

El rol de la administración pública frente a la doble condición del agua: derecho humano y servicio público

The role of the public administration in front of the double condition of water: human right and public service

JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ*

RESUMEN: El agua tiene una doble condición: la de derecho humano y de servicio público. Por un lado, como derecho humano, las personas tienen un nivel máximo de protección por parte del juez y la administración pública. Por el otro, como servicio público, en Colombia se ha permitido la liberalización en su prestación, sin lograr aún niveles completos de cobertura. A partir de la pandemia causada por el COVID-19 se dejaron en evidencia los problemas de esta falta de cobertura y se adoptaron medidas excepcionales para mitigar la transmisión del virus. Este artículo plantea la necesidad de adoptar mayores medidas de regulatorias y de intervención directa que lleven a la administración pública a la materialización de este derecho fundamental.

PALABRAS CLAVE: Agua; derecho humano; servicio público; covid-19.

ABSTRACT: Water and sanitation is considered both a human right and a public utility. As a Human Right, access to water

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, España. Abogado y Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: <juan.covilla@uexternado.edu.co>. Fecha de recepción: 23/02/2021. Fecha de aprobación: 05/06/2021.

and sanitation has been granted a severe protection by the judge and public authorities. As a public utility, water supply has been declared a liberalized sector that have not gained a proper coverage. Due to the COVID-19 pandemic this coverage problems have been brought to light. Hence, public authorities have adopted exceptional measures seeking to reduce transmission of the virus. This paper aims to analyze the regulation and measures needed by the public administration to embody this human right.

KEYWORDS: Water and sanitation; human right; public utility; covid-19.

I. INTRODUCCIÓN

Todavía es objeto de debate el tiempo que alguien puede sobrevivir sin agua. No obstante, múltiples estudios científicos han demostrado que la vida no puede sostenerse más allá de unos pocos días sin el consumo adecuado de este recurso, debido a que compone del 70% al 90% del cuerpo humano¹. Además, éste se utiliza para la producción y procesamiento de los alimentos, en la higiene personal, en el turismo y recreación, en la agricultura, y en general, es usado en la elaboración de casi todo lo que consume una persona en su día a día. Es, sin duda, un elemento necesario para la existencia del ser humano. Una de las formas de garantizar el acceso adecuado a este recurso es logrando la disponibilidad de medios que permitan el saneamiento básico². De esta manera, la relación entre el agua y el saneamiento básico es indivisible.

Con el fin de afianzar derechos en los que el agua tiene un rol importante, los Estados deben asegurar la protección de las fuentes hídricas, la cobertura de los servicios de acueducto y alcantarillado y la calidad del agua que consumen las personas. A pesar de la jurisprudencia y normativa nacional e internacional que se analizará en este artículo, que le dan la categoría de derecho

¹ HOWARD GUY y BARTRAM Jamie, “Domestic Water Quantity, Service Level and Health”, World Health Organization, Geneva, 2003, p. 1. Disponible en: <https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf?ua=Consultado el 8/03/2021>.

² “La tecnología de más bajo costo que permite eliminar higiénicamente las excretas y aguas residuales y tener un medio ambiente limpio y sano tanto en la vivienda como en las proximidades de sus usuarios” Organización Mundial de la Salud (OMS), “Agua potable salubre y saneamiento básico en pro de la salud”,] Disponible en: <https://www.who.int/water_sanitation_health/mdg1/es/#:~:text=Saneamiento%20b%C3%A1sico%20es%20la%20tecnolog%C3%ADa,el%20uso%20de%20estos%20servicios>. Consultado el 08/03/2021.

fundamental al agua y al saneamiento básico y además resaltan la obligación del Estado de garantizar este servicio público, el país aún presenta graves fallas en su adecuada prestación. A modo de ejemplo, de acuerdo con el Consejo Nacional de Política Económica y Social, para el 2012 la cobertura urbana de acueducto fue del 97%, mientras que la rural fue apenas del 73% y la cobertura de alcantarillado alcanzó el 91% en zonas urbanas y el 68% en zonas rurales³. Lo anterior, implica que a nivel nacional todavía no se alcanza la cobertura total de la población, y existe un acceso desigual al agua potable y saneamiento básico en las zonas rurales con respecto a las zonas urbanas⁴. Las consecuencias graves de esta problemática se evidenciaron con mayor claridad debido a la pandemia generada por la enfermedad del coronavirus o SARS-CoV-2, siendo indispensable que llegara el recurso hídrico a los hogares de todos los colombianos para combatir los efectos de dicha enfermedad.

Debido a lo anterior, el presente artículo pretende analizar el papel del Estado en la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento básico y en el cumplimiento de éste como un derecho fundamental. Para desarrollar esta idea, en primer lugar, (1.) se analizarán la Corte Internacional de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que establecen el derecho al agua y al saneamiento básico. Posteriormente, (2.) se estudiará la incorporación del derecho fundamental en el ordenamiento jurídico doméstico y la participación del Estado colombiano en la garantía, regulación, control y vigilancia del servicio público domiciliario de agua potable y saneamiento básico. Por último, (3.) se examinará la gestión estatal para la protección del

³ Documento CONPES 3810 de 2014 “Política para el suministro de agua potable y saneamiento básico en la zona rural”. Disponible en [<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3810.pdf>].

⁴ .FORERO SALAZAR, Julieth, *et. al.*, “Colombia ¿alineándose al cumplimiento del objetivo de desarrollo sostenible n°6 sobre agua limpia y saneamiento?” en *Revista producción + limpia*, vol. 14, núm. 2, 2019, p. 119.

derecho fundamental al agua y el saneamiento básico en el contexto generado por la pandemia a causa del SARS-CoV-2.

II. EL AGUA Y SANEAMIENTO BÁSICO EN LA CARTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Existen diferentes tratados internacionales que abordan la temática del agua y el saneamiento básico⁵. En particular, dentro de la Carta Internacional de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁶ a pesar de no hacer mención directa de dichos derechos en su articulado, sí cuenta con diversas observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, órgano creado para supervisar la aplicación del PIDESC y cuyas

⁵ Además de la Observación General No. 15 que se desarrollará en este punto, se pueden mencionar:

En primer lugar, se encuentra el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención “Sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW por su sigla en inglés) se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a “disfrutar de condiciones de vida adecuadas, especialmente en lo que se refiere a vivienda, saneamiento, suministro de agua y electricidad, transporte y comunicaciones.”

En segundo lugar, en el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”. Comité de los Derechos del Niño, “Observación General núm. 7 sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 2006, párr. 27, [documento en línea] Consultado el: 10/03/2021.

⁶ La República de Colombia es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por las Naciones Unidas en 1966 y ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969.

decisiones tienen naturaleza jurídica vinculante para los Estados parte del Tratado. Así pues, la Observación General No. 15 de 2002 del Comité estableció las obligaciones internacionales que surgen para los países respecto del derecho al agua y señaló que “el derecho humano al agua y el acceso a servicios adecuados de saneamiento son indispensables para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”⁷.

La misma Observación resalta que los Estados deben tomar medidas progresivas y prohíbe las regresivas que afecten el abastecimiento correcto del recurso a sus habitantes. Este derecho autónomo está amparado por los artículos 11 y 12 del PIDESC. Colombia como Estado parte del PIDESC tiene, entre otras, las siguientes obligaciones que se encuentran en los párrafos 1 y 2 del Artículo 2: que el derecho al agua sea ejercido sin discriminación alguna y la adopción de medidas deliberadas y concretas que vayan dirigidas a la plena realización del mencionado derecho. A pesar de que no hace mención del saneamiento básico como un derecho, sí reconoce la relación indivisible que tiene para garantizar adecuadamente el derecho al agua.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida y a la integridad personal. De igual forma, la Carta de la Organización de los Estados Americanos protege el derecho a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y a la salud. Teniendo en cuenta lo anterior, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han precisado que solo

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 15 (2002) El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).” Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Ginebra, 2002. [documento en línea] Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>> Consultado el: 10/03/2021.

con el acceso al agua y al saneamiento básico se puede garantizar la plena vigencia de los derechos mencionados.

La Corte IDH en sentencias recientes como la del caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina ha señalado que: “el derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua”⁸. A partir de dicha interpretación, en este caso se reconoce el derecho al agua como un derecho autónomo de la comunidad. Entre las obligaciones estatales que pueden entenderse comprendidas en el deber de garantía se encuentra la de brindar protección frente a actos de particulares y también señala que los Estados deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho⁹.

III. EL ESTADO COLOMBIANO EN LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL Y LA REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

En este capítulo se analizará la introducción al ordenamiento jurídico colombiano de la doble condición del agua. Por un lado,

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina”, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de 6 de febrero de 2020, párr. 222. [documento en línea] Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf> Consultado el 10/03/2021.

⁹ MORALES ANTONIAZZI Mariela y BRAGA NAVARRO, Gabriela Cristina, “Tackling Inequality in Times of Pandemics: Right to Water in the Inter-American Court of Human Rights”, en *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law* (MPIL) Research Paper, núm. 2020-30, Heidelberg, 2020, p. 5.

se expondrán los avances jurisprudencia para la configuración de éste como un derecho fundamental y, por el otro, el desarrollo normativo del servicio público domiciliario.

A) EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

La Constitución Política colombiana contiene normas que se refieren al servicio público del agua, tales como los artículos 49 y 366¹⁰. No obstante, no existe una norma expresa que determine de forma concreta la existencia del derecho al agua. Por esto, que han sido los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia, mediante el bloque de constitucionalidad, los que han incorporado al ordenamiento jurídico colombiano el derecho fundamental al agua y al saneamiento básico, que se ha visto reflejado en un desarrollo jurisprudencial consistente en esta dirección como se observa desde la sentencia T-570 de 1992.

Ahora bien, el desarrollo del derecho al agua y al saneamiento básico como derecho fundamental de los colombianos se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la siguiente manera. La doctrina ha identificado cuatro etapas en el reconocimiento del derecho por parte de la Corte. En principio, en los primeros fallos de la Corte entre 1992 a 1995 se reconoció por vía de acción de tutela un mínimo vital de agua potable. Luego, para 1995 a 2005 se encuentra la etapa del reconocimiento del derecho humano al agua en conexidad con otros derechos, todavía no se reconocía como un derecho autónomo. Más adelante, de 2006 a 2009 se dio el reconocimiento al mínimo vital de agua en reiteradas decisiones. Por último, de 2010 en adelante se establece el

¹⁰ Para algunos, estas normas por buscar satisfacer las obligaciones del Estado llevan a que se convierta en un derecho fundamental. *Cfr.* MIES SUTORIUS y RODRÍGUEZ, Sonia “La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia” en *Revista Derecho del Estado*, núm. 35, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio-diciembre de 2015, p. 247.

derecho fundamental al agua potable en interpretación del Bloque de Constitucionalidad a partir de la Carta Internacional de Derechos Humanos, en concreto respecto de la Observación No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya mencionado¹¹. Lo anterior se puede complementar con los pronunciamientos de la jurisprudencia interamericana que se señalaron más arriba a partir del control de convencionalidad que deben llevar las administraciones públicas¹².

Fue con la sentencia T-418 de 2010 que la Corte Constitucional determinó que: “Aunque el agua no es reconocida como un derecho constitucional autónomo, en una disposición específica de la Constitución Política, así se deduce de una lectura sistemática de la misma. Así se concluye, si se tiene en cuenta el Preámbulo, la fórmula política de un estado social y democrático de derecho, las funciones esenciales del Estado, la dignidad humana, el respeto a los derechos fundamentales –en especial los citados–, y el lugar privilegiado que se da a los recursos y competencias necesarias para el goce efectivo del servicio público del agua potable y saneamiento básico.”

Se observa que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con suficiente contenido normativo y jurisprudencial para asegurar el agua y el saneamiento básico como un derecho fundamental de todos los habitantes. También es claro que la obligación de garantizarlo está en manos del Estado, quien debe tomar las medidas necesarias para regular, controlar y vigilar la prestación del servicio, a pesar de que esta labor se encuentre liberalizada, como se pasará a exponer más adelante.

¹¹ MOTTA VARGAS, Ricardo, “El Derecho al Agua Potable en la Jurisprudencia Colombiana” en *Revista Republicana*, núm. 11, Julio-Diciembre de 2011, p. 54

¹² COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública”, en A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año 19, núm. 78, Belo Horizonte, p. 27-28.

A raíz del desarrollo internacional y de la incorporación al ordenamiento jurídico como derecho fundamental que ha tenido el derecho al agua y al saneamiento básico, el ordenamiento jurídico nacional también ha tenido un progreso normativo para adaptarse a sus obligaciones derivadas de éstas. Por ejemplo, la Ley 1955 de 2019, por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo del gobierno 2018-2022 “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”, busca brindarle al país un proyecto de largo plazo con el que Colombia alcance los Objetivos de Desarrollo Sostenible al 2030. La mencionada ley cuenta con planes y deberes específicos para las entidades gubernamentales con el fin de lograr el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 6, agua limpia y saneamiento¹³. Entre ellos se encuentran lograr su acceso universal, garantizar su prestación y asegurar el uso eficiente del recurso hídrico. Además, antes del 2019 ya existía normativa encaminada a cumplir con el derecho al agua y saneamiento básico para todos. Es así como el Acto Legislativo 02 de 2009 modificó el artículo 49 la Constitución Política de manera que el saneamiento básico se convirtió en un instrumento de salud pública¹⁴.

¹³ El ODS número 6 busca “garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos”; incluye ocho metas y once indicadores enfocados a temas como: calidad del agua, accesibilidad universal y equitativa, saneamiento e higiene adecuada, uso eficiente del recurso hídrico y su reutilización segura, protección y restauración de los ecosistemas hídricos de agua dulce, tratamiento de aguas y tecnologías y participación de las comunidades en la gestión del agua y el saneamiento. Departamento Nacional de Planeación, “Objetivos de Desarrollo Sostenible, 6. Agua limpia y saneamiento”, [documento en línea] Disponible en: < <https://www.ods.gov.co/es/objetivos/agua-limpia-y-saneamiento> > Consultado el: 10/03/2021.

¹⁴ “La Corte Constitucional en la revisión de dicho Acto Legislativo indicó “En su faceta de servicios, el artículo 49 dispone en el inciso segundo que están a cargo del Estado, quien debe (i) organizar, dirigir y reglamentar su prestación conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; (ii) establecer políticas para permitir su prestación por entidades privadas; (iii)

B) EL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE AGUA Y SANEAMIENTO BÁSICO

El artículo 365 constitucional establece que los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado y deben prestarse de manera eficiente a todos los colombianos. También indica que estos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y podrán ser prestados por el mismo Estado o por otros actores como las comunidades organizadas y particulares. La doctrina indica la importancia de esta disposición, “pues señala expresamente el nexo indiscutible entre los fines sociales del Estado y una actividad de eminente esencia económica”¹⁵. A pesar de liberalizar la prestación, la Carta Política es clara en establecer el deber estatal de regular, controlar y vigilar dicha actividad. Así pues, corresponde analizar el funcionamiento de esa segunda faceta del agua y el saneamiento básico como servicio público domiciliario esencial¹⁶.

Con la Ley 142 de 1994, se permite la liberalización de los servicios públicos, lo cual trae como consecuencia eliminar la exigencia de prestación del servicio a través de concesiones¹⁷. No obstante, el contrato de concesión aún funciona para casos en los que no existan prestadores interesados y se constituyan como área

ejercer vigilancia y control sobre la prestación; (iv) definir las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares en la materia, así como fijar las contribuciones a su cargo.”Sentencia C-882 de 2011.

¹⁵ MONTAÑA PLATA, Alberto, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 93.

¹⁶ Con base en el artículo 366 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional, en sentencias como la T-740 de 2011 y la T-223 de 2018 ha determinado que el agua y el saneamiento ambiental son servicios públicos esenciales.

¹⁷ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, *Autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 44-46.

de servicio exclusivo de prestación directa del Estado. Sin embargo, esta última opción debe ser la excepción a la regla¹⁸.

De esta manera, a partir de la nueva Carta Política, la función de prestación directa mutó a la vigilancia y control de la prestación. De acuerdo con la doctrina, se transformó el “deber de prestar” al “deber de asegurar”¹⁹, la función estatal se convirtió en la de garantizar la continuidad, la calidad y la cobertura en el servicio. Es así como la prestación de servicios públicos se tornó en una actividad propia de la dinámica del mercado. Por lo que, el agua y el saneamiento básico, se comportan desde ese entonces como bienes económicos del mercado sometidos a las reglas de la oferta y la demanda. Cualquier persona puede prestar el servicio y cobrar un precio a cambio de ellos²⁰, por lo que no existen barreras de entrada a dicho mercado.

Con el fin de verificar que se cumplan esas condiciones mínimas, la jurisprudencia ha identificado las siguientes características que deben verificarse en cada caso para confirmar que el servicio está siendo prestado de manera apropiada: “(i) cumplir con todas las normas técnicas y/o contractuales relativas al tipo de solución de saneamiento básico instalado en un bien inmueble, teniendo en cuenta los principios que rigen la prestación de los servicios públicos; (ii) garantizar la seguridad personal e higiene del conjunto de instalaciones que componen el sistema, y (iii) garantizar la intimidad del sujeto titular del saneamiento básico”²¹.

¹⁸ GÓMEZ ACOSTA, Mónica Natalia, “Asociaciones Público Privadas, una nueva oportunidad de desarrollo para el sector eléctrico colombiano” en *Las Asociaciones Público Privadas en el sector minero-energético: experiencia nacional e internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, p. 59.

¹⁹ MONTAÑA PLATA, Alberto *op. cit.*, p. 94.

²⁰ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, Editorial Universidad Del Rosario, Bogotá, 2006, p. 35.

²¹ Sentencia T-280 de 2016, reiterada en la Sentencia T-140 de 2017. Asimismo, ha señalado que no tener acceso a alcantarillado o acueducto no son

A pesar de la libertad económica, por tratarse de un servicio público domiciliario²² denominación dada por la Ley 142 de 1994, debe existir una regulación por parte de los agentes estatales respecto de los prestadores. En esta se establecieron funciones diferenciadas para los organismos del orden nacional y de las entidades territoriales; determinando a las últimas como las responsables de garantizar la prestación de los servicios.

Por otro lado, dos aspectos que demuestran el objetivo de permitir la libertad de empresa y función social del Estado se refleja en las tarifas y los subsidios. En primer lugar, en la ley de servicios públicos domiciliarios se establece el régimen tarifario para éstos, pues su uso y goce, como la misma Corte Constitucional lo ha declarado, no puede ser gratuito. También introduce criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Sobre la no gratuidad de los servicios públicos, el numeral 9 del artículo 99 de la ley 142 de 1994, dispone que entre usuario y empresa de servicios públicos existe una relación jurídica de carácter contractual y oneroso y que no es posible exonerarse del pago del servicio. En segundo lugar, teniendo en cuenta el artículo 368 de la Constitución, el cual autoriza con cargo a los presupuestos públicos, el

excusas para que no se preste el servicio en ciertas regiones del país (la T-418 de 2010, T-103 de 2016, T-129 de 2017, T-475 de 2017, T-012 de 2019, entre otras).

²² La Ley 142 de 1994 impone su aplicación “a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía móvil del sector rural”. Asimismo, la disposición se refiere al servicio de acueducto como “la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluyendo los procesos de conexión y medición”. El artículo 367 constitucional se refiere específicamente a los servicios públicos domiciliarios como una modalidad del concepto genérico de servicios públicos, asignándole especiales atribuciones al legislador para que fije las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

otorgamiento de subsidios para las clases más desprotegidas de la población. Sobre el particular, el numeral 7 del artículo 3 de la Ley 142 establece que “Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta Ley, especialmente las relativas a las siguientes materias [...]: 3.7. Otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos [...]”.

Queda claro entonces que la prestación de servicios públicos domiciliarios no solo tiene como fin último el cumplimiento de objetivos económicos, sino también objetivos sociales relacionados con las disposiciones constitucionales. Por lo que, a pesar de la no gratuidad, la libertad de empresa y competencia, para quienes deciden entrar al mercado y ofrecerlos, también existen responsabilidades, deberes, cargas y condiciones de carácter social que deben asumir. Se observa que si no se les exige unos deberes mínimos con los más necesitados, la simple oferta y demanda en el mercado no sería suficiente para satisfacer la obligación estatal de prestar los servicios de agua potable y saneamiento a toda la población²³. Entonces, aunque prestar servicios públicos es una actividad económica, ésta no funciona como cualquiera otra, pues es el vehículo necesario para materializar los fines esenciales del Estado²⁴. De modo que el Estado, debe tomar las medidas progresivas, a corto, mediano y largo plazo, para garantizar estos derechos a los ciudadanos en cada rincón del país, ya sea por medio de subsidios o soluciones alternativas de abastecimiento.

²³ MONTAÑA PLATA, Alberto *op. cit.*, p.184.

²⁴ PERDOMO VILLAMIL, Camilo “Control jurídico de la regulación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado durante la pandemia COVID – 19; a propósito de las medidas de reconexión inmediata, pago diferido, prohibición de suspensión y/o corte y prohibición de incremento tarifario”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2021, p. 26.

IV. LA GESTIÓN ESTATAL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA Y EL SANEAMIENTO BÁSICO EN EL CONTEXTO GENERADO POR LA PANDEMIA A CAUSA DEL SARS-CoV-2

En lo expuesto hasta ahora en este artículo ha quedado evidenciada la importancia del acceso al agua y al saneamiento básico. Ahora bien, si constituye una necesidad fundamental de los seres humanos en tiempos normales, su relevancia se intensifica en tiempos de pandemia. Desde el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) anunció que la enfermedad del coronavirus o SARS-CoV-2 debía ser caracterizado como una pandemia²⁵. Más de 12 meses después de este suceso, las cifras indican que 2.84 millones de personas fallecieron y el número de contagios alcanza los 130 millones de víctimas por esta enfermedad²⁶. Una vez anunciada la magnitud de la crisis sanitaria, la OMS comenzó a intervenir para salvar la mayor cantidad de vidas. Una de las primeras acciones tomadas fue la de informar cuáles serían las medidas necesarias para combatir el COVID-19 mientras encontraban una vacuna.

El uso del tapabocas, evitar aglomeraciones, el acceso a agua potable y el lavado de manos se convirtieron en las medidas más importantes para mitigar y reducir los contagios del virus. Desde ese momento, la importancia del acceso al agua y al saneamiento básico, de calidad y sin discriminación, se hizo más evidente que en cualquier otra situación. El Grupo de Expertos de la ONU en un comunicado del 23 de marzo de 2020 solicitó a los gobiernos

²⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS”, 2020, [documento en línea] Disponible en: <<https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>>. Consultado el 22/03/2021.

²⁶ HOPKINS Johns, University, “Estadísticas del coronavirus”, Baltimore, 2021 Disponible en: <<https://g.co/kgs/y49teU>> Consultado el: 03/04/2021.

proporcionar “agua de manera gratuita mientras dure la crisis a las personas que viven en la pobreza y a las afectadas por las dificultades económicas que se avecinan”²⁷. Sin embargo, antes del COVID-19, los mismos organismos internacionales evidenciaron que la falta de este recurso era el causante de muchas enfermedades mortales para la población mundial. La pandemia solo constató lo que ya se sabía: el agua y el saneamiento básico son necesarios para sobrevivir.

Colombia tuvo que tomar ciertas medidas para contener, prevenir y mitigar el daño causado por el SARS-CoV-2, debido al impacto que situaciones extraordinarias como ésta genera en las zonas más vulnerables. Así se demostró que todavía existen violaciones estructurales y constantes a los derechos al agua potable y saneamiento de muchos ciudadanos del país. Pues solo interviniendo en la prestación del servicio con subsidios, suspensión del incremento en las tarifas, soluciones alternativas y exigiéndole determinadas acciones a los prestadores fue posible aumentar la cobertura de los servicios para que llegara hasta las comunidades vulnerables en el marco de la emergencia sanitaria. Es decir, en condiciones de normalidad, estas personas no estaban recibiendo los servicios de agua y saneamiento para subsistir en su día a día.

A) NORMATIVA DE EXCEPCIÓN EXPEDIDA COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA

La Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria por causa del COVID-19. Cinco días después, el Gobierno Nacional decretó

²⁷ NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “No se podrá parar el COVID-19 sin proporcionar agua a las personas en situación de vulnerabilidad”, Ginebra, 2020. [documento en línea] Disponible en: <<http://www.oacnudh.org/no-se-podra-parar-el-covid-19-sin-proporcionar-agua-a-las-personas-en-situacion-de-vulnerabilidad-expertos-de-la-onu/>> Consultado el 22/03/2021.

el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020, en el cual se le atribuyen facultades extraordinarias al Gobierno para que tome las medidas y operaciones presupuestales necesarias para combatir la crisis, medida que extendida posteriormente. Bajo ese contexto fue posible que el Presidente de la República y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, así como la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico dictaran medidas regulatorias necesarias para garantizar el acceso a los servicios de acueducto y alcantarillado en el país, debido a su efecto controlador en la transmisión del virus²⁸.

²⁸ En principio, el 20 de marzo de 2020 se conoció el Decreto 441 de 2020, el cual ordenó la reconexión y reinstalación gratuita del servicio público de acueducto a aquellos usuarios que lo tuvieran suspendido o cortado, exceptuando los eventos de suspensión por fraude a la conexión o al servicio. El segundo de los decretos que tomaba medidas para el acceso al agua y al saneamiento básico en Estado de Emergencia fue el Decreto 528 de 2020. En principio, ordenó diferir el pago de los servicios para estratos 1 y 2 hasta por 36 meses en razón a los consumos causados durante los 60 días siguientes a la declaratoria de Estado de Emergencia, sin la posibilidad de cobrar ningún interés o costo financiero por el diferimiento. Además, el Ministerio de Vivienda, en el Decreto 819 de 2020, complementó la disposición anterior, permitiendo que se amplíe el pago diferido a estratos 3 y 4 y a usuarios industriales y comerciales hasta 24 meses, y de forma excepcional para estratos 5 y 6. El mismo decreto establece un crédito directo a personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y el pago total o parcial del servicio de aseo por parte de las entidades territoriales. El último Decreto que reguló la situación del agua y saneamiento básico es el Decreto 580 de 2020, por medio del cual se permitió el subsidio de hasta el 100% del valor del servicio para estratos 1, 2 y 3 hasta el 31 de diciembre de 2020. Su objetivo principal era trasladar la carga económica de las personas con menos ingresos a las entidades territoriales, de esa forma se garantizaría el acceso al agua y al saneamiento básico a los más vulnerables. Sin embargo, este decreto fue declarado inconstitucional en la sentencia C-256 de

Todas las medidas legislativas y regulatorias adoptadas en Colombia demostraron que sin la intervención directa del Estado en la prestación de los servicios de agua y saneamiento básico no hubiese sido posible asegurar a ciertas zonas del país el acceso continuo. El SARS-CoV-2 hizo más evidente que en Colombia todavía hay personas que viven en condiciones no dignas; que no tienen agua potable para lavarse las manos, bañarse o cocinar, ni un alcantarillado que permita espacios aseados y libres de enfermedades. Y a pesar de que la intervención estatal era necesaria, ésta tampoco fue suficiente para garantizar los derechos de personas como los habitantes de calle, migrantes, pueblos indígenas, personas con alta vulnerabilidad socioeconómica que viven en viviendas informales, arrendamiento por días, entre otros²⁹.

B) REFLEXIONES EN TORNO A LAS MEDIDAS ADOPTADAS COMO CONSECUENCIA DEL COVID-19

A pesar de que existen las normas tanto nacionales e internacionales que resaltan la importancia de la garantía de estos derechos, esas disposiciones en ocasiones se quedan en el papel y tienen dificultades para concretarse en la realidad. Aún falta para lograr la satisfacción plena y universal del derecho al agua y al saneamiento básico: a partir de una combinación de regulación e intervención directa que concrete las medidas como las que fueron expuestas.

La gran lección que deja esta crisis sanitaria, económica y humanitaria generada por el COVID-19 es que el Estado debe seguir interviniendo para mejorar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua y saneamiento básico en las zonas rurales y las más vulnerables del país. Esta no será la última pandemia que

2020, con fundamento en vicios de forma, pues el decreto no estaba firmado por todos los ministros del despacho.

²⁹ GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Julián “En la primera línea: agua potable y Covid-19” en #006 *Del miedo a la acción*, Dejusticia, Bogotá, 2020, p.11.

vivirá la humanidad³⁰, invertir en infraestructura y regular la prestación podría convertirse en la medida preventiva más eficiente para proteger a todos los ciudadanos en futuras emergencias sanitarias³¹. Hubiera sido deseable que no fuera necesaria una pandemia y sus efectos para entender que los servicios de acueducto y alcantarillado pueden prevenir la propagación de enfermedades y mejorar la calidad de vida de las personas. En algunos casos, incluso salvarlas.

La administración pública tiene un margen amplio para la regulación de la prestación de servicios. Si fue posible garantizar con mayor cobertura el acceso a los servicios en la pandemia del COVID-19, por ejemplo, con soluciones alternativas al alcantarillado y acueducto, sería ideal que a futuro se considere la creación de más políticas públicas sostenibles para seguir avanzando en el cumplimiento del ODS, en particular las metas definidas en el objetivo número 6 al año 2030 y de medidas concretas para materializarlas. Por supuesto que, de acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Política, los intereses económicos de los actores de este mercado deben ser respetados y alentados. Pero es necesario que todos los intereses sean armonizados y balanceados, pues estas actividades, al fin y al cabo, constituyen un medio para materializar los fines sociales del Estado.

Si la administración pública no asume un rol más activo en la garantía de los servicios, como se ha demostrado en este artículo, será el juez constitucional quien intervendrá tomando las riendas para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos³². Se

³⁰ QUAMMEN, David, *Contagio: la evolución de las pandemias*, Bogotá, Random House Mondadori, 2020, p. 415-418.

³¹ LIBER Martín, “El derecho humano al agua y al saneamiento en contexto de pandemia: evidencia de desigualdad” en *Covid-19 y Derechos Humanos. La pandemia de la desigualdad*, Biblos, Buenos Aires, 2020., p. 230.

³² HENAO PÉREZ, Juan Carlos “El Juez Constitucional: un actor de las Políticas Públicas”, en *Revista Derecho del Estado*, vol. 15, núm. 29, Julio-Diciembre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 71

ha afirmado que, la gobernanza, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis³³. Si ese déficit no se supera pronto, los jueces continuarán siendo quienes creen las políticas públicas necesarias para llegar por completo a la población en materia de agua potable y saneamiento básico, buena parte de ellas con fundamento en la normativa internacional y nacional que ha regulado la materia, tal como se ha expuesto.

V. CONCLUSIONES

Aunque no exista una norma expresa que así lo determine, el derecho internacional se ha encargado, a través de normas que son jurídicamente vinculantes para Colombia, de establecer el derecho al agua y al saneamiento básico de todos los ciudadanos. Del mismo modo, en el ordenamiento interno se han generado otras más que desarrollan las obligaciones para el Estado y resaltan su importancia para la subsistencia del ser humano. Adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que existen dos facetas que deben garantizarse, la de derecho fundamental y la de servicio público domiciliario esencial.

El contenido normativo y jurisprudencial sobre agua y saneamiento básico, es bastante amplio. No obstante, se ha convertido en uno de los más grandes retos del Estado materializar estas disposiciones. Todavía existe una profunda brecha de desigualdad en el país frente al acceso a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado. Actualmente, su faceta prestacional se considera una actividad económica liberalizada. En consecuencia, existen intereses económicos que se contraponen en algunas

³³ SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús, *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*, Universidad del Rosario Facultad de Jurisprudencia, Textos de Jurisprudencia, Serie Maestría, Bogotá, 2009, p. 83.

situaciones con los intereses sociales. Debido a ello el Estado debe vigilar y controlar la intervención privada, pues es importante entender que ésta es principalmente un medio para alcanzar los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

Así pues, la importancia de la intervención estatal se hizo más evidente durante la pandemia causada por el SARS-CoV-2. Debido a la relevancia del agua y el saneamiento básico para dar fin a la crisis sanitaria, el Estado tuvo que tomar medidas como la reconexión o reinstalación de los servicios, suspensión del aumento tarifario y abastecimiento a través de medios alternativos. El COVID-19 permitió constatar las condiciones de desigualdad y discriminación que viven algunos ciudadanos que no cuentan con condiciones de agua potable y saneamiento óptimas para prevenir enfermedades ni para sobrevivir a situaciones extraordinarias como el confinamiento.

En conclusión, es un deber de las autoridades estatales con los recursos disponibles, y adoptar las medidas concretas que tengan como objeto garantizar la prestación efectiva del derecho al agua y al saneamiento básico. De no ser así, será el juez, cuando identifique una afectación a los derechos, quien intervenga indicando las medidas que deben tomarse para proteger al ciudadano. Las autoridades, deben encontrar un balance entre los intereses económicos de los prestadores y los intereses sociales del Estado, pero se debe tener presente que tanto por el mandato de la Constitución Política como por desarrollos legislativos y jurisprudenciales es su obligación garantizar unas condiciones mínimas para el disfrute de estos derechos, dando prelación a las personas en condiciones de vulnerabilidad.

