**INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE CAMARA**

**AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NO. 298 DE 2022 CÁMARA – NO. 014 DE 2022 SENADO**

**“Por el cual se establece el acceso al**

**agua como un derecho fundamental y se adiciona el artículo 76 de la Constitución**

**Política de Colombia”**

Bogotá D.C., 05 de diciembre de 2022.

Honorable Representante

**JUAN CARLOS WILLS OSPINA**

Presidente

Comisión Primera Constitucional Permanente

Cámara de Representantes

Congreso de la República

Ciudad

**Asunto***:* Informe de ponencia para primer Debate (1ra Vuelta) en Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes al Proyecto de Acto Legislativo No. 298 de 2022 Cámara – No. 014 de 2022 Senado “Por el cual se establece el acceso al agua como un derecho fundamental y se adiciona el artículo 76 de la Constitución Política de Colombia”

Respetado Señor Presidente,

Atendiendo la honrosa designación efectuada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, y en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 5 de 1992, me permito rendir Informe de Ponencia para primer Debate (1ra Vuelta) en Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes al Proyecto de Acto Legislativo No. 298 de 2022 Cámara – No. 014 de 2022 Senado “Por el cual se establece el acceso al agua como un derecho fundamental y se adiciona el artículo 76 de la Constitución Política de Colombia” en los siguientes términos.

Del honorable congresista,

**SANTIAGO OSORIO MARIN**

**Representante a la Cámara**

1. **TRÁMITE LEGISLATIVO**

El Proyecto de Acto Legislativo fue radicado en la Secretaría del Senado de la República el 04 de agosto de 2022 por los siguientes Senadores: Angelica Lozano Correa; Humberto de la Calle; Paloma Valencia; Inti Raúl Asprilla; Fabian Diaz; Ivan Leonidas Name; Ana Carolina Espitia; Andrea Padilla Villarraga y Pulido Hernandez y por los siguientes Representantes a la Cámara: Julia Miranda; Elkin Ospina; Jennifer Pedraza; Juan Diego Muñoz; Carolina Giraldo; Catherine Juvinao; Duvalier Sánchez; Cristian Avendaño; Daniel Carvalho; Jaime Raúl Salamanca; Alejandro Garcia ; Juan Sebastián González y el suscrito ponente Santiago Osorio Marin.

La iniciativa recibió el número 014 de 2022 y fue publicada en la Gaceta 903 de 2022 del Senado de la República, repartido por competencia constitucional a la Comisión Primera de Senado.

La ponencia para primer debate fue radicada en la secretaría de la Comisión Primera del Senado de la República el 29 de septiembre de 2022 y fue publicada en la Gaceta 1108 de 2022. La proposición con la que terminó el informe de ponencia solicitaba dar primer debate al Proyecto de Acto Legislativo con el texto original radicado en la Secretaría del Senado y publicado en la Gaceta 903 de 2022. El 25 de octubre de 2022 se llevó a cabo el primer debate en la Comisión Primera del Senado de la República en donde se aprobó por unanimidad de los Senadores presentes.

La ponencia para segundo debate fue radicada en la secretaría de la Comisión Primera del Senado de la República el 02 de noviembre de 2022. La proposición con la que terminó el informe de ponencia solicitaba dar segundo debate considerando las modificaciones planteadas por el ponente. El 16 de noviembre de 2022 la plenaria del Senado aprobó ese Proyecto de Acto Legislativo, el texto aprobado fue publicado en la gaceta 1451 de 2022 Senado.

El día 02 de diciembre de 2022 mediante el oficio C.P.C.P 3.1-0702-2022 la mesa directiva de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes me designó como único ponente de esta iniciativa.

1. **OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO**

Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa legislativa pretende establecer el agua como derecho fundamental en Colombia, teniendo en cuenta que el agua es un elemento del que deben gozar todos los seres humanos de esta y las generaciones futuras. Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso al agua para atender sus necesidades básicas.

En el marco del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el año 2002 su Comité promulgó la Observación General No. 152 , en la cual se delimitó el concepto y contenido del derecho humano al agua, en adelante, DHA.

Teniendo en cuenta la fecha de expedición de la Observación, el ordenamiento jurídico colombiano en ese momento no contemplaba mención alguna sobre el concepto y los componentes del derecho humano al agua. Razón por la cual no se encuentran normas especiales y expresas (o un cuerpo normativo propio) que lo comprenda.

No obstante, a partir de la jurisprudencia constitucional y otros mecanismos, este derecho ha venido siendo incluido en nuestras normas, y, de hecho, actualmente se encuentra adscrito a la Constitución Política , la cual irradia el resto del ordenamiento jurídico colombiano. Tanto así, que la Corte Constitucional ha dicho que el legislador posee la “obligación de expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes”

Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa pretende establecer el agua como derecho fundamental, dentro del artículo 76 de la Constitución Política de Colombia, teniendo en cuenta que el agua es un elemento del que deben gozar todos los seres humanos de esta y las generaciones futuras. Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso para atender sus necesidades básicas.

Una manera efectiva para proteger y garantizar la sostenibilidad de su uso es darle categoría de derecho fundamental, equiparándola a una norma no negociable y poniéndola por encima de los modelos económicos de mercado y los intereses particulares y haciendo énfasis en su carácter de recurso de carácter estratégico para el desarrollo económico, social, cultural y fundamental para la existencia del ser humano.

En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo se hizo referencia a documentos científicos y de organizaciones internacionales que ponen de presente la magnitud de la importancia de garantizar la disponibilidad del recurso hídrico para la supervivencia de la especie y la conservación de la vida a escala planetaria.

No cabe duda entonces de la trascendencia que el acceso al agua tiene para la garantía de la calidad de vida actual y futura para los seres humanos, como también de su utilidad para el desarrollo de actividades económicas, culturales y recreativas. Sin embargo, debe quedar claro el orden de prioridades, de manera que en la gestión del recurso siempre prevalezca su aptitud para el consumo en actividades humanas sobre su utilización para actividades económicas, y de allí la conveniencia de elevar su acceso a la condición de derecho fundamental.

1. **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

En el marco del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el año 2002 su Comité promulgó la Observación General No. 15[[1]](#footnote-0) en la cual se delimitó el concepto y contenido del derecho humano al agua, en adelante, DHA.

Teniendo en cuenta la fecha de expedición de la Observación, el ordenamiento jurídico colombiano en ese momento no contemplaba mención alguna sobre el concepto y los componentes del derecho humano al agua. Razón por la cual no se encuentran normas especiales y expresas (o un cuerpo normativo propio) que lo comprenda.

No obstante, a partir de la jurisprudencia constitucional y otros mecanismos, este derecho ha venido siendo incluido en nuestras normas, y de hecho, actualmente se encuentra adscrito a la Constitución Política, la cual irradia el resto del ordenamiento jurídico colombiano. Tanto así, que la Corte Constitucional ha dicho que el legislador posee la obligación de expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes” Sentencia T-325 de 2017 M.P Aquiles Arrieta.

Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa pretende establecer el agua como derecho fundamental, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia, teniendo en cuenta que el agua es un elemento del que deben gozar todos los seres humanos y las generaciones futuras. Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso para atender sus necesidades básicas.

Una manera efectiva para proteger y garantizar la sostenibilidad de su uso es darle categoría de derecho fundamental, equiparándola a una norma no negociable y poniéndola por encima de los modelos económicos de mercado y los intereses particulares y haciendo énfasis de ser un recurso de carácter estratégico para el desarrollo económico, social, cultural y fundamental para la existencia del ser humano.

No cabe duda entonces de la trascendencia que el acceso al agua tiene para la garantía de la calidad de vida, actual y futura, para los seres humanos, como también de su utilidad para el desarrollo de actividades económicas, culturales y recreativas. Sin embargo, debe quedar claro el orden de prioridades, de manera que en la gestión del recurso siempre prevalezca su aptitud para el consumo en actividades humanas sobre su utilización para actividades económicas, y de allí la conveniencia de elevar su acceso a la condición de derecho fundamental.

**Marco Normativo Internacional**

**Derecho Internacional de Derechos Humanos:**

En este cuerpo normativo se encuentra contemplado el derecho humano al agua de tres formas principales. De manera implícita, relacionada con otros derechos especiales y de manera autónoma y explícita como en la doctrina de las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

1. De manera implícita o indirecta está en la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas en 1948[[2]](#footnote-1) , en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y otros, donde se expresa que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud, el bienestar y la alimentación; lo cual sin agua no es posible
2. De manera explícita está en la Convención sobre los Derechos del Niño[[3]](#footnote-2) el cual expresa la necesidad imperante de los Estados de “combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”. Nótese que la norma expresa la obligación del Estado en términos de suministro, sin interesar la manera de realizarlo. Por lo tanto, se deberá garantizar de manera física la entrega del líquido a la población infantil.

**Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y**

**Culturales.**

La Observación General no. 15, es tal vez el cuerpo más importante respecto del derecho humano al agua que nace en interpretación de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del Pacto[[4]](#footnote-3)Parte de una visión amplia del derecho a la vida digna donde el agua es una condición para la supervivencia de los seres humanos y ayuda a la realización de otros derechos del pacto como la alimentación, la vivienda, la educación y la cultura.

Para su realización establece que se debe tener en cuenta:

a) La utilización del principio de no discriminación e igualdad de tal manera que genere la obligación especial del Estado de eliminar las diferencias no justificadas en el acceso al agua apta para el consumo humano, con atención de aquellas personas de especial protección como los menores, los pueblos indígenas, los desplazados, los presos, entre otros.

b) Debe existir una relación en los usos del agua en donde los abastecimientos personales y domésticos deberán desplazar a los demás como industriales, prácticas culturales y otros.

c) Se debe garantizar la seguridad de las condiciones salubres de las fuentes hídricas y eliminar la contaminación que presente un riesgo para el hábitat humano.

Derivado de lo anterior, el derecho debe comprender: i) la disponibilidad, la continuidad y la suficiencia del recurso teniendo en consideración el clima, el trabajo, la ubicación geográfica de acuerdo con los lineamientos establecidos por la Organización Mundial de la Salud. ii) la calidad vista en páginas anteriores, iii) la accesibilidad física, económica y no económica.

# En el Derecho Internacional Humanitario

En este cuerpo normativo se encuentra el derecho humano al agua relacionado con la defensa de bienes y personas protegidas en situación de conflicto, con el fin de limitar las conductas y medios militares de quienes participen en las hostilidades, lo cual comprende tres ópticas:

Una bajo la cual se pretende la protección del medio ambiente incluido el recurso hídrico mediante restricciones a la utilización de “técnicas de modificación ambiental”[[5]](#footnote-4) con fines militares estratégicos; entre las cuales está el uso de armas biológicas o químicas, tóxicos, gases asfixiantes entre otros. Otra que responde al mantenimiento del derecho sobre personas intervinientes en el conflicto como los prisioneros[[6]](#footnote-5), a los cuales el Estado retenedor deberá suministrar agua potable y alimentos suficientes para el mantenimiento de su vida.

Por último, aparece la protección de bienes y personas relacionadas con el conflicto. Según el Protocolo Adicional a los Convenios de 1949 y otros, se prohíbe inutilizar y atacar obras indispensables para el mantenimiento de la población civil como las reservas de agua y las instalaciones para de ella surtirse. Lo cual será de vigilancia de los organismos de asistencia humanitaria.

# En el Derecho internacional público ambiental

A partir de la publicación “la primavera silenciosa”[[7]](#footnote-6) que introdujo las bases de la ecología moderna, los Estados comenzaron a implementar una serie de medidas jurídicas para la protección del medio ambiente, que en materia internacional han hecho parte del derecho público.

La protección de las aguas se ha presentado en diversos cuerpos, sin que esté necesariamente relacionada con el derecho que nos ocupa, ya que vigila y cuida el recurso hídrico per se, entre éstos se destacan:

1. En la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, realizada en Estocolmo en 1972 se reconoció que las condiciones de vida adecuadas son un derecho humano, entre las cuales podemos incluir el acceso al agua apta para consumo.
2. A su vez la declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en 1977, estableció que en 1990 la humanidad debería contar con los servicios de agua y saneamiento, lo cual implicaba una serie de acciones positivas por parte de los Estados.
3. La Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente de Naciones Unidas insistió sobre la importancia de asumir y enfrentar la escasez del agua, así como su utilización insostenible. A su vez proclamó por la consideración del recurso hídrico como un bien

económico, finito y fundamental para la vida del hombre por tanto solicitó mecanismos de participación para la toma de decisiones sobre sus cuestiones.

1. La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo como marco primario del Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible o Agenda XIX, el Convenio sobre Diversidad Biológica, Cambio Climático, la Declaración de Principio de los Bosques entre otros, vinculó la visión ambiental de los recursos naturales a los derechos humanos entendiendo por estos últimos la condición bajo la cual se desarrolla el hombre y la calidad de vida.
2. La Agenda XIX establece a su vez que el suministro de agua dulce a la totalidad de la población acorde con sus necesidades básicas debe ser una meta global.
3. En el derecho marítimo también encontramos las siguientes manifestaciones sobre la protección de los recursos hídricos que estarían relacionadas con la disponibilidad: la Convención de Naciones Unidas sobre los usos de los cursos de aguas internacionales de 1997, las Reglas de Helsinski de 1996 entre otros.
4. En 2002, en Johannesburgo, mediante los resultados de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, se trataron como aspectos principales el acceso al agua potable y el saneamiento básico por cuanto representan un modo de calidad de vida sostenible. Por tanto, fue la oportunidad de adoptar compromisos ciertos y concretos en la ejecución de la Agenda XXI y en general del desarrollo sostenible.

Adicionalmente, se planteó la necesidad de garantizar a más de cien millones de personas que no cuentan con agua potable el DHA y proveer de igual manera del saneamiento básico adecuado. “En esta cumbre se refleja un consenso internacional en el sentido de considerar el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho fundamental.”[[8]](#footnote-7)

# Normativa Nacional

En Colombia las aguas se encuentran reguladas en diversas normas, unas para las marítimas, otra para las continentales, otras para las lluvias y atmosféricas y así sucesivamente, lo cual contempla una falta de integralidad del régimen entre el cual se desenvuelve el derecho objeto de estudio.

Por otra parte, el DHA se encuentra consagrado de manera adscrita en la Constitución Política de Colombia, en las normas del derecho ambiental y en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Veamos:

# De la adscripción del DHA a la Constitución Política de Colombia de 1991.

Como se dijo en páginas anteriores, el DHA en Colombia no se encuentra expresamente consagrado en nuestro texto constitucional, por tal razón corresponde ahora el estudio de las maneras o formas[[9]](#footnote-8) de vinculación con nuestra norma ius fundamental: la inmersión en el bloque de constitucionalidad, tener conexidad con otros derechos fundamentales y tratarse de un derecho subjetivo innominado.

# En el bloque de constitucionalidad.

A partir de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 de la Constitución que rezan:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

Es posible observar que la lista de derechos fundamentales de la Carta de 1991 no es taxativa o limitante y por ende se encuentran en ella inmersos los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y otros. Esta figura se conoce como bloque de constitucionalidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al ser un instrumento que contempla derechos humanos que no pueden ser limitados en estados de excepción, hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio. La Defensoría Del Pueblo propone que, las observaciones del Comité al ser las interpretaciones oficiales del Pacto tendrán igual suerte y harán parte de nuestro ordenamiento por adscripción[[10]](#footnote-9) ya que son preceptos internacionales que poseen la posibilidad de modificar el actuar de los Estados, bien sea por pertenecer a clasificaciones especiales de países garantistas, costumbre como fuente del derecho y otros.

Dicho bloque en palabras de la Corte posee dos ópticas. La primera denominada strictu sensu, conformada por principios y normas de valor constitucional que se reflejan en el texto ius fundamental y los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida en los estados de excepción[[11]](#footnote-10). La segunda o lato sensu comprendida por normas de diversa jerarquía que permiten realizar control de constitucionalidad como tratados internacionales, incluidos los limítrofes, las leyes orgánicas y las estatutarias[[12]](#footnote-11).

De ahí que, el contenido del bloque no se limite únicamente a lo visto. En diversas sentencias de la Corte Constitucional se han contemplado como parte del bloque de constitucionalidad, el derecho a la protección de la mujer embarazada[[13]](#footnote-12), los convenios de la OIT[[14]](#footnote-13), los derechos sociales[[15]](#footnote-14), los derechos de los niños, algunos principios procesales como el debido proceso y la presunción de inocencia[[16]](#footnote-15); los derechos de las víctimas del desplazamiento interno forzado, el agua para consumo

humano directo[[17]](#footnote-16) y otros. Por tanto, el DHA, hace parte del bloque también por inclusión directa por parte de la jurisprudencia constitucional[[18]](#footnote-17).

Por lo anterior, no existe duda alguna que el DHA es uno fundamental que hace parte de nuestro ordenamiento interno, en otras palabras, el contenido normativo del derecho y por ende de las obligaciones del Estado para realizarlo se encuentra basado primordialmente en el concepto de bloque de constitucionalidad[[19]](#footnote-18) Adicionalmente, encontramos que el DHA por estar en el bloque goza de la regla hermenéutica de favorabilidad, mediante la cual, no se puede restringir el ejercicio del derecho fundamental en virtud de disposiciones internas que le sean contrarias.

# Los derechos fundamentales por conexidad

La adscripción del DHA a la Constitución Política de Colombia también puede observarse por una figura denominada “conexidad”, mediante la cual algunos derechos adquieren el carácter de fundamental por su relación con éstos.

Esta es la relación que se predica del agua de manera permanente con la vida y la salud de las personas, cuando sea utilizada de manera directa para consumo humano. Es decir: a) el derecho al agua es fundamental cuando esté destinada al consumo humano, ya que solo en este evento estará en conexión con la vida digna y la salud; b) Por ende la acción de tutela será la llamada a la protección del DHA y desplazará a la acción popular. No lo será en cambio cuando el agua esté destinada a usos como el industrial y el agropecuario; c) dicha acción de tutela podrá ser interpuesta contra autoridad pública como contra cualquier particular que afecte el derecho; d) “de conformidad con los criterios interpretativos sentados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el contenido del derecho fundamental al agua implica la disponibilidad continua y suficiente de agua para los usos personales y domésticos, la calidad salubre del agua, y la accesibilidad física, económica e igualitaria a ella”[[20]](#footnote-19)

Por ende, el agua por su relación con la vida y la salud es un derecho fundamental por conexidad y de esta manera se encuentra también adscripto a la norma ius fundamental.

# Por expresa consagración de la jurisprudencia constitucional.

Para tratar la cuestión se cita y seguirá a la Corte Constitucional en Sentencia T-418 de 2010 ya que lo desarrolla ampliamente.

“Aunque no se trata de un derecho expresamente señalado por la Constitución Política, se ha de entender incluido, teniendo en cuenta el texto Constitucional aprobado por el Constituyente de 1991, y, en especial, sus posteriores reformas, al respecto.”[[21]](#footnote-20)

La Corte narra cómo la Constitución se decretó, sancionó y promulgó con el fin de asegurar a los colombianos la vida, la justicia y la igualdad, organizando un estado social de derecho fundado en cuatro pilares: el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general.

Por ende, se fijaron como fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos de la Constitución sin discriminación alguna; el saneamiento ambiental a cargo del Estado, el derecho a gozar de un ambiente sano y “la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”

Terminando por concluir que “El derecho al agua, por tanto, es un derecho constitucional complejo que se ha venido desarrollando a lo largo de los últimos años, en especial, en atención a la importancia que el mismo tiene como presupuesto de los demás derechos fundamentales y del desarrollo. El derecho al agua está interrelacionado y es indivisible e interdependiente de los demás derechos fundamentales. De hecho, la complejidad del derecho al agua incluye, incluso, dimensiones propias de un derecho colectivo, con las especificidades propias de este tipo de derechos. Pero esta es una cuestión que la Sala tan sólo menciona y no entra analizar, por no ser relevante para la solución del problema jurídico concreto.”[[22]](#footnote-21)

# En el Derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios

Los artículos primero y segundo de la Constitución Política de 1991 dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho y por ende reconoce, consagra y respeta los derechos y garantías de los ciudadanos, entre ellos el DHA. Más aun, es un fin esencial del Estado garantizar su ejercicio, mediante los servicios públicos domiciliarios[[23]](#footnote-22) que son acueducto, alcantarillado, aseo, gas y energía eléctrica, donde los dos primeros tendrán nuestra mayor atención.

En palabras de la Corte Constitucional “La realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas”[[24]](#footnote-23)

El sistema de prestación de los servicios permite que sean llevados a cabo tanto por particulares como por el Estado. En este sentido podrán prestarlo únicamente [[25]](#footnote-24)las sociedades por acciones, las organizaciones autorizadas, las empresas industriales y comerciales del Estado y los municipios de manera directa cuando no exista particular dispuesto a hacerlo.

# Alcance del proyecto de acto legislativo

# Acceso al agua como derecho fundamental

Uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) presentados por la Organización de Naciones Unidas, concretamente el sexto objetivo es “garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible”. Para la Organización de Naciones Unidas “el agua libre de impurezas y accesible para todos es parte esencial del mundo en que queremos vivir” y “hay suficiente agua dulce en el planeta para lograr este sueño”.

La protección del recurso hídrico es una necesidad urgente a nivel global. Según la Organización de Naciones Unidas (ONU) “para 2050, al menos una de cada cuatro personas probablemente vivas en un país afectado por escasez crónica y reiterada de agua dulce”. Este objetivo de desarrollo sostenible, junto con los otros 16 objetivos, son una base para la construcción de una paz sostenible en nuestro país.

Según el informe Dividendos Ambientales de la Paz elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, la guerra armada deja un saldo ambiental preocupante. Tan solo frente al recurso hídrico el “60% de las fuentes hídricas del país están potencialmente afectadas por extracción ilícita de minerales y derrames de petróleo: 10 veces el caudal promedio del río Nilo” [[26]](#footnote-25) y “4,1 millones de barriles de petróleo han sido derramados en los últimos 35 años: equivalente a 16 veces la catástrofe de Exxon Valdez (así se llamaba el buque petrolero que en 1989 encalló con 11 millones de galones de crudo y causó la peor tragedia ecológica en Alaska)”. Adicionalmente, “los 757 mil barriles derramados entre 2009 y 2013 afectan el agua y el suelo de 129 municipios”. Es en este contexto que se hace imperativo suplir el déficit de protección al recurso hídrico reconocido por la Corte Constitucional[[27]](#footnote-26).

El derecho al agua, cuyo contenido ha sido desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en reiterada jurisprudencia, es un derecho polifacético. Así, la Corte Constitucional ha mencionado que entre los derechos constitucionales relevantes en materia del agua “vale la pena al menos mencionar los siguientes: el (1) derecho a la vida, que se consagra como inviolable y (2) a que nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, (3) el derecho a la igualdad (“), (4) los derechos de las niñas y de los niños; (5) al saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado; (6) a una vivienda digna; (7) el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y a que la comunidad participe en las decisiones que puedan afectarlo”[[28]](#footnote-27)

En este sentido, las distintas dimensiones del derecho al agua podrían clasificarse en al menos dos grupos, la primera dimensión hace de este derecho una condición necesaria del derecho a la vida de los seres humanos, y todos los aspectos y garantías que se relacionan con esta dimensión: igualdad, derechos de las niñas y los niños, vivienda digna, etc. La segunda dimensión relaciona directamente el derecho al agua como recurso natural esencial del medio ambiente con el derecho a gozar de un ambiente sano. Ambas dimensiones quedan plasmadas en el texto de artículo 76 que propone la presenta ponencia, pues no solo se establece que todo ser humano tiene derecho al acceso al agua sino y que su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, con lo que se recoge la dimensión humana del derecho al agua, sino que, además, se establece que se trata de un recurso público esencial para el desarrollo social, ambiental, económico y cultural y que corresponde al Estado colombiano garantizar la protección, conservación, recuperación y manejo sostenible tanto del recurso como de los ecosistemas.

El derecho al agua ha sido definido por Naciones Unidas como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”[[29]](#footnote-28) que comprende (i) el derecho a disponer, y a (ii) acceder a cantidades suficientes de agua, y además, que el mismo sea (iii) de calidad “para los usos personales y domésticos”. Por otro lado, como ya se mencionó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha indicado una serie de elementos necesarios para garantizar efectivamente el derecho al acceso al agua[[30]](#footnote-29).

**La disponibilidad**. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

**La calidad.** El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

**La accesibilidad**. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: a) Accesibilidad Física; b) Accesibilidad Económica; c) No Discriminación; d) Acceso a la Información.

# No busca la gratuidad del Servicio Público

Este Proyecto de acto Legislativo atiende la Observación número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sentido en que debe atender a las condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad conforme al principio de progresividad. Con ello, se resuelve la inquietud frente al tema de la gratuidad y mínimo vital por las siguientes razones.

La accesibilidad en sentido amplio implica que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte; y en sentido específico, la accesibilidad económica implica que los costos deben estar al alcance de todos y no ser un obstáculo. Por lo tanto, la accesibilidad no implica gratuidad ni implica la inexistencia de un costo por el servicio; lo que implica es que dicho costo cumpla con ciertas características.

Cabe anotar que de acuerdo con el estudio “Avance del derecho humano al agua en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales” de la Defensoría del Pueblo, en materia de accesibilidad económica es evidente que el abastecimiento de agua supone la existencia de costos directos e indirectos derivados del transporte, aducción, tratamiento, almacenamiento, distribución y comercialización de líquido. Por ende, es claro que los costos no provienen del agua, sino de las actividades requeridas para su distribución en óptimas condiciones, y estos costos en ningún momento se desconocen en el presente proyecto.

Adicionalmente, tal y como lo manifestó el DNP en el concepto enviado, la asequibilidad desde el punto de vista de accesibilidad económica no indica un servicio gratuito. Ello por cuanto la ley es clara al consagrar como indebida competencia a la hora de prestar el servicio público de agua potable, la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-041 de 2003 señaló que “el concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (artículo 367) y ha surgido en cabeza de los particulares, la obligación a contribuir en el financiamiento de los gastos en que incurra el prestador del servicio dentro de los criterios de justicia y equidad (artículos 95, 367, 368 y 369 C. P.). Por ende, el reconocimiento del derecho al agua como fundamental no implica que el servicio de acueducto deba ser gratuito para la población.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior y partiendo de la no gratuidad del servicio y de la existencia de unos costos asociados al mismo, es claro que al derecho al agua también le son aplicables los mandatos generales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación con su aplicación. Por lo tanto, debe haber una aplicación progresiva del derecho.

Por lo tanto, para evitar interpretaciones erróneas y para que el Estado pueda responder a las obligaciones que se generan con el reconocimiento de este derecho se incluyó de manera explícita el principio de progresividad. También se hizo con el fin de reafirmar el pronunciamiento de la Corte en su sentencia T-760 de 2008 según el cual “Las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho”.

# La Regla de Sostenibilidad Fiscal no se puede invocar como un impedimento para reconocer Derechos Fundamentales

Frente a este punto es importante destacar que la regla de sostenibilidad fiscal no es un impedimento para reconocer derechos fundamentales. En el año 2011 se aprobó el Acto Legislativo número 3 relacionado con la sostenibilidad fiscal que, en su primer artículo, hoy artículo 334 de la Constitución establece que:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público será prioritario (“).

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”[[31]](#footnote-30)

En este sentido, el cumplimiento y garantía plena de los derechos fundamentales es la principal excepción a la regla de sostenibilidad fiscal.

# No generará una tutelatón

La acción de tutela para amparar el derecho fundamental de acceso al agua es un mecanismo existente que no depende de la consagración de éste en la Constitución para su efectiva activación. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que “se ha ocupado en varias ocasiones de la procedencia de la acción de tutela para la salvaguarda del derecho al agua, entendiendo que cuando se destina al consumo humano se realza su propio carácter de derecho fundamental y su protección puede ser garantizada a través del mecanismo constitucional”[[32]](#footnote-31). La Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que es necesario “estudiar a fondo las particularidades propias de cada caso”[[33]](#footnote-32)

Más allá de las posibilidades de activación de mecanismos de protección que se puedan activar al consagrar el derecho al agua como derecho fundamental en el texto de la Constitución, cabe resaltar que Colombia se ha comprometido a nivel internacional a cumplir con las metas asociadas al objetivo número 6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Es decir, el Gobierno nacional ya ha adquirido unos compromisos y se ha propuesto unas metas en términos de protección del recurso hídrico que en nada se modifican con la consagración del derecho al agua como derecho fundamental en la Constitución. En este sentido, a continuación, se mencionan algunas de las metas a las que se compromete Colombia asociadas al objetivo de desarrollo sostenible consistente en “garantizar la disponibilidad del agua y su gestión sostenible”:

* Para 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos.
* Para 2030, mejorar la calidad del agua mediante la reducción de la contaminación, la eliminación del vertimiento y la reducción al mínimo de la descarga de materiales y productos químicos peligrosos, la reducción a la mitad del porcentaje de aguas residuales sin tratar y un aumento sustancial del reciclado y la reutilización en condiciones de seguridad a nivel mundial.
* Para 2030, aumentar sustancialmente la utilización eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir sustancialmente el número de personas que sufren de escasez de agua.
* Para 2030, poner en práctica la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda.
* Para 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos.
* Apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento”[[34]](#footnote-33).

Asimismo, el documento de Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 estableció que “el acceso al agua potable y saneamiento básico son factores determinantes para mejorar las condiciones de habitabilidad de las viviendas, impactar en la situación de pobreza y salud de la población, así como contribuye a incrementar los índices de competitividad y crecimiento del país. Sin embargo, se presentan deficientes indicadores de prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en algunas zonas del país, a nivel de cobertura, calidad y continuidad, que requieren acciones concretas encaminadas a asegurar la adecuada planificación de las inversiones sectoriales y esquemas de prestación de los servicios que aseguren la sostenibilidad económica y ambiental de las inversiones”.

Adicionalmente las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 señalan que “reducir la pobreza y lograr una mayor equidad requiere mejorar la conexión de las poblaciones con los circuitos del crecimiento económico, así como el acceso a bienes y servicios que mejoran sus condiciones de vida. Esto es una vivienda digna, con acceso adecuado a agua y saneamiento básico, con facilidades de transporte y acceso a tecnologías (“)”

Las cifras más recientes entregadas por el Ministerio de Vivienda en el documento “Plan director de agua y saneamiento básico - Visión estratégico 2018 – 2030”, se muestra una cobertura de acueducto para el año 2017 del 97,4% en suelo urbano, en cuanto al acceso a agua potable en suelo rural para ese año fue del 73,2%, para un total nacional del 92,4%. En cuanto al servicio público domiciliario de alcantarillado, para el mismo año, se tuvo una cobertura del 92,4% en suelo urbano, 70,1% en suelo rural y total nacional de 88,2%.

En materia de calidad del agua, el documento anteriormente citado, menciona que 28,1 millones de personas en la zona urbana cuentan con agua potable, (86,11% de la población total con servicio). Sin embargo, alrededor de 3,8 millones de personas recibieron agua con algún nivel de riesgo, es decir, no apta para el consumo, lo cual representa el 11,56% de la población total con servicio en el país.

Finalmente, es preciso aclarar que el proyecto de Acto legislativo en mención no requiere estudio de impacto fiscal en virtud de lo establecido en parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia:

“ARTICULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

PARÁGRAFO. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los <sic> derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.”.

**Impacto del derecho humano al agua en aspectos financieros**

* En cuanto a las posibles consecuencias de la gratuidad en las tarifas del servicio público de acueducto, es pertinente señalar que su real impacto no recae sobre el Estado ya que la prestación de servicios públicos recae en los particulares que prestan el servicio, de conformidad con los art 15 y 17 de la ley 142 de 1994, en tanto ellos son los prestadores.
* Para el año 2016, acorde con Min Hacienda, en relación con recursos del PGN destinados a garantizar el acceso al agua y la protección de recursos hídricos, la apropiación máxima para garantizar el acceso al agua y la protección, conservación, recuperación y manejo sostenible del recurso hídrico fue de $2,14 billones de acuerdo a Ley 1769 de 2015.
* De otra parte, los casos de acceso no implican gratuidad para todos y se predican de los sujetos de especial protección, y en ese sentido la sentencia C 150 de 2003 comenzó a generar directrices para señalar unos requisitos para que el prestador no pueda adelantar el procedimiento de suspensión del servicio (niños, adultos mayores, desplazados, pueblos indígenas y personas en condición de discapacidad).
* La sostenibilidad de las aguas se garantiza a través de un ordenamiento jurídico dispuesto al cuidado, protección, preservación, conservación y recuperación de los recursos naturales. Sobre este particular debemos resaltar que el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto Ley 2811 de 1974) reza en su artículo 9º que el uso de los recursos y demás elementos ambientales deben ser utilizados en forma eficiente para lograr su máximo provecho.

**Mínimo vital de acceso al agua**

El mínimo vital de acceso al agua potable comprende el derecho fundamental de una persona a acceder a ciertos niveles necesarios de agua, con el fin de que pueda ejercer integralmente su autonomía e identidad; materialidad mínima que garantice su dignidad, calidad de vida y subsistencia en un caso concreto, con independencia de quien suministre el servicio de agua potable, e incluso de su naturaleza pública o privada.

Se exige la acreditación de diligencia administrativa, esto es, la prueba de que se han adelantado las acciones administrativas de planeación para que la población acceda a servicios públicos adecuados. Si la administración pública (Alcaldías, Gobernaciones, prestadoras del servicio) logran probar la ausencia de recursos, su insuficiencia, o incluso impedimentos técnicos que impidan o retrasen las inversiones, el sector judicial no opta por decisiones que aseguren el derecho, bajo la premisa de que nadie está obligado a lo imposible, o la que muestre que ha existido una mínima planeación que en el largo plazo asegurará los derechos. Por tanto, es dado que individualmente una persona pueda exigir percibir el mínimo de agua para su subsistencia, más en casos concretos de debilidad manifiesta.

Si el supuesto de hecho cambia, si se cuenta con los recursos financieros y la planificación técnica requerida, el caso puede abarcar más derechos, pues sería evidente ante la inejecución presupuestal, y como producto, la infracción de los derechos colectivos a la eficaz ejecución del presupuesto público y del patrimonio público.

* La cantidad hace referencia al volumen de agua recibida por las personas, el cual deberá ser suficiente para el mantenimiento de la vida y la salud. El mínimo de agua para subsistir ha sido establecido reconocido y aplicado en los fallos de la Corte Constitucional, contemplando per cápita un total de 50 litros diarios, según lo analizado por La Organización Mundial para la Salud (OMS) en su informe sobre la cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud. Así mismo, para la OMS (Organización Mundial de la Salud)[[35]](#footnote-34), señala que la cantidad debe variar de acuerdo con las condiciones climáticas, de género, tamaño corporal y otros. La Organización Mundial de la Salud dice exactamente:

“si bien incumbe a cada país determinar el volumen mínimo razonable de agua necesaria para satisfacer los usos personales y domésticos, las cifras suministradas en las publicaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) pueden servir de orientación útil. Por consiguiente, se necesitan entre 50 y 100 litros de agua por persona por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades de salud. El umbral de 25 litros por persona por día representa el nivel mínimo para mantener la vida, pero esta cantidad plantea problemas de salud, ya que es insuficiente para atender las necesidades de higiene básica y consumo. En los casos de emergencia, tales como desastres naturales, conflictos o situaciones después de los conflictos, el Manual del Proyecto Esfera sugiere un abastecimiento básico de 7,5 a 15 litros mínimos por persona y por día, ya que puede no haber suficiente agua disponible para atender a todos los usos personales y domésticos. Estas diversas cantidades son indicativas, ya que pueden cambiar con arreglo a un contexto en particular, y pueden diferir en el caso de algunos grupos, debido a su estado de salud, trabajo, condiciones climáticas, exigencias culturales u otros factores”.

* La Corte Constitucional, en Sentencia C-632 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló con relación a la disponibilidad como cantidad : “el Estado está obligado, de acuerdo con este subnivel obligacional, entre otras cosas, a (i) abstenerse de privar a una persona del mínimo indispensable de agua; (ii) facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes; y (iii) garantizar que todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada tengan acceso permanente a agua potable, a instalaciones sanitarias y de aseo, de eliminación de desechos y de drenaje”.

1. **CONSIDERACIONES DEL PONENTE**

Desde hace muchos años la Corte Constitucional ha garantizado el derecho al agua como un derecho fundamental, sin embargo, es necesario que el Congreso de la Republica legisle sobre el tema para así lograr: claridad precisión y seguridad jurídica. El Congreso no ha sido ajeno a las discusiones sobre el agua como derecho fundamental, es importante recordar que en el año 2008 se constituyó el comité ciudadanao de promoción para el referendo por el agua, comité que presentó más de dos millones de firmas respaldando su iniciativa. Sin embargo, en ese momento no se logró la mayoría requerida por la Constitución y fue archivado.

Ahora bien, tan solo en la ultima legislatura se presentaron 07 proyectos que tenían como objetivo consolidar, precisar y dar seguridad jurídica alrededor del mínimo vital y del agua como derecho fundamental. De estas iniciativas solo una alcanzó los dos debates que ya cursa este Acto Legislativo. Por todo lo expuesto anteriormente y teniendo en cuenta que es una deuda con la ciudadanía legislar en favor de este derecho, considero que existen las condiciones para que sea este Congreso el que avance en esta protección fundamental.

**Consideraciones sobre lo discutido en el Senado de la República**

Durante el tramite en el Senado se modificó el texto radicado cambiando la ubicación del articulo que inicialmente se proponía. Durante el primer debate se advirtió que podría incurrir en un vicio la numeración propuesta de “11-A”, lo que llevó a que para el segundo debate el ponente propusiera ubicar el artículo que trae este Proyecto de Acto Legislativo en el lugar que le correspondía al art. 76 que ya fue derogado. A continuación, citaré algunos de los argumentos expuestos en la ponencia para segundo debate en Senado que justifican este cambio:

“(…) Bajo esos preceptos la Sentencia T-002 de 1992 del M.P Alejandro Martínez Caballero estableció unos criterios para determinar los derechos constitucionales fundamentales resumiendo las condiciones así:

1. Si es un derecho esencial a la persona, es fundamental. Debe tener las características de:

- inalienabilidad: no se puede enajenar, ceder ni transferir.

- inherente: constituye un modo de ser intrínseco al ser humano, no se

desprende de él.

- esencial: dota de humanidad a la persona, es lo permanente e

invariable en un ser.

2. Si el derecho está reconocido expresamente: Si el derecho está positivizado en la constitución o reconocido como derecho en alguna norma dentro del bloque de constitucionalidad.

3. Si existen criterios auxiliares de interpretación: Si el derecho ha sido reconocido por organismo multilaterales en los que Colombia haga parte.

En ese orden de ideas en la Sentencia C-078 de 1993 del M.P Alejandro Martinez Caballero, la Corte Constitucional precisó que el criterio para la definición de los derechos constitucionales fundamentales es la condición de que el derecho sea esencial para la persona ya que la división en títulos y capítulos y el orden del articulado previsto en la Constitución no son normas vinculantes sino criterios auxiliares para el intérprete de la norma:

*Se han establecido criterios para la definición de los derechos constitucionales fundamentales, entre los que se destaca el que el derecho sea esencial para la persona, todo ello partiendo del supuesto según el cual la división en títulos y capítulos de la Constitución y el orden del articulado no es una norma constitucional vinculante sino indicativa para el intérprete, pues ello no fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente conforme al procedimiento establecido en su Reglamento*. Sentencia C-078 de 1993.

Similar pronunciamiento realizó la Corte en Sentencia T-016 de 2017 en donde se aclaró que todos los derechos que están incluidos en la Constitución tienen el carácter de fundamental pues están intrínsecamente relacionados con los principios y valores que hacen de Colombia un Estado Social de Derecho:

*Los derechos* ***todos*** *son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). SigniǨcan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho, no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios económicos y educativos indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)”*

(subrayado original. Sentencia T-016 de 2017)

El hecho de que todos los derechos sean fundamentales y de especial protección constitucional sin importar su ubicación en el texto constitucional se explica porque el efecto jurídico que tienen los capítulos y títulos en los que se divide y denomina la Constitución es únicamente un criterio de ubicación y denominación que, según la Corte Constitucional “solo tiene valor indicativo para el interprete”

*Fuerza concluir que el hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título "de los derechos fundamentales" y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el Constituyente de 1991*

*El Juez debe buscar, como lo dice el artículo 2o. del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza del derecho fundamental que permita su tutela. Es entonces en la naturaleza, en el estudio de su esencia, en donde el Juez descubre si está frente a un derecho fundamental.*

*La labor que realiza el Juez de Tutela es de verificación; él no crea el derecho fundamental, lo desentraña y verifica. Esta "teoría de la verificación" también es desarrollada por Dworkin sobre la figura del Juez modelo, capaz de encontrar racionalmente la solución justa. "El Juez no tiene una función creadora, sino garantizadora de los derechos”*

Todo lo anterior permite concluir que un derecho fundamental puede estar ubicado en cualquier parte de la Constitución siempre que sea en la parte dogmática de la misma ya que su condición de ser fundamental está dada por la inherencia, la inalienabilidad, la esencialidad y el reconocimiento expreso”[[36]](#footnote-35)

Teniendo en cuenta todo lo anterior, considero que el texto aprobado en el Senado es un texto que representa el espíritu del Proyecto de Acto Legislativo y que garantiza los objetivos que se buscaban al radicarlo. Es por esto, que no presentaré pliego de modificaciones a este.

**Texto aprobado en plenaria de Senado**

**TEXTO DEFINITIVO APROBADO EN SESIÓN PLENARIA DEL SENADO**

**DE LA REPÚBLICA DEL DÍA 16 DE NOVIEMBRE DE 2022 AL PROYECTO**

**DE ACTO LEGISLATIVO No. 14 DE 2022 SENADO “POR EL CUAL SE**

**ESTABLECE EL ACCESO AL AGUA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL**

**Y SE ADICIONA EL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE**

**COLOMBIA”**

**El Congreso de la República**

**DECRETA**

**Artículo 1:** Adiciónese el artículo 76 de la Constitución Política de Colombia el cual quedará así:

**Artículo 76:** Todas las personas tienen derecho fundamental al acceso al agua potable de acuerdo con los principios de accesibilidad, calidad, disponibilidad, progresividad y universalidad. Su uso prioritario es el consumo humano, para lo cual el Estado garantizará el mínimo vital de agua potable, así como la conservación, protección y uso eficiente del recurso hídrico conforme al principio de participación en materia ambiental.

**Parágrafo.** El Gobierno Nacional en el término que establezca la Ley creará y ejecutará en coordinación con las entidades territoriales, las estrategias de conservación que garanticen la protección del recurso hídrico y de los ecosistemas.

**Artículo 2:** El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

1. **IMPACTO FISCAL**

El proyecto de Acto legislativo en mención no requiere estudio de impacto fiscal ya que como lo establece el parágrafo del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia.

La Regla de Sostenibilidad Fiscal no se puede invocar como un impedimento para reconocer Derechos Fundamentales. En el año 2011 se aprobó el Acto Legislativo número 3 relacionado con la sostenibilidad fiscal que, en su primer artículo, hoy artículo 334 de la Constitución establece que:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público será prioritario (“).

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

En este sentido, el cumplimiento y garantía plena de los derechos fundamentales es la principal excepción a la regla de sostenibilidad fiscal.

1. **CONFLICTO DE INTERESES**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 291 de la ley 5 de 1992, modificado por la ley 2003 de 2019, se indicarán las circunstancias o eventos que potencialmente pueden generar un conflicto de interés para los honorables congresistas que discutan y decidan el presente proyecto de acto legislativo.

Considero que bajo ninguna razón se constituye un conflicto de interés sobre algún parlamentario, toda vez que la presente reforma busca hacer modificaciones de orden institucional que afectan la elección de cargos de elección popular, sin que por ella se constituya algún beneficio actual, directo y particular. Como ha señalado la Corte Constitucional, por regla general, los actos legislativos no constituyen conflictos de interés. Sobre este asunto, afirmó el tribunal constitucional en sentencia C-1040 de 2005:

“la regla general es que no cabe plantear impedimentos o recusaciones por conflicto de intereses con motivo del trámite de una reforma constitucional; estas figuras únicamente son procedentes en casos excepcionales en los que aparezca claramente demostrada la existencia de un interés privado concurrente en cabeza de un miembro del Congreso. Como por regla general las reformas constitucionales afectan por igual a todos los colombianos, independientemente de su condición o no de parlamentario, es inusual que algún congresista se encuentre particularmente privilegiado o perjudicado por un acto legislativo, y que, por lo mismo, de él se predique un conflicto de intereses. No se deben confundir, de un lado, los intereses políticos -inevitables en el ámbito parlamentario y sobre todo cuando se trata de reformar la Constitución- los cuales pueden concurrir con los intereses generales, con los denominados intereses meramente privados que, de otro lado, sí están excluidos por la figura del conflicto de intereses -tales como los intereses económicos particulares del congresista o los intereses meramente personales y subjetivos de orden no político-. De admitirse que los intereses políticos a favor o en contra de una reforma constitucional inhiben a los congresistas de participar en su tramitación, muchas normas de la Carta se tornarían irreformables o pétreas, como por ejemplo todas las normas sobre el Congreso de la República, las elecciones, los partidos, la relación entre el gobierno y la oposición y las entidades territoriales”

1. **PROPOSICIÓN**

Considerando los argumentos expuestos y en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 5 de 1992, presentamos ponencia favorable y, en consecuencia, solicitamos a la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes dar primer debate Cámara al Proyecto de Acto Legislativo No. 298 de 2022 Cámara – No. 014 de 2022 Senado “Por el cual se establece el acceso al agua como un derecho fundamental y se adiciona el artículo 76 de la Constitución Política de Colombia””, conforme al articulado presentado a continuación.

Del señor Congresista,

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**SANTIAGO OSORIO MARIN**

Representante a la Cámara

Coalición Alianza Verde – Pacto Histórico

**TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 298 DE 2022 CÁMARA Y 014 DE 2022 SENADO**

**“Por el cual se establece el acceso al**

**agua como un derecho fundamental y se adiciona el artículo 76 de la Constitución**

**Política de Colombia”**

**El Congreso de la República**

**DECRETA**

**Artículo 1:** Adiciónese el artículo 76 de la Constitución Política de Colombia el cual quedará así:

**Artículo 76:** Todas las personas tienen derecho fundamental al acceso al agua potable de acuerdo con los principios de accesibilidad, calidad, disponibilidad, progresividad y universalidad. Su uso prioritario es el consumo humano, para lo cual el Estado garantizará el mínimo vital de agua potable, así como la conservación, protección y uso eficiente del recurso hídrico conforme al principio de participación en materia ambiental.

**Parágrafo.** El Gobierno Nacional en el término que establezca la Ley creará y ejecutará en coordinación con las entidades territoriales, las estrategias de conservación que garanticen la protección del recurso hídrico y de los ecosistemas.

**Artículo 2:** El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Atentamente,

**SANTIAGO OSORIO MARIN**

**Representante a la Cámara**

**Coalición Alianza Verde – Pacto Histórico**

1. Observación General No. 15 Comité DESC. [↑](#footnote-ref-0)
2. Declaración Universal de Derechos Humanos [↑](#footnote-ref-1)
3. Convención sobre los Derechos del Niño [↑](#footnote-ref-2)
4. Pacto DESC [↑](#footnote-ref-3)
5. O “todas aquellas que tienen por objeto alterar -mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales- la dinámica, la composición o estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del espacio exterior” Véase el artículo segundo de la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD). [↑](#footnote-ref-4)
6. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), de 1949 [↑](#footnote-ref-5)
7. CARSON, Rachel. Silent Spring. Mariner Books, Boston. 2002. [↑](#footnote-ref-6)
8. DEFENSORIA DEL PUEBLO. El Derecho Humano al Agua en la Constitución, la Jurisprudencia y Los Instrumentos Internacionales” PROSEDHER. Bogotá. 2005. [↑](#footnote-ref-7)
9. Véase criterios clásicos para determinar la existencia de derechos fundamentales en CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 de 1992. M.P.: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. [↑](#footnote-ref-8)
10. Sin embargo, se encuentra en la doctrina que establece que las observaciones no hacen parte del ordenamiento interno ya que se tratan únicamente de criterios de interpretación o hermenéuticos para la validez el alcance de los preceptos constitucionales. [↑](#footnote-ref-9)
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-10)
12. 30 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 191 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. [↑](#footnote-ref-11)
13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 de 1994. M.P.: [↑](#footnote-ref-12)
14. Tales como los contemplados en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Protocolo de San Salvador, los de la OIT entre otros. Véase: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y otras. [↑](#footnote-ref-13)
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568 de 1999 M.P.: Carlos Gaviria Díaz y otras. [↑](#footnote-ref-14)
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-15)
17. La Corte en Sentencia T-381 de 2009 y otras, refiere el derecho al agua para consumo humano, como un derecho reconocido en tratados internacionales –que se estudiaran en capítulos posteriores- integrándolo así en el bloque de constitucionalidad. [↑](#footnote-ref-16)
18. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-270 de 2007. M.P.: Jaime Araujo Rentería. [↑](#footnote-ref-17)
19. DEFENSORIA DEL PUEBLO. El Derecho Humano al Agua en la Constitución, la Jurisprudencia y Los Instrumentos Internacionales” PROSEDHER. Bogotá. 2005. [↑](#footnote-ref-18)
20. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 381 de 2009. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-19)
21. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 818 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. [↑](#footnote-ref-20)
22. Ibid [↑](#footnote-ref-21)
23. Son domiciliarios por cuanto se entiende que deben llegar de manera efectiva a la residencia de las personas, lo cual tiene como excepción en acueducto: la venta de agua en bloque y la prestación por pilas públicas. [↑](#footnote-ref-22)
24. Artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994 [↑](#footnote-ref-23)
25. Los municipios podrán prestar los servicios siempre y cuando agoten el procedimiento descrito en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994. [↑](#footnote-ref-24)
26. Medio Ambiente: El gran dividendo de la paz. PNUD, 2016. Disponible en: <http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2016/03/11/medio-ambiente-el-gran-dividendo-de-la-> paz.html [↑](#footnote-ref-25)
27. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016. [↑](#footnote-ref-26)
28. Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014. [↑](#footnote-ref-27)
29. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml> [↑](#footnote-ref-28)
30. ONU. Observación general número 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). [↑](#footnote-ref-29)
31. Artículo 334. Constitución Política de Colombia [↑](#footnote-ref-30)
32. Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014. [↑](#footnote-ref-31)
33. Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014. [↑](#footnote-ref-32)
34. Disponible en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/> [↑](#footnote-ref-33)
35. Organización Mundial de la Salud, “La cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud”, Guy Howard, Water Engineering and Development Centre, Universidad de Loughborough, RU, y Jamie Bartram, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, Suiza, 2003, versión digital disponible en http://www.who.int/water\_sanitation\_health/diseases/wsh0302/es/ (08.09.13) [↑](#footnote-ref-34)
36. Ponencia segundo debate, Proyecto de Acto Legislativo 014 de 2014 Senado. Disponible en: gaceta 1383 de 2022 Senado de la República. [↑](#footnote-ref-35)