000 colombianos, el 5% del censo electoral, habrán firmado en apoyo a esta iniciativa como lo exige la Ley.

De igual manera, otro componente que debe ser estudiado es el abuso por parte de los prestadores del servicio; en primera medida, son los costes elevados; pese a que Colombia maneja un sistema de tarifas diferenciado, en donde se tiene en cuenta la situación económica de los usuarios y se cree establecer los estratos de manera adecuada²⁰², se establece una tarifa de consumo injusta, por lo cual los costes no responden a la realidad social. Para determinados sectores de la población, esta tarificación no es del todo equitativa, ya que a pesar de existir un subsidio para estratos bajos, el ingreso mínimo de los habitantes no alcanza, en algunos casos, a realizar el pago de los recibos por la prestación del servicio.

La segunda medida, consiste en la suspensión del servicio cuando no se han cancelado los recibos pertinentes. Esta situación ha llevado a los consumidores a entablar diversos mecanismos de protección de los derechos, pues primero acuden a la acción popular, si ésta no prospera, o el caso es de mayor gravedad llegando afectar el derecho a la vida o la salud, éstos acuden a la acción de tutela (o de amparo en otros países)²⁰³. Este fenómeno genera mayores traumatismos, pues los accionantes tienen que padecer tiempos interminables mientras la justicia decide, desgastando el aparato judicial con la cantidad de acciones que se interponen para lograr el restablecimiento del derecho.

Otro inconveniente a tener en cuenta, cuya responsabilidad recae en el Estado y en particulares encargados de la prestación del servicio, es la cobertura. Como es

²⁰² Los estratos van de 1 a 6, siendo este último el de más alto nivel. El estrato 1 recibe un subsidio estatal.

²⁰³ De acuerdo a estudios realizados en la Defensoría del Pueblo a Colombia, en el año 2006, se han realizado tutelas (recurso de amparo en España), y se han interpuesto revisiones de tutelas encaminadas a la protección del derecho a la vida y a la salud, en casos donde la suspensión del agua, pesa sobre casas habitadas por personas enfermas, niños, adultos mayores, entre otros. De igual manera, se han interpuesto acciones, con fundamento en la protección de la vida, del medio ambiente sano, de la salud, cuando en ciertas poblaciones se carece de acueducto y alcantarillado o cuando se presentan deficiencias en la calidad del suministro del agua.

sabido, algunos Estados argumentan que los altos costes de la instalación de acueductos y alcantarillados no permiten una mayor cobertura, de esta forma justifican la carencia de este derecho o su mala prestación. Precisamente, atendiendo a este punto, en el inicio de esta investigación se propone que el agua no sea gratuita, pero que su cobro sea equitativo. Para ello, en algunos países se propone que los estratos altos colaboren con los estratos bajos o que, de acuerdo a un censo, se subsidie a cierta parte de la población. Pero el precio no puede ser una excusa para que los poderes públicos no cumplan con las obligaciones a este respecto.

Existen muchas medidas que ayudan a que este derecho se cumpla efectivamente, pero a causa de la dispersión de normas, los vacíos existentes, y, en el caso colombiano, el hecho de que este derecho no esté consagrado como fundamental en la Constitución, hace que los poderes públicos no reconozcan la importancia de construir políticas o programas a favor del cumplimiento, promoción y protección de este derecho tan esencial. Pues como lo vimos anteriormente, se presentan excusas por la carencia de recursos económicos o se decide hacer paulatinamente, que en términos prácticos significa, lentamente o nunca, con la excusa de que las obras se deben hacer de acuerdo a lo presupuestado.

Asimismo, se puede mencionar que los derechos humanos siempre han estado asociados a la condición especial de cada ser, su dignidad. De esta, se desprenden un sinnúmero de libertades y derechos que en conjunto buscan salvaguardar la esencia de cada hombre y cada mujer, poniendo en algunos casos límites, obligaciones y deberes al Estado y a los demás sujetos que conviven dentro de una comunidad. Por ello se buscó su consagración expresa como tales a través de declaraciones universales y de normas de obligatoria observancia y respeto, para lograr una mayor garantía y protección.

Por esta característica, el tema de los derechos humanos fundamentales va más allá de los modelos políticos y jurídicos creados por las sociedades organizadas; es un asunto de esencia, de naturaleza, que no debería supeditarse a la elaboración previa de un mandato normativo, pues su existencia es simultánea con la vida misma, pero atendiendo al caso colombiano, un país de leyes, es necesaria su inclusión expresa en un mandato constitucional.

En esta media, el agua por ser esencial para los seres humanos se encuentra íntimamente relacionada, como vimos en cuanto a su acceso, suministro y potabilidad al desarrollo de la vida en condiciones dignas. La carencia del líquido, la falta de un abastecimiento continuo para los usos personales y domésticos; la negación a su acceso por razones de sexo, raza, edad, condición social o por factores de tipo económico; sus usos no adecuados a las prácticas y costumbres de las comunidades, y su insalubridad, son factores que atentan directamente contra la vida de las personas y de las poblaciones.

En este sentido, el líquido debe ser garantizado en todos estos aspectos, pues su negación por acción u omisión, o por falta de acciones positivas del Estado para su garantía, clara y ostensiblemente atentan contra la dignidad de todos los seres humanos sin distinción alguna.

No son pocas las circunstancias que nos muestran en el ámbito nacional que este líquido no puede ser concebido como un simple compuesto orgánico químico, ni como un sustrato importante para la elaboración de estrategias, ni como un recurso natural renovable, menos como un bien comercial, ni exclusivamente como bien económico.

Todas estas elaboraciones han permitido que, en algunos casos en la elaboración de políticas públicas y de marcos normativos que no comportan una visión humana, social y sostenible, la relación entre seres humanos y el agua sea perjudicial tanto para uno como para el otro.

Por tales razones y ante las vicisitudes que permean hoy a las sociedades en los temas relacionados con el agua, se comienza a buscar que la exigibilidad del derecho humano al acceso y suministro del líquido, aunado a otras consideraciones relacionadas con las malas prácticas adoptadas tanto por las comunidades como por los propios Estados en relación con ella, sean superadas en proyectos legislativos concretos.

Las razones antes expuestas llevaron a varios Estados del mundo entre ellos Colombia, a reconocer en diversas normas de rango internacional su carácter de derecho humano fundamental, de manera explícita o implícita, una muestra de ello es el conjunto de mandatos que hacen parte del bloque constitucional colombiano que tienen una referencia al agua, en ocasiones de manera directa y autónoma, en otras asociada a

las condiciones de vida adecuadas, a otros derechos humanos fundamentales, a los prestacionales o a los colectivos y medio – ambientales.

Es insoslayable que en el marco jurídico colombiano que regula el agua en diversas áreas y acepciones el tema todavía no ha sido tratado explícitamente. Si bien el Ordenamiento jurídico colombiano regula el agua desde diversas áreas y acepciones que en varios casos concuerdan entre sí. La Carta Política de los colombianos, por ejemplo, no trae una remisión expresa al agua como derecho humano fundamental. Para entender esta problemática se debe referir más bien a lugares implícitos, tales como el darle un estatus de elemento constitutivo del Estado (artículo 101 y 102), como riqueza natural de la nación (artículo 8), servicio público domiciliario (artículo 48) y ambiental (artículo 49), y derecho colectivo y del ambiente (artículo 79), pero en ninguna de estas disposiciones se consagra su importancia fundamental para el desarrollo de la vida de los seres humanos, ni se establece el derecho fundamental a acceder al agua potable como tampoco la obligación correlativa del Estado de suministrarla.

La vía hasta ahora más usada se la conoce como “bloque de constitucionalidad”, la cual paso a discusiones sobre la exigibilidad y el reconocimiento de este derecho humano en Colombia. En este ámbito, la Corte Constitucional a partir de la teoría del bloque, interpreta, integra y hace extensivos los derechos humanos y sus garantías sustanciales a favor de las personas. Con respecto a éste específico derecho y al bloque de constitucionalidad se pronunció en la sentencia T- 270 de 2007 expresando lo siguiente:

Adicionalmente, la Sala considera necesario recordar que por mandato constitucional, i) los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretan de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, ii) El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales hace parte del bloque de constitucionalidad, ampliando el espectro de protección por vía de tutela de los derechos fundamentales, iii) las observaciones efectuadas por el órgano competente, esto es, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se constituyen en criterio válido de interpretación del Pacto, cumpliendo así una función de complementariedad del marco normativo de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados; iv) los Estados partes del Pacto “tienen la obligación especial de facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes”, y v) que en el numeral 27 de la Observación comentada, el Comité indicó como mecanismo idóneo para garantizar la asequibilidad de la población al agua por parte de “los Estados Partes (...)” la adopción de “(...)políticas adecuadas

en materia de precios; como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo (...).²⁰⁴

Es también pertinente resaltar, aparte de la gestión de la Corte Constitucional, la importancia del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las normas que éste remitía al derecho al agua (artículos 11 y 12), llevando con un mayor énfasis la interpretación; asimismo la gestión que de este instrumento hizo el Comité encargado en el mes de noviembre de 2002 reconociendo de manera expresa el derecho humano fundamental al agua. Este organismo no sólo realizó dicho pronunciamiento, sino que consagró una serie de elementos que lo postulan como la entidad que vigile controle la suficiencia de este recurso en cuanto a la cantidad y continuidad del agua, la accesibilidad referida al costo del servicio y a las condiciones físicas, económicas, de información y no discriminación, así como la calidad ligada a la salubridad.

Si bien la muy reciente sentencia antes citada expresa con toda claridad el reconocimiento del derecho fundamental al agua potable, no es la primera ocasión en que la Corte Constitucional hace tal pronunciamiento, pocos años después de su creación había expresado:

El derecho al agua, para el uso de las personas, en cuanto contribuye a la salud, a la salubridad pública, y, en últimas, a la vida, SI es un derecho fundamental y que, por el contrario, NO lo es cuando se destina a la explotación agropecuaria o a un terreno deshabitado. Sin agua no se puede vivir, luego lo lógico es que un acueducto construido para uso domiciliario del líquido debe tener preferencialmente tal destinación.²⁰⁵

Luego, en 2003, la misma Corte señaló:

Sin agua no hay vida. Por ende, el servicio público de acueducto tiene como finalidad la satisfacción de necesidades vitales de las personas, lo que exige, naturalmente, el suministro de agua apta para el consumo humano pues no podrá considerarse que el servicio se presta con el mero transporte del líquido, sin aplicarle ningún tipo de tratamiento cuando no reúne las condiciones físicas, químicas y bacteriológicas mínimas exigidas para su uso, sin que ponga en riesgo la salud y la vida de sus consumidores. Así entonces, según lo expuesto, el agua

²⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T- 270 de 2007.

²⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-413 de 1995.

potable constituye un derecho constitucional fundamental cuando está destinada para el consumo humano, pues es indispensable para la vida.²⁰⁶

Sin embargo, estos avances y otros que pueden ser destacados en materia de interpretación por parte de la Corte Constitucional sobre legislación interna y bloque de constitucionalidad, son insuficientes si se menciona que por naturaleza los fallos de tutela sólo tienen efecto entre las partes involucradas y no sobre la población en general.

Por tanto la garantía del agua como derecho humano está supeditada en la actualidad a una interpretación judicial adecuada que no en todos los casos se aplica, y presupone la interposición por las personas afectadas de las acciones de tutela, que como se advierte no en todos los casos prosperan o son admitidas. Además, la tutela es una vía excepcional y teniendo en cuenta los pronunciamientos relacionados que apuntan a una situación en la cual este derecho este plenamente garantizado y no sólo reconocido en casos extremos, lo lógico es reconocerlo de manera explícita y plena mediante su consagración en la Constitución. La Corte Constitucional ha establecido tres características o criterios que se deben cumplir para hablar del carácter fundamental de un derecho, a saber, la conexión directa con un principio, la eficacia directa y el contenido esencial.

Es claro que el agua, para el ser humano en lo que tiene que ver con su acceso y suministro, tiene relación directa con el primer principio plasmado en la Carta Política, que cimienta el Estado colombiano en la dignidad humana; además, el agua es esencial para la vida, y como la misma corporación lo indica, no sólo entendida biológicamente sino en condiciones adecuadas, en condiciones dignas; la presencia del agua es indispensable para el libre desarrollo de la personalidad, para alcanzar el más alto nivel de salud física y mental, para disfrutar de un medio ambiente sano y sostenible, y para lograr los propósitos sociales de un Estado social y democrático de derecho. Si bien esta condición se cumple en relación con los principios que consagra la Constitución se vería indudablemente ampliada al incluirse el que proponemos en el capítulo anterior de esta exposición de motivos.

El derecho al acceso al agua cumple con el criterio de eficacia directa, pues su protección se deriva de la aplicación armónica y conjunta de varios principios y

²⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T- 410 de 2003

derechos de rango constitucional, como la dignidad humana, la promoción de la prosperidad general, la vida, la integridad física y la salud entre otros. Del texto constitucional se derivan deberes positivos y negativos tanto para el Estado como para los ciudadanos y ciudadanas en los temas relacionados con el agua.

En lo relacionado con su contenido esencial o mínimo irreductible, tenemos que el acceso y suministro de agua potable para suplir las necesidades básicas más apremiantes, es un asunto de vital importancia para todos los seres humanos, que no puede ser trastocado por el legislador, ni estar sujeto a interpretaciones o coyunturas políticas.

Así las cosas se puede precisar que el agua es una sustancia vital; y que su acceso, suministro y accesibilidad para los seres humanos, se tornan en condiciones sin las cuales es imposible hablar de dignidad. De ahí deviene precisamente su carácter fundamental, y por lo tanto, ante las diferentes vulneraciones y afecciones que hoy atentan contra estos presupuestos, se hace indiscutible su reivindicación y demanda a partir de esas características que la hacen esencial para las personas, y a través de la solicitud o exigencia de su consagración expresa en pro de la garantía y protección en términos universales.

Finalmente, la plena realización de este derecho implica condiciones adecuadas de disponibilidad, calidad y accesibilidad, nociones desarrolladas en la Observación 15 del Comité de DESC, tantas veces citada. Por todos los anteriores motivos, una vez más, creemos que es necesaria la inclusión de este derecho como un derecho autónomo y fundamental, reconocido en la norma constitucional, sin dejar de lado el que existen más caminos por recorrer, pero para iniciar, este sería el primer paso.

4. Instituciones y Movimientos sociales a favor del derecho fundamental al agua

Para finalizar este trabajo de investigación y para sustentar los motivos por los cuales se han gestado movimientos sociales a favor del derecho fundamental al agua, cabe traer a colación lo manifestado por Doyal y Gough, “La optimización de la satisfacción de necesidades solo predominará cuando el Estado se vea limitado a actuar

de forma que persiga los objetivos relacionados con la necesidad. Nuestra hipótesis es que estos objetivos solo se perseguirán mediante la constante movilización de ciudadanos dentro de amplios movimientos sociales que den prioridad a la satisfacción óptima de necesidades²⁰⁷.

En la mayoría de los casos, por lo menos en países latinoamericanos, donde se ha consagrado el mencionado derecho, ha sido gracias a la lucha constante de movimientos sociales, de organizaciones no gubernamentales y de instituciones encargadas de velar por los derechos humanos.

En el caso colombiano, las iniciativas fueron promovidas por un lado, por parte de la Defensoría del Pueblo, institución adscrita al Ministerio Público encargada de la protección, promoción y divulgación de los derechos humanos y, por el otro lado, Ecofondo, que es una corporación que reúne a más de 130 organizaciones ambientales no gubernamentales.

4.1. Propuesta Defensoría del Pueblo-Colombia

La Defensoría del Pueblo colombiana, desde hace varios años, ha manifestado especial interés por el tema del agua, sin embargo hasta febrero del año pasado se conformó el Comité Nacional de Defensa del Agua, cuyos propósitos han sido los siguientes:

El primero consistió en elaborar una publicación denominada *El Derecho Humano al Agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, documento que ha sido estudiado en este trabajo y que de forma muy completa analiza el estado actual de dicho derecho en el marco jurídico nacional e internacional, con base en éste se elaboraron indicadores del estado del agua en diferentes regiones del país.

El segundo propósito se encaminó a realizar y a radicar un proyecto de ley ante el Congreso de la República, que consagró al agua como un derecho autónomo, social y fundamental, imponiendo al Estado una serie de obligaciones, con el fin de garantizar

²⁰⁷ DOYAL, Len, GOUGH, Ian, *Una teoría de las Necesidades Humanas*, citado, pág. 355.

a cada ser humano una cantidad mínima de agua o “Mínimo Vital” de buena calidad y suficiente para la vida y la salud, es decir, la satisfacción de las necesidades básicas como la bebida, la preparación de alimentos, la higiene, la producción de cultivos de subsistencia y las prácticas culturales.

De igual manera, con el objetivo de hacer efectivo el derecho humano al agua, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad, se plasmaron las ideas de garantizar la sostenibilidad del recurso; se determinaron los principios, lineamientos y criterios que orientan la política pública que el Estado debe diseñar y ejecutar; se fijaron los instrumentos y mecanismos de intervención; se definió un Plan Nacional de Acción del Agua, el cual deberá articularse con el Plan Nacional de Desarrollo; se diseñaron e implementaron un programa de seguimiento y evaluación de las políticas públicas; se establecieron las responsabilidades y competencias del Estado y de los particulares en relación con el Derecho Humano al Agua, entre otros.

En este mismo proyecto, la Defensoría del Pueblo, respecto al Estado y a los prestadores del servicio -incluidos los particulares-, señala que éstos deben suministrar agua segura o apta para el consumo humano, lo cual implica que esta calidad debe darse desde la salida de la planta y en la red. Pero esta obligación no se agota allí, también les corresponde educar a los usuarios en el uso y mantenimiento de los sistemas domésticos de almacenaje en condiciones higiénicas y sanitarias que les garantice el consumo de agua segura.

Por otro lado, como un punto dentro del proyecto de ley presentado, se señala que los recursos públicos para agua potable y saneamiento básico no podrán destinarse para otro propósito, ni serán embargables. Es así como se proponen mecanismos a fin de que las autoridades y los particulares respondan por el cumplimiento de los preceptos relacionados con la destinación prioritaria en materia de agua, fijada en la Constitución.

También se manifiesta la necesidad de asignación de recursos para subsidios en materia de agua, y en particular, lo relacionado con la creación e implementación de Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, con el fin de ayudar a los usuarios con recursos escasos.

Bajo este esquema, se señaló la importancia de conocer las cinco categorías desde las cuales el agua debe ser abordada. Las categorías son las siguientes:

1. Bien de uso público, el agua debe ser reconocida como tal, pues es perteneciente a la Nación, inembargable, imprescriptible e inalienable.
2. Bien cultural, el agua constituye un elemento identificador de las culturas, por lo que su uso debe realizarse de acuerdo con las costumbres ancestrales.
3. Bien ambiental, el agua es el sustento de la vida presente y futura, su conservación involucra el derecho a la vida.
4. Bien social, el agua forma parte del patrimonio de todos por su carácter indispensable para la vida y la salud.
5. Bien económico, por su carácter escaso, el agua es un bien económico. El acceso al recurso deberá ser asequible física y económicamente, para ello es necesario contar con los instrumentos adecuados para que todos los habitantes, especialmente las personas de menores ingresos, puedan pagar los servicios públicos que consumen. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos.

Como última estrategia, en varias ciudades en donde la mencionada institución tiene presencia, se realizaron y se siguen realizando foros, conversatorios y audiencias defensoriales, con participación de varios expertos nacionales e internacionales, en donde se ha evidenciado que Colombia es un país afortunado, a nivel mundial, en términos de la disponibilidad de agua por habitante y por unidad de superficie, pero lastimosamente el recurso se está degradando. En las montañas andinas vive más del setenta por ciento de la población colombiana, que ha causado grandes deforestaciones y altos niveles de contaminación de las aguas servidas, que retornan contaminadas a cuencas donde más abajo otros poblados las toman. Y en otras poblaciones, en un número significativo, no se alcanza el nivel mínimo de potabilidad en el agua que se entrega para consumo humano²⁰⁸. De igual manera, se ha establecido que en las grandes capitales, la contaminación es mucho mayor, debido a los contaminantes orgánicos y químicos, incluidos los metales pesados que aportan las industrias, sin mayor control por parte de las autoridades respectivas.

²⁰⁸ ECOFONDO, *Campaña el agua un derecho fundamental, navegación por el río magdalena*. www.ecofondo.org/mambo/index.php?option=com_content&task=category§ionid=18&id=114&Itemid=163.

4.2 Propuesta de Referéndum de ECOFONDO-Colombia

Ecofondo²⁰⁹ es una corporación que reúne aproximadamente a más de 130 organizaciones ambientales no gubernamentales a nivel nacional y su objetivo es el bienestar común a través de la protección del Medio Ambiente. En procura de lograr la reglamentación del derecho al agua dentro de los principios y derechos fundamentales dentro de la Constitución, gestionó un referendo para lograr dicho objetivo, este referendo pretende que el agua y los sistemas de tratamiento y distribución se excluyan del Artículo 365 de la Constitución y de la Ley 142 de 1994 (que lo toman como un servicio público), para convertirlo en un derecho fundamental. También sostienen que el agua no adquiera la categoría -que se le pretende dar en los Tratados de Libre Comercio- de mercancía sujeta a la comercialización y a los negocios propuestos en el capítulo de los llamados servicios ambientales.

En una primera etapa, se dio la consecución de los primeros apoyos en la sociedad civil y en la elaboración del texto de la propuesta y la exposición de motivos²¹⁰

²⁰⁹ Véase: “Firma por el referendo por al agua” en www.ecofondo.org.

²¹⁰ Resumen de la exposición de motivos que sustenta el articulado reformativo de la Constitución Nacional: Es urgente y necesario reconocer el carácter esencial del agua para la vida humana y de todos los seres vivos, de este postulado se desprenden varias consecuencias: • En primer lugar el carácter de bien común del agua. Siendo un elemento tan sustancial para la vida, como el aire que respiramos, nos pertenece a todos y nadie puede apropiarse de ella en detrimento del derecho de los demás a acceder a la misma. • El consumo humano es prioritario frente a los demás usos posibles del agua. • Siendo un bien naturalmente común su status jurídico no puede ser otro que el de bien público. El derecho colombiano ha considerado los ríos, lagos, humedales, y en general todas las formas del agua como bienes de uso público, con la sola excepción de las aguas que nacen y “mueren” en una misma heredad. Dichos bienes pertenecen a la Nación y cualquier persona los puede usar, con las limitaciones que establece la Ley. Siendo el Estado Social de Derecho la organización política que se ha dado el Pueblo Colombiano, en la forma de una república unitaria, es a dicho Estado y a las autoridades de tal república a las que corresponde orientar, dirigir y gestionar en forma directa el agua, obviamente con la participación ciudadana y comunitaria propias de una democracia participativa que también se predica como característica del Estado colombiano en el artículo primero de la Constitución. Considerando entonces que el carácter vital del agua es ancestral y por ello inherente a la naturaleza humana y de todos los seres vivos, el status de bien común y público que en consecuencia ostenta, y reconociendo que la crisis que afecta al esencial líquido, en la etapa actual de la existencia humana, es un factor que pone en primerísimo plano su importancia proponemos el reconocimiento de tan elemental verdad como uno de los principios orientadores. A lo anterior, hay que sumarle que a pesar de existir avances destacados en materia de interpretación por parte de la Corte Constitucional sobre legislación interna y bloque de constitucionalidad, son sin embargo insuficientes pues los fallos de tutela solo tienen efecto entre las partes involucradas y no sobre la población en general; por tanto la garantía del agua como derecho humano está supeditada en la actualidad a una interpretación judicial adecuada que no en todos los casos se aplica, y presupone la interposición por las personas afectadas de las acciones de tutela, que como se advierte no en todos los casos prosperan o son admitidas. Además, la tutela es una vía excepcional y teniendo en cuenta los pronunciamientos relacionados que apuntan a una situación en la

que la sustenta, simultáneamente, se realizaron una serie de campañas encaminadas a visibilizar la necesidad e importancia de definir una política pública en materia de agua.

Una vez recogidos los apoyos -firmas- en un plazo de seis meses, la iniciativa se radicó en el Congreso de la República. Actualmente, se encuentra en estudio y pendiente de aprobación que será decidida en la siguiente legislatura, periodo comprendido entre julio de 2.009 y mayo de 2.010.

A lo anterior se añade, la idea de Ecofondo de recordarle al gobierno que debe poner en marcha la propuesta acordada a través del Conpes 3463/2006, que se conoce como Planes Departamentales de Agua y Saneamiento Básico. Esta política está aprobada también en el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 y en la Ley 1176 de 2007. En estos documentos se hace énfasis en los compromisos que Departamentos y Municipios deben asumir para acceder a recursos de la Nación, derivados de un crédito adquirido con la Corporación Andina de Fomento -CAF-, y otros organismos multilaterales de crédito, a través de los cuales se les pretende imponer a las entidades territoriales la obligatoriedad de entregar sus sistemas de acueducto y alcantarillado -o los que se construyan como parte de los planes departamentales de agua-, a “gestores especializados”, léase empresas privadas, para que los administren.

Este programa aunque se ha ido implementando en todas las regiones del país, todavía continua, y a pesar de que no nos oponemos al mejoramiento de los acueductos municipales ni a la prestación del servicio en condiciones óptimas para los usuarios, no hay que olvidar un punto de vital importancia, y es que si se entregan a operadores privados la regulación de las tasas ya no será autónoma del gobierno y, por tal razón, podrían elevarse las tarifas para solventar las obras que estos “gestores especializados” requieran.

Finalmente, la concientización y empoderamiento es tan grande, que a esta causa se han unido docentes de diferentes universidades, Centros de Investigación, organizaciones de la sociedad civil, Asociaciones de defensores de derechos humanos,

cual este derecho este plenamente garantizado y no solo reconocido en casos extremos, lo lógico es reconocerlo de manera explícita y plena mediante su consagración en la Constitución. Véase “Firma por el referendo por al agua” en www.ecofondo.org.

Ligas y Asociaciones de Usuarios de Servicios Públicos, entre otros, que de una u otra manera, han manifestado la importancia de apoyar la propuesta de modificación de la Constitución, a través de la aprobación del Referendo impulsado por Ecofondo, para que el derecho fundamental al agua sea una realidad.

De acuerdo a la propuesta presentada, el proyecto de articulado en la Constitución Política de Colombia de 1991 quedaría así:

▪ TITULO I DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Artículo nuevo

El Estado debe garantizar la protección del agua en todas sus manifestaciones por ser esencial para la vida de todas las especies y para las generaciones presentes y futuras. El agua es un bien común y público.

▪ TITULO II CAPITULO I DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Artículo nuevo

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

▪ TITULO II CAPITULO II DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES

Parágrafo nuevo artículo 63

Todas las aguas, en sus formas y estados, los cauces, lechos y playas, son bienes de la nación y de uso público. Se respetará una franja de protección de los cauces de ríos, lagos y humedales. Las aguas que discurren o se encuentran en territorios indígenas o en los territorios colectivos de las comunidades negras son parte integrante de los mismos. Se garantizará además el valor cultural del agua como elemento sagrado en la cosmovisión de los grupos étnicos.

- TITULO II CAPITULO III DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DEL AMBIENTE

Parágrafo nuevo artículo 80

Los ecosistemas esenciales para el ciclo del agua deben gozar de especial protección por parte del Estado y se destinarán prioritariamente a garantizar el funcionamiento de dicho ciclo, sin vulnerar los derechos de las comunidades que tradicionalmente los habitan, procurando modelos de uso sustentable, de tal manera que se disponga de agua abundante y limpia para todos los seres vivos.

- TITULO XII REGIMEN ECONOMICO Y DE LA HACIENDA PUBLICA

Parágrafo nuevo artículo 365

El servicio de acueducto y alcantarillado será prestado en forma directa e indelegable por el Estado o por comunidades organizadas. Las entidades estatales o comunitarias que se organicen para dicha prestación no tendrán ánimo de lucro y garantizarán la participación ciudadana, el control social y la transparencia en el manejo de los recursos y demás aspectos de la operación.

Las comunidades organizadas para la prestación de estos servicios se fundamentarán en la autogestión, para lo cual todos sus integrantes acordarán las modalidades de gestión económica necesarias para su funcionamiento. Dichas comunidades recibirán apoyo del Estado para garantizar la cobertura y potabilización del agua que suministren.

4.3. Propuestas normativas y sociales de otros países

Desde años atrás, países de diferentes partes del mundo, han manifestado la inquietud acerca del futuro de este líquido vital, y pensando en las futuras generaciones han ido adoptando medidas que van desde el reconocimiento del agua como un derecho, hasta la creación de Tribunales especializados que se encarguen única y exclusivamente de conocer y dirimir controversias que se relacionen con el recurso hídrico.

Brevemente se expondrá la experiencia de algunos países, que han adoptado medidas relativas a la protección del agua, estos son: Ecuador, Francia, España, y México²¹¹.

En Ecuador, el 14 de julio de 2.008, fue un día histórico para los defensores de los derechos humanos, pues tras una larga lucha popular, 101 Asambleístas votaron positivamente por el artículo que consagra el derecho humano al agua como fundamental. Así como también, se aprobó de manera transitoria la *condonación de las deudas del agua para los usuarios en extrema pobreza*, lo cual sin lugar a dudas, es un gran beneficio para los usuarios de escasos recursos que no habían podido pagar sus deudas, así como también la implementación de medidas financieras que contribuyan al mejoramiento de este recurso²¹².

Desde los años cincuenta, Francia se preocupó por perfeccionar una política global del agua, la cual consistió en la formulación de una serie de leyes que procuraban la planificación y la gestión del recurso, y de estas, se diseñó un sistema que contenía una visión económica, ecológica y jurídica en torno a la materia. Dicho sistema dio tan buenos resultados que fue tomado en modelos extranjeros. Sin embargo, la preocupación de los gobiernos de turno no quedó ahí, y desde esa época hasta ahora se han venido implementando estrategias, que están a favor de mejorar el acceso a los bienes y servicios esenciales, incluida el agua²¹³. Pues Francia es considerada a nivel mundial, como uno de los países vanguardistas en la materia, que aunque tiene algunos problemas por resolver, como llevar dicho recurso a todas las regiones, ha tratado de impulsar novedosas iniciativas en mejora del servicio y en beneficio de los usuarios.

Es así como Francia se ha pronunciado: en noviembre de 2.003, se presentó en la Cumbre de Johannesburgo y a la Unión europea una “Declaración sobre los derechos de

²¹¹ La escogencia de estos 4 países, no excluye la existencia de otras experiencias en el mundo, igualmente positivas.

²¹² “Asamblea de Ecuador aprueba el derecho al agua y dice no a la privatización”, en www.asambleaconstituyente.gov.ec.

²¹³ MORAND, Jackeline, “El Derecho y la política de agua en Francia” en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier Santiago, (Coordinadores), *Régimen Jurídico del Agua*, citado; GUTIÉRREZ, Rodrigo, *El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas*, citado, pág. 239 a 251.

acceso a los servicios esenciales”, que establece: “Todo individuo tiene derecho a acceder a los servicios esenciales en red para la satisfacción de sus necesidades vitales”. Esta declaración se refiere especialmente, al sector del agua, de los desperdicios y del transporte.

Y, en mayo de 2.004, el presidente Chirac anuncio que “Francia propuso que los principios rectores de este acceso a los servicios esenciales sean reunidos en un texto y sea adoptada por las Naciones Unidas en la cumbre de Estambul”.

Además de estos pronunciamientos, existen algunos puntos que deben ser imitados por otros países, el primero de ellos, es que en Francia, los cortes están prohibidos en caso de hogares con niños de corta edad o con personas de la tercera edad que no pueden valerse por sí mismas.

Aunque todavía se realizan cortes en el servicio a los hogares en situación de precariedad, los cortes son muy pocos y cada vez se trata de minimizarlos con ayuda de los poderes públicos, quienes exigen al operador que consulte antes a los servicios sociales, y dado el caso, que soliciten la intervención de un poder judicial.

Por otro lado, cuando se presenta incumplimiento en el pago del servicio, no se realizan cortes, como es la generalidad en varios países, sino que se reduce el suministro a una cantidad suficiente para no perjudicar la salud y el bienestar de la familia.

Respecto a las viviendas ocupadas de forma ilegal, se han realizado acuerdos entre los operadores del servicio de agua y algunas ONG para garantizarles el pago y el suministro del agua.

Un tercer punto, es la presentación de un informe del operador del servicio al usuario, que contiene: calidad de agua, precios, modalidad de contrato y otra serie de detalles, en aras de garantizar una gestión transparente y de informar al público el estado de dicho recurso.

Como cuarto punto, las tasas y los impuestos sobre el agua, retornan a financiar extensión de redes, a construir pozos de extracción de agua en zonas rurales,

construcción de hidrantes, financiamiento de deudas para mejorar las condiciones de vida de inmigrantes ilegales, indígenas, pueblos nativos, entre otros²¹⁴.

Como último punto, se encuentra las disposiciones legales que dan aplicación al principio de “quien contamina paga”, es decir, que existe un costo por descontaminación que proviene de cuotas de los usuarios que han vertido sustancias contaminantes al agua²¹⁵.

En México, tal como se explicó en el segundo capítulo de esta investigación, existe una iniciativa popular que está generando un importante debate sobre la posibilidad y la conveniencia de proteger este recurso mediante la constitucionalización del derecho fundamental al agua. Pues a pesar de que se han hecho grandes esfuerzos, como por ejemplo, el uso de unas tarifas preferenciales para usuarios de escasos recursos, la posibilidad del acceso al agua a pueblos nativos, grupos indígenas e inmigrantes, todavía faltan medidas que aseguren a todos el derecho al agua.

Pues “México es ya un país de baja disponibilidad de agua en la clasificación mundial y se requiere una revisión del uso que se le da al recurso, pues encontramos que el 70% se destina al uso agrícola, el 9 % a la industria y el resto para consumo humano”²¹⁶.

Mientras se logra la constitucionalización de este derecho, se han tomado algunas medidas. Primero, se ha creado una Comisión Nacional del Agua, que tiene como estrategias: realizar programas educativos sobre la cultura del agua, informar a la población sobre la escasez, los costos de proveerla, su valor económico y ambiental; fortalecer la cultura del pago por el servicio al agua y alcantarillado, proporcionar información sobre los aspectos adversos de la contaminación de agua, fomentar el uso racional de ella y promover el interés de la sociedad en sus distintas organizaciones

²¹⁴ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, citado, pág. 1 a 110.

²¹⁵ MORAND, Jackeline, “El Derecho y la política de agua en Francia” en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier Santiago, (Coordinadores), *Régimen Jurídico del Agua*, citado; GUTIÉRREZ, Rodrigo, *El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas*, citado, pág. 249.

²¹⁶ En “*El agua un bien nacional y derecho fundamental*”, www.congreso Chiapas.gov.mx.

ciudadanas, órganos académicos y organizaciones de usuarios para participar en la toma de decisión, asunción de compromisos y responsabilidades en lo referente a la ejecución, financiamiento y evaluación de actividades relacionadas a la gestión de los recursos hídricos.

Segundo, debido al desgaste que ha tenido el aparato judicial de México, atendiendo los recursos y procesos que se suscitan en torno a la problemática del agua, se ha contemplado la propuesta de crear un Tribunal Federal del Agua, que será una instancia, fuera de la administración central, que se encargue de resolver los litigios que en la actualidad se presentan en relación a este recurso, y, que ha futuro pueda evitar conflictos mayores. Dicho Tribunal deberá contener las siguientes características:

La creación de este Tribunal obedecerá a una Ley expedida por el Congreso de la Unión, tendrá competencia para conocer de las violaciones a las disposiciones y principios contenidos en tratados de derechos humanos cuando tengan relación con el agua. En cuanto a la legitimación para acceder a dicho Tribunal, sería amplia, pues al ser el agua un derecho fundamental, reconocido en tratados internacionales, deberá considerarse la posibilidad de que cualquier persona pueda impugnar las decisiones de la administración pública cuando se presente vulneración al citado derecho. Para finalizar, en lo atinente al fallo, será de obligatorio cumplimiento para las partes, con la posibilidad de medidas de apremio para ejecutarlas²¹⁷.

Cabe mencionar que esta propuesta es muy llamativa, primero, por las funciones que manejaría y, segundo, que este Tribunal al ser una instancia totalmente independiente de los poderes públicos, demostrará imparcialidad y objetividad en sus decisiones, lo cual les garantiza a los usuarios una eficaz y pronta justicia.

En los últimos años en España, se ha tratado de crear conciencia sobre el uso racional de agua, y el cuidado de ella para el consumo humano. Para continuar con esta valiosa labor, se han proyectado y ejecutado diversos programas. Entre ellos están: la exposición internacional Expozaragoza, esta se define, como un encuentro de

²¹⁷ LOPEZ, Miguel Alejandro, “El Tribunal Federal del agua: Propuesta para su creación en México”, en FERNÁNDEZ Jorge y SÁNCHEZ Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, 2007, pág. 219 a 237.

conocimiento y búsqueda de soluciones sobre el agua y desarrollo sostenible. Este suceso tiene una duración de más de 90 días, que cuenta con la presencia de 100 participantes, entre países, organizaciones internacionales y ONGS.

Para el desarrollo de este magno evento, se dispusieron diferentes salas temáticas, en donde después de generarse debates y consensos se emitieron conceptos a favor de la gestión del agua y la sostenibilidad.

Como resultado de dicha exposición, se presentó un documento resumen, denominado: *La carta de Zaragoza*, que sintetizó las conclusiones aportadas por más de 2.000 expertos internacionales en materia de recursos hídricos, entre ellos científicos, políticos, académicos, legisladores, empresarios, etc. Vale la pena resaltar que dicha carta se considera como una carta de navegación que guíe las actuaciones en materia de agua y sostenibilidad contemporáneas y futuras. A nuestra consideración las conclusiones más relevantes, que la Tribuna del Agua recomendó con carácter universal, a los poderes públicos y a los usuarios del agua:

- Que se establezcan prioridades y compromisos de interés general para la humanidad en torno al agua, fundados en los principios éticos de sostenibilidad, transparencia y equidad intra e intergeneracional.
- Que se establezcan compromisos y normas para la mitigación de los efectos negativos causados por el cambio climático y por los fenómenos extremos, y para la adaptación a esas situaciones.
- Que se logre que haya en todo el mundo agua potable segura y saneamiento eficaz, en zonas tanto urbanas como rurales, mediante la asunción de compromisos globales, la fijación de metas realistas y la adopción de soluciones concretas.
- Que el abastecimiento de agua potable y la recolección y el tratamiento de las aguas residuales son prioritarios. Las administraciones públicas deben garantizarlos con tarifas justas y que aseguren la cobertura de los costes.

- Que se cree una Agencia Mundial del Agua²¹⁸.
- Que se protejan de modo eficaz los ecosistemas por su valor intrínseco y para garantizar las fuentes de agua.
- Que se lleven a cabo las dotaciones de servicios básicos de saneamiento y depuración de aguas residuales y sus lodos, acordes con las realidades locales y que incorporen niveles sanitarios de referencia mundial que aseguren la salud, la higiene y el bienestar.
- Que se someta a control público la gestión de los servicios públicos de agua y saneamiento.
- Que se ajuste y controle la demanda de agua recurriendo al mismo tiempo a criterios educativos, informativos, participativos y tarifarios.
- Que los ciudadanos asuman que el agua es, además de un recurso de uso humano, un patrimonio de todos los seres vivos²¹⁹.

Este documento es de vital importancia para todas las naciones y especialmente para aquellas que se encuentran en vía de consagrar al agua como un derecho humano, al ser esta carta un producto de debates, consensos, compromisos, que provienen de todos los continentes, es una gran ruta que aparte de ampliar los conocimientos, primero, se pueden vislumbrar propuestas que reorienten conductas dañinas en torno al agua que han sido ejecutadas por años, sin solución alguna, y segundo, que se sustenten nuevas formas de relación del ser humano con el agua²²⁰.

²¹⁸ Cuyas misiones principales sean: Preparar y presentar ante la Organización de las Naciones Unidas la carta de derechos y responsabilidades de los seres humanos con el agua, articular un marco normativo mundial sobre el agua en un contexto de desarrollo sostenible que sea reconocido por los países, entre otros.

²¹⁹ Véase: “Carta de Zaragoza 2008”, en www.expozaragoza2008.es

²²⁰ En “Tribuna del agua. Una expo sin fecha de caducidad No. 0”, www.expozaragoza2008.es.

Conclusiones

1. El agua es uno de los recursos más importantes; dentro de la naturaleza es fuente primaria de vida y de salud. Por ello, la falta de acceso a ésta, sumándole la de saneamiento básico, constituyen una violación flagrante a los Derechos Humanos. Así, el detrimento de este bien no sólo puede ir en contra de la alimentación, la vivienda adecuada, el medio ambiente sano y la prestación eficiente de servicios públicos, sino que además atenta contra otros bienes tan importantes como la salud y la vida misma. Por lo tanto, en la medida que se vulnera el derecho al agua, paralelamente, se están violando estos derechos y la condición humana misma.
2. La importancia del agua para los hombres radica, entonces, en múltiples aspectos, al ser un bien irremplazable dentro de las actividades humanas cotidianas y esenciales. Esta importancia va desde las actividades más cotidianas y simples, hasta las estrategias políticas más complejas. En consecuencia, el carecimiento de agua *potable* de condiciones básicas no permiten que una sociedad alcance condiciones adecuadas en términos de calidad y, a su vez, vulneran valores como la dignidad humana y el nivel de vida de las personas. Por estas razones, es urgente que el agua sea considerada no como otro bien más o una simple mercancía, sino como un *derecho humano de primer orden*.
3. Para que esta tarea sea efectiva es necesario un largo camino argumentado y esclarecedor sobre el sentido del derecho al agua y su reconocimiento y constitucionalización. Ahora bien, este camino debe tener y precisar un método y proyecto que abra la discusión sobre el derecho fundamental y su importancia en aspectos como protección, garantía y estabilidad de un bien público. En este sentido, el primer ordenamiento que se debe dar en este camino es reconocer al agua como una necesidad primordial y básica; segundo, justificar su titularidad como derecho fundamental dentro de los marcos legales, ya sea nacional o internacional; tercero, especificar su contenido y naturaleza jurídica de cara a la

doctrina; y, por último, examinar algunos movimientos que promueven la iniciativa expuesta.

4. La posibilidad real que tienen las necesidades y la teoría en torno a ellas debe permitir el paso de la fundamentación, pero es necesario una determinación previa desde la teoría (filosófica). La categoría que reúne estos requerimientos mejor que ninguna otra es la de *necesidad básica: por ella se entiende un estado de dependencia, inevitable y que causa un grave perjuicio si no se satisface*. Esta categoría sirve para ello en tanto que, primero, determina el campo semántico exacto en el que la categoría de necesidad puede estar referida al derecho como su justificación; segundo, porque resalta los rasgos de universalidad y objetividad de esta especie de derechos; tercero, puesto que aporta categorías complementarias como las de satisfactor, en la medida en que asume lo humano desde varias perspectivas que no son cerradas sino inclusivas.
5. En este sentido, se opta por un camino intermedio, donde la categoría de necesidad básica esté referida específicamente al agua. Por ello, se requiere para sí una taxonomía y definición propias, debido a su carácter obligante en tanto elemento indispensable para los hombres, pero sin buscar pretensiones absolutistas. Así valdría la pena ver en la categoría de necesidad un potencial que sirva de piedra de toque entre las reformas de nuestra propia visión y poder avisar los apuros de nuestro estado moral y cultural en comparación con similares o diferentes órdenes sociales que hemos concebido históricamente, aportando una dialéctica entre el futuro y el pasado.
6. En este sentido, se esbozan términos propios de la teoría de las necesidades que sirven para exponer los aspectos más relevantes de la necesidad del agua en una justificación jurídica. Por ejemplo, el concepto de satisfactor, término que describe la relación del objeto con la necesidad intersubjetiva, así como otros aspectos culturales y las diferentes denominaciones tradicionales, es útil puesto que demuestra que la necesidad no se agota en la bebida, o de hidratación, al depender de las preferencias sobre cómo se ingiera o qué se le agregue para que su sabor sea mejor o peor al paladar, sino que lo define bajo unas condiciones de

potabilidad. Así mismo, es necesario excogitar y no incluir aquellos elementos no universalizables dentro del contexto y camino establecido.

7. Para ese propósito se recurre no sólo al problema del concepto de necesidad de agua y sus definiciones, sino que se investigan diversas clasificaciones específicas que han sido propuestas desde diferentes disciplinas acerca de este tema. En este punto, el criterio y punto de toque que puede guiar a la tipología es simple, puesto que ofrece un rasero evidente; las necesidades que serán consideradas son aquellas *estrictamente humanas*, concepto que gira en torno a la idea de necesidades inherentes a las condiciones de bienestar y optimización de procesos políticos de la condición humana.
8. En este camino uno de los principales puntos es cómo las necesidades básicas podrían ser consideradas fundamento de los derechos jurídicos, sobre todo, de los derechos fundamentales. La hipótesis que sustenta esta posibilidad es la existencia y justificación de este tipo de necesidades en tanto vitales para el normal desenvolvimiento de la vida humana y, dentro de marcos colectivos, sociales y jurídicos bien determinados, no sólo el ánimo sino las iniciativas legales. Este camino de las necesidades no es excluyente sino que, con la idea de una fundamentación sólida, permite una argumentación a favor de la constitucionalización del derecho al agua y, debido a su status de necesidad humana primordial, para la participación ciudadana en torno ella, es decir, adelantar acciones como veedurías y plebiscitos que vayan ganando un cierto terreno y consideración dentro de las discusiones que giran en torno a los derechos constitucionalizados, no esperando que por efecto de moda termine por consolidarse sino para que se vinculen iniciativas que lo faciliten.
9. El segundo momento de este camino es la justificación, donde se pasa de la teoría de las necesidades al fundamento jurídico que pueden éstas tener y aportar para el caso del agua. Las tres formas en que este problema de la fundamentación ha sido examinado por la doctrina jurídica son el Iusnaturalismo, en sus diferentes corrientes, el Historicismo y la vertiente Ética. El proceso de justificación va desde del cuestionamiento abierto sobre que

“fundamentar” es aportar argumentos hasta complejas teorías que hacen una revisión de cada una de las perspectivas mencionadas. En este camino se asumió como guía a Eusebio Fernández García, que “pone de manifiesto que los derechos humanos son una especie de derechos morales que se caracteriza por la universalidad y por la vocación de juridicidad”. Por ello, el reconocimiento intersubjetivo permite que se articulen dentro de las principales preocupaciones legislativas. En general, estas tres propuestas encuentran un asidero común en la *teoría de las necesidades humanas*, en la medida en que esta última aporta otro camino utilizado por autores como Prieto y Añón, que relacionan directamente los procesos de fundamentación al reconocimiento social de las necesidades. Entendiendo a las necesidades como producto de un consenso revisable en el tiempo (historia, los cambios que se dan con el paso de los años), éstas reflejarían la realidad social y de reconocimiento universal. Desde este planteamiento se ve que existe una *simbiosis* entre las categorías de Derecho y Necesidad; ambas armonizan entre las cuestiones fácticas y postulaciones de las condiciones de valor. La satisfacción social de las necesidades de las personas es condición previa a la exigencia de participación con consciencia moral en la vida social. En este sentido se afirma que la satisfacción de las necesidades humanas constituye un derecho universal o derecho fundamental de todas las personas, a saber, en aquellas urgencias estrictamente humanas y fundamentales, con las características a ellas atribuidas anteriormente.

10. Con el fin de argumentar claramente esta decisión de fundamentación se debe abordar la cuestión de si la necesidad de agua es efectivamente el fundamento de su derecho sosteniendo que existe una diferenciación entre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Acogiéndose a la idea según la cual los derechos fundamentales son, desde otra perspectiva una dimensión que no es complementaria, sino que viene a ser el producto de la evolución de los derechos humanos, desde la perspectiva de la jurisprudencia. Por ello, dentro de los proyectos se ha plasmado la idea de que el agua hace parte integral del medio ambiente, razón por la cual algunas naciones han constitucionalizado en este referente en sus Cartas Fundamentales o Constituciones, sin embargo, el inconveniente de este marco (ambiental), que parece propender por la existencia del equilibrio ecológico, es que el manejo y aprovechamiento racional de los

recursos naturales para un desarrollo sostenible no tiene en el mismo alcance a nivel jurídico institucional si es incluido en estos apartados; el hecho de vincular al agua en el desarrollo que implican los derechos fundamentales y su vínculo con los humanos. En un principio a partir de estas dos propuestas, podemos concluir con una propuesta que concilia los tres términos, derechos morales, serian determinadas exigencias éticas que en el sistema moral aparecen con la estructura de derechos. Los derechos humanos, serian un tipo de aquellos derechos morales especialmente vinculados a la idea de dignidad que tienen vocación de juridicidad. Los derechos fundamentales, constituyen la traslación de los derechos humanos al Ordenamiento jurídico.

11. Ahora bien, es necesario también exponer una posibilidad en la fundamentación y no sólo contrastar varias. Es plausible así examinar el estatuto fundamental de cara a derechos que pareciendo de otra naturaleza pueden aportar elementos para que se le considere fundamental y constitucionalizable: reflexionar por ejemplo sobre la posibilidad de adoptar como punto de partida el término derecho colectivo, el cual brinda la capacidad de afirmar que los derechos colectivos son derechos fundamentales. Las propuestas de incluir el derecho al agua deben encontrar razones axiológicas de incluirlo, más que ser un derecho fundamental está basado en la acción común de solidaridad el valor que para la sociedad representa. Sin embargo, la idea de la solidaridad como valor cohesionador del derecho al agua como colectivo, no define una correcta moral o marco jurídico que se deba preestablecer para la inclusión.
12. Así las cosas, cuando se busca que el derecho al agua tenga titularidad desde una perspectiva de los derechos colectivos es claro que se habla de que son titulares las personas que conforman ciertas colectividades (incluidas las generaciones futuras), incluyendo el concepto macro y micro de colectividad. Este concepto así no se restringe a la propiedad exclusiva e individual, sino que claramente debe ser compartida con los otros, con una colectividad que se forme a partir de la extensión de lo que se está considerando como derecho al agua (comunidad constituida por un derecho). En concreto, el derecho colectivo al agua le

pertenecería un carácter doble como derecho y como deber y su objeto consiste en un bien jurídico colectivo no susceptible de apropiación exclusiva.

13. Cuando se toma la perspectiva de los derechos en sentido Económico y Social, se encuentran varios argumentos que dan sustento a esta propuesta. El primero de ellos propende a que, determinado el derecho al agua bajo esta especie, se podría demandar por una inversión económica y, por tanto, aunque esto no garantice que se pueda exigir el cumplimiento inmediato del deber estatal de la satisfacción del derecho, sí la aplicación progresiva mediante la adopción de políticas públicas tendientes a la satisfacción plena del derecho de carácter tributario. Esto último lograría que no quedará desprotegido en cuestiones de gasto público y responsabilidad presupuestal dentro de las discusiones del Estado. Es más desde instrumentos internacionales precisos, se puede adoptar una interpretación extensiva de esta clase de derechos según la cual el agua está en la base del reconocimiento de una serie de otros derechos cuyo goce se torna ineficaz si no hay condiciones de valoración económica adecuados que garanticen el acceso a este recurso.
14. En un tercer momento se da paso a orientar las políticas y decisiones en torno al derecho al agua, a dilucidar el marco jurídico, a establecer responsabilidades específicas en cuanto al manejo y gestión de este recurso, hasta alcanzar con el cumplimiento de lo que sería eventualmente el contenido esencial de dicho derecho. En este punto se ven rasgos como: la accesibilidad, tanto física, económica e informativa; la calidad, libre de bacterias y sustancias, que contaminen el agua; y la disponibilidad, entendida como un abastecimiento continuo y eficiente.
15. A partir de esto en Colombia, el derecho al agua es protegido dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los derechos colectivos y, como última instancia, sobre todo, como derecho *en conexidad* con derechos fundamentales. Punto que disiente de otras asociaciones, pues uno de los móviles de este trabajo investigativo, es el de plantear la posibilidad de reconocer el derecho al agua como fundamental, explícitamente reconocido como derecho autónomo. En efecto, para nosotros este derecho necesita de un

mayor peso para su eficacia y efectividad, y esa relevancia la adquiere sólo con su incorporación en el texto constitucional, como norma superior dentro del ordenamiento jurídico. A mi parecer, existe una relación directa entre la falta de reconocimiento jurídico en los planos nacional e internacional de un “derecho humano fundamental al agua” autónomo, esto se debe a que se ha construido de modo parcial como componente de otros derechos humanos como el derecho a la alimentación o el derecho a la salud -y en consecuencia dotado de medios específicos de promoción y garantía- y el silencio que rodea esta tragedia de millones de personas. La ausencia de un régimen jurídico adecuado de protección del derecho humano fundamental al agua ha contribuido a sustraer su vulneración generalizada del debate público y, con ello, del orden máximo de prioridades que merece en la agenda de la cooperación internacional o de las políticas nacionales.

16. Finalmente, ponemos presente la idea de que una vez declarado y reconocido tal derecho, hay que solucionar algunos problemas y superar desafíos. Para ello será necesario seguir con el camino que empezamos a recorrer, pasos que ayuden a que este valioso recurso perdure por varias generaciones, a que se le dé un tratamiento adecuado, a garantizar un mínimo a todos los ciudadanos, sin exclusión alguna, a mejorar condiciones de accesibilidad, física, económica e informativa. En este mismo sentido, como titulares de este derecho, a cumplir con nuestras obligaciones: respetar los derechos de los demás y no abusar de los propios; proteger los recursos naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; y participar como vigilantes en la gestión, inspección y vigilancia frente a las acciones del Estado, específicamente en las relacionadas a las del derecho fundamental al agua.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.
- AGUDO, Pedro, “Una nueva ética en materia de gestión de aguas” en *El Derecho Humano al acceso al Agua potable y saneamiento*, Serie Carta de derechos humanos emergentes 4, Institut de Drest Humans de Catalunya, 2007.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- AÑÓN ROIG, María José, *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. José Luis Calvo Martínez, Alianza, Madrid, 1992.
- BARRANCO, María del Carmen, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos Bartolomé de las Casas 1, Dykinson, Madrid, 1996.
- BOLTVINIK, Julio, “Ampliar la mirada. Un nuevo enfoque de la pobreza y el florecimiento humano”, *Papeles Población*, No 044, UAEM, México, Abril-Junio, 2005.
- BOLTVINIK, Julio, “Política social y necesidades sociales en México”, en BASURDO, Carlos y otros (Coordinadores), *Necesidades sociales y Desarrollo humano: un acercamiento metodológico*, Serie Necesidades Sociales y Políticas Públicas, UNAM, México, 2005.
- BOLTVINIK, Julio, *Pobreza y Necesidades. Conceptos y Métodos de Medición*, Proyecto Regional para la Superación de la Pobreza PNUD, Caracas, 1990.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BRITO, Mariano, “Régimen Jurídico del Agua y Saneamiento en Uruguay” en FERNENDEZ, Jorge y SANCHEZ, Javier, (Coordinadores), *Régimen Jurídico del Agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, primera edición, México, 2007.

- CANABILLAS, Sánchez Antonio, “La propiedad”, en PRATS, Lorenzo, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Vol.1, Universitat de València, Valencia, 1996.
- CANTALAPIEDRA, Santiago Álvarez. *El debate de las necesidades en la era de la globalización: un análisis del patrón de consumo alimentario español en los últimos veinticinco años*. (memoria para optar al grado de doctor del Departamento de Economía Aplicada). Universidad complutense de Madrid. Madrid, 2001.
- CARBONELL, Miguel, “Minorías etno-culturales y derechos colectivos: premisas conceptuales” En: Valdés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (ed.) *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, Universidad Autónoma de México, México D.F. 2001.
- CARRILLO, Agustín, “El Agua un bien público y escaso” en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier Santiago (Coordinadores), *Régimen Jurídico del Agua, cultura y sistemas jurídicos comparados*, primera edición, UNAM, México, 2007.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General No. 15*, enero de 2003.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Gaceta del Congreso de la República*, Gaceta del congreso vol. 2 N° 121, La institución, Bogotá, 1993.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Gaceta del Congreso de la República*, vol. 3 N° 57 y 61, La institución, Bogotá, 1994.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 2000 3518 de septiembre 14 de 2001.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 2001 0946 de junio 20 de 2002.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 2000 3011 de julio 19 de 2002.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 2001 0931 de julio 22 de 2002.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencia 2001 3845 de agosto 29 de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 778 de 1992.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 598 de 1992.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 185 de 1993.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 366 de 1993.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 171 de 1994.

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 379 de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 033 de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 413 de 1995
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 092 de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 162 de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 270 de 1996.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 578 de 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 1452 de 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 1451 de 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 771 de 2000
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 636 de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 881 de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 410 de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T- 270 de 2007.
- CORTINA, Adela, “Bioética y nuevos derechos”, en SAUCA, J. M, (editor), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 1994.
- DE ASIS, Rafael, *Cuestiones de derechos*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 37, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- DE ASIS, Rafael, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.
- DE LUCAS, Javier y AÑÓN ROIG, María José, “Necesidades, Razones, Derechos”, *Revista Doxa*, N° 7, Universidad de Alicante, Alicante, 1990.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO y EMBAJADA REAL DE LOS PAISES BAJOS, *Los Derechos colectivos y su defensa a través de las Acciones Populares y de Grupo*, Imprenta Nacional, Bogotá, 2004.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El Derecho Humano al Agua, en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, Imprenta Nacional, Bogotá, 2006.
- DOYAL, Len y GOUGH, Ian, *Una Teoría de las Necesidades Humanas*, trad. José Antonio Moyano, Alejandro Colás, Icaria, Barcelona, 1994.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 2, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1981.
- FERNÁNDEZ, Manuel, *Los servicios públicos domiciliarios en la Constitución de 1991*, Fundesarrollo, Barranquilla, 2002.
- GIL, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2005.
- GUTIÉRREZ, Rodrigo, *El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas*, Cuestiones Constitucionales, No. 18, UNAM, México, 2008.
- HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, Lima, 1997.
- HELLER, Agnes, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, trad. Ángel Rivero Rodríguez, Paidós, Barcelona, España, 1996.
- HIERRO, Liborio, “¿Derechos humanos o necesidades humanas?, Problemas de un concepto”, *Sistema*, No. 46, enero, 1982.
- HIERRO, Liborio, “Justicia, igualdad y eficiencia”, *ISONOMIA*, No. 9, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1998.
- HUERTA, Carla, “El agua: Patrimonio del Estado o derecho de los particulares”, en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, primera edición, México, 2007.
- KORSGAARD, Christine M., en NUSSBAUM, “Comentario a “¿Igualdad de qué? y a “Capacidad y bienestar” en Martha y SEN, Amartya (compiladores), *La Calidad de Vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- LAPORTA, Francisco, “El concepto de derechos humanos”, *revista Doxa*, N° 4 Universidad de Alicante, Alicante, 1987.

- LÓPEZ, J., "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", En: Faria, J. E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, Malheiros*, San Pablo, 1994.
- LOPEZ, Miguel Alejandro, "El Tribunal Federal del agua: Propuesta para su creación en México", en FERNÁNDEZ Jorge y SÁNCHEZ Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, 2.007.
- MÁRMOL MARTÍ, José Luis. "Democracia y deliberación. Una reconstrucción del modelo de Jon Elster". *Revista de estudios políticos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.
- MORAND, Jackeline, "El Derecho y la política de agua en Francia" en FERNANDEZ, Jorge y RUIZ, Javier Santiago, (Coordinadores), *Régimen Jurídico del Agua*, UNAM, edición 1, México, 2007.
- NACIONES UNIDAS, DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento*. Informe final del Relator Especial El Hadji Guissé
- NINO S., Carlos, "Autonomía y Necesidades Básicas", *Revista Doxa*, N° 7, Universidad de Alicante, Alicante, 1990.
- NUSSBAUM, Martha, "Virtudes no relativas. Una aproximación aristotélica" en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (compiladores), *La Calidad de Vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio *El Fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1999.
- PEREIRA A.P., Potyara *Necesidades Humanas. Para una crítica a los patrones mínimos de supervivencia*, trad. Gabriela Lema, Cortez Editora, Sao Paulo, Brasil, 2002.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. *Pluralismo Cultural y Derechos de las Minorías*, Tesis Doctoral, Programa de Doctorado en Derechos Fundamentales, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, España, 2003.
- PEREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6 edición, Tecnos, Madrid, 1999.
- PEREZ LUÑO, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, 6 edición, Tecnos, Madrid, 1995.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición.
- RIBOTTA, Silvina, *Las desigualdades económicas. Un estudio desde el igualitarismo contemporáneo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.
- RIECHMANN, Jorge, “Necesidades algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir” en RIECHMANN, Jorge (coordinador) *Necesitar, Desear, Vivir sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, los libros de la Catarata, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *Entre las necesidades y los derechos. De por qué el derecho al agua es más que un grito*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2008.
- SALAMANCA, Antonio, *El Derecho a la Revolución, Iusnaturalismo para una política crítica*, Facultad de Derecho de Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2006.
- SALGADO, Eréndira, “Agua, ¿Cuál es el problema?”, en FERNÁNDEZ Jorge y SÁNCHEZ Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, primera edición, México, 2007.
- SALINAS, Sergio, “El Derecho al agua como derecho humano. Contenido Normativo y de Obligaciones de los Estados”, en DAUDI, Castillo Mireya y EMIRO, Araujo Antonio y otros (editores), *El Derecho al Agua*, editorial Aranza, Navarra, 2006.
- SÁNCHEZ, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007.
- SANTOS, Alejandro, (Director), “El poder paisa <<Bebida Sana>>”, *Revista Semana*, edición especial, Bogotá, 2007.
- SARMIENTO PALACIO, Germán, *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*, Banco de la República, Bogotá, 1988.
- SEN, Amartya, “Capacidad y Bienestar” en NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (compiladores), *La Calidad de Vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.
- THIMM, Andreas, “Necesidades Básicas y Derechos Humanos”, *Revista Doxa*, N° 7, Universidad de Alicante, Alicante, 1990.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia TC 11/1981, de 8 de abril.
- VAN HOOFF, G. H. J., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984.
- VELEZMORO, Fernando, "El servicio de agua potable y su reconocimiento como derecho fundamental en el Perú", en FERNÁNDEZ, Jorge y SÁNCHEZ, Javier (coordinadores), *Régimen Jurídico del Agua, culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, primera edición, México, 2007.
- WIGGINS, D. *Claims of Need*. En: Ted Honderich (comp.), *Moralitity and Objectivity. A Tribute to J. L. Mackie*, Londres.
- ZIMMERLING, Ruth. "Necesidades básicas y relativismo moral". *Revista Doxa*, N° 7, Universidad de Alicante, Alicante, 1990.

INTERNET

- ALTEMIR, Francisco, "El agua es un derecho no una mercancía", www.rebellion.org/noticia.php?id=29122.
- AMINISTIA INTERNACIONAL. "La mujer y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)", en www.amnestyusa.org
- "Asamblea de Ecuador aprueba el derecho al agua y dice no a la privatización", en www.asambleaconstituyente.gov.ec.
- "Asamblea de Ecuador aprueba el derecho al agua y dice no a la privatización", en www.asambleaconstituyente.gov.ec.
- "Carta de Zaragoza 2008", en www.expozaragoza2008.es.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO COLOMBIA, El derecho a la salud, "Principios básicos de la constitución de la Organización Mundial de la Salud", 2007, www.defensoria.org.co.
- ECOFONDO, *Campaña el agua un derecho fundamental, navegación por el río magdalena*. www.ecofondo.org/mambo/index.php?option=com_content&task=category§ionid=18&id=114&Itemid=163.
- ECOFONDO, "Memorial del referendo por el agua" en www.ecofondo.org.
- *El agua un bien nacional y derecho fundamental*, www.congresoChiapas.gov.mx.

- ETCHEVERRY, Antonio José. *De una racionalidad excluyente hacia una racionalidad de la Inclusión*. En: <http://historiayespacio.univalle.edu.co/TEXTOS/24/DE%20UNA%20RACIONALIDAD%20EXCLUYENTE%20HACIA%20UNA%20RACIONALIDAD%20DE%20LA%20.pdf>.
- “Firma por el referendo por al agua” en www.ecofondo.org.
- GRIJALBA, Agustín, *¿Qué son los derechos colectivos?*, 2008, www.usab.edu.ec.
- INICIATIVA MEXICANA DE APRENDIZAJE PARA LA CONSERVACION CIUDAD DE MEXICO, “IV Foro Mundial del Agua”, 2006, www.imacmexico.org.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACION, LA CIENCIA Y LA CULTURA, *El informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos*, 16 de marzo de 2009 http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/index_es.shtml.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “Informe Técnico No 4, *Desigualdades en el acceso, uso y gasto con el agua potable en América Latina y el Caribe*”, febrero de 2001, en www.paho.org.
- RUSSELL, Betrand. *El Abc de la relatividad*. En: http://isaiasgarde.myfil.es/get_file/russell-bertrand-el-abc-de-la-r-2.pdf.
- “Tribuna del agua. Una expo sin fecha de caducidad No. 0”, en www.expozaragoza2008.es.
- UNESCO, “*El agua fuente de vida*”, 2003, www.wateryear2003.org/es.
- UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, “*La Canasta Normativa de Satisfactores Esenciales*”, 2002, www.jornada.unam.mx.

LEYES

- Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 134 de 1994 “por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”.
- Ley 472 de 1.998 “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo”.

- Ley 1176 de 2007 “por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
- Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. “Estado Comunitario: Desarrollo para todos”