

Agua, un derecho fundamental y servicio esencial para el Estado

Water, a fundamental right and an essential service of the State

Daniel Bernal Gómez*

Resumen

El presente escrito pretende transmitir al lector la preocupación de la humanidad acerca del recurso no renovable más importante para la sociedad, el agua. El texto está guiado por la doble visión del agua como un servicio a cargo del Estado y como derecho humano inalienable, es decir, al cual todas las personas tenemos un derecho y un deber correlativo: derecho a su disfrute y deber social de conservarla y no contaminarla. Y termina con el análisis breve de las políticas que tiene el Estado colombiano acerca de este tema.

Palabras clave

Agua, derechos humanos, servicio público, políticas públicas, igualdad, democracia.

* Abogado, Docente investigador de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Abstract

This paper pretends to transmit the concern of mankind on the most important non-renewable resource for society, water. The text is guided by the double connotation of water as a service by the State and as an inalienable human right, i.e., to which we all human beings have a right and a correlative duty: right to their enjoyment and social duty to preserve it. The text ends with a brief analysis of Colombian State policies on this topic.

Key words

Water, human rights, public service, public policies, equality, democracy.

Introducción

Cuando sobreviene una catástrofe, las víctimas reciben en primer lugar ayuda médica, agua potable, alimentación y un refugio. Todo el mundo está de acuerdo en reconocer que los servicios médicos, la alimentación y el alojamiento son derechos económicos y sociales que cada persona debería tener, pero aún hay quienes se preguntan sobre la naturaleza del acceso al agua. ¿Es posible disociar de modo razonable el agua de otros bienes y servicios esenciales?

El derecho al agua refleja una realidad innegable: sin agua, no hay vida. Si existe un derecho a la alimentación, también debe haber un derecho al agua. Para poner en práctica el derecho a la salud, el acceso al agua potable es tan necesario como el acceso a las medicinas.

Según la Carta Social del Agua adoptada

por la Academia del Agua¹ en el año 2000, el derecho al agua es imprescriptible, pero también implica deberes e incluso obligaciones:

Obligación de protección. El agua, recurso natural preciado, debe protegerse contra el desperdicio, la contaminación y ser preservada para las generaciones futuras; asimismo, debe utilizarse en buenas condiciones de higiene.

Obligación de compartir. El agua, bien común, debe repartirse entre todos y estar disponible para cada persona.

Obligación de pago. Los costos del servicio del agua de forma duradera por un esfuerzo de cada persona, según el principio “el agua paga el agua”².

Obligación de solidaridad. Los costos del agua no deben ser un obstáculo para el acceso a ella. Por ello, tales costos deben

¹ La Academia de Agua Potable fue fundada por la Oficina de Agua Freática y Agua Potable de la EPA con el fin de mejorar a largo plazo la capacidad del Gobierno Federal, así como la de los Estados, los territorios y las tribus, para cumplir con las Enmiendas de 1996 al Acta Para Asegurar el Suministro de Agua Potable Saludable (Safe Drinking Water Act, SDWA). Además de la enseñanza que imparte por medio de clases presenciales y vía Internet, la Academia de Agua Potable repartirá material de adiestramiento relativo a la aplicación del Acta Para Asegurar el Suministro de Agua Potable Saludable.

² El abastecimiento de agua potable y el saneamiento tienen un precio: hay que llevar el agua, tratarla, distribuirla y garantizar su calidad. Con su factura de agua, los usuarios asumen la mayor parte de los gastos de los municipios y de sus agrupaciones relacionados con las inversiones y el funcionamiento de los equipamientos necesarios. En cuanto a las agencias del agua, el principio de la medida financiera es “contaminador/usuario-pagador”: los impuestos “extracción” y “contaminación” son proporcionales a la cantidad de agua extraída y los residuos vertidos. Las agencias los recaudan y se redistribuyen en forma de ayudas a los políticos locales, constructores: municipios o agrupaciones de municipios, industriales y agricultores para la financiación de las acciones que decidan poner en marcha para luchar contra la contaminación, gestionar el recurso de agua y los medios acuáticos. Diferentes disposiciones legislativas demandan a los municipios o a sus agrupaciones que garanticen el acceso a los servicios de agua y de saneamiento de las personas y familias en situación precaria que tengan dificultades para pagar la factura (derecho efectivo al agua y al saneamiento). Según sus circunstancias particulares, los municipios encuentran soluciones solidarias para compartir los costes de los servicios entre todos gracias a la mutualización de los medios, la aplicación de tarifas equitativas y los cánones de solidaridad. Fuente: MINISTERIO DE ECOLOGÍA Y DESARROLLO SOSTENIBLE. Ministère de l'Ecologie et du Développement Durable et ses Partenaires publics. Disponible en <http://www.eau-international-france.fr/>

repartirse en forma equitativa entre ricos y pobres gracias a la solidaridad entre todos.

La comunidad mundial se comprometió a reducir la proporción de personas pobres que no tiene acceso al agua y con este propósito se moviliza para llevarla a cualquier lugar donde haga falta y donde no existan los medios financieros, pues los objetivos de Johannesburgo³ se adoptaron en el marco de una acción colectiva.

1. Agua, servicio público esencial y derecho fundamental

Concepto de servicio público

LEÓN DIGUIT tenía el criterio de que cuando el Estado proporciona enseñanza, transporte, sanidad, no ejerce un poder de mando; aun cuando esas actividades son regidas por un sistema de Derecho Público, el fundamento del Estado no es la soberanía sino la noción de servicio público.

El Estado moderno no es más que una comunidad o corporación de servicios públicos, cuyos agentes son los gobernantes. Por lo tanto, es de entender que las funciones del Estado son todas aquellas actividades que los gobernantes ejercen para crear, organizar y asegurar el funcionamiento ininterrumpido de los servicios públicos. Cabe concluir, entonces, que para esta doctrina, administración y servicios públicos son la misma cosa.

El carácter esencial de un servicio público se predica cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

De manera que la administración es la única responsable de la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios y su no prestación o prestación de forma defectuosa acarreará siempre la violación de derechos humanos fundamentales y hará responsable al Estado por los daños ocasionados por la deficiente prestación del servicio.

Como consecuencia de ello, en este ensayo se pretenderá explicar la razón de la conexión mas privilegiada -con relación a los otros servicios públicos y sin demeritar la importancia de estos-, la del servicio público del agua y la necesidad de que esta sea potable, es decir, siempre apta para el consumo humano sin que para ello se requieran tratamientos adicionales por parte de los consumidores.

2. El acceso al agua

El acceso al agua potable y saneamiento básico en América Latina es insuficiente y además su calidad es inadecuada. Eso resulta en impactos negativos en la salud pública. La capacidad financiera limitada

³ Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (Sudáfrica) del 2 al 4 de septiembre de 2002.

de los organismos encargados de proveer estos servicios y la institucionalidad débil del sector son factores que limitan las posibilidades de mejorar el acceso y la calidad de agua potable y saneamiento en el continente. Adicionalmente, se pueden observar diferencias grandes de cobertura tanto entre como también dentro de muchos países. Según el programa conjunto de monitoreo de agua y saneamiento de la OMS y de UNICEF, en 2004 el porcentaje de la población que tenía acceso a una fuente mejorada de agua⁴ variaba entre el 54% en Haití y el 100% en Uruguay. En total, 50 millones de personas o el 9% de la población de América Latina y el Caribe no tenían acceso a una fuente mejorada de agua⁵, y 125 millones o el 23% no tenía acceso a saneamiento básico adecuado⁶. Solo el 51% tenía acceso al alcantarillado. Únicamente un estimado 15% de las aguas residuales colectadas estaban dirigidas a plantas de tratamiento, las cuales no están funcionando adecuadamente en muchos casos⁷. El 26% de la población tenía acceso a formas de saneamiento básico adecuadas además del alcantarillado, incluyendo tanques sépticos y varios tipos de letrinas.

La década 2005-2015 se revela ahora como crucial para centrar la atención

internacional de lo que los expertos consideran que debería ser algo obvio: el agua es una fuente de vida. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha proclamado, en la Resolución A/RES/58/217, el periodo de 2005 a 2015 como Decenio Internacional para la Acción, «El agua, fuente de vida».

El África subsahariana es una de las zonas que está más afectada por esta problemática. Además, es una de las regiones donde el avance de los servicios de saneamiento es más escaso. Por todo ello, y sobre la base de las prioridades actuales, los objetivos generales del Decenio incluyen infundir una sensación de urgencia y garantizar que las diferentes partes interesadas actúen con celeridad a fin de lograr las metas relativas al agua y al saneamiento. Durante este periodo está previsto también favorecer y ampliar la participación de la sociedad civil para conseguir un mayor compromiso social.

Según la Asamblea General de las Naciones Unidas, la meta relativa al saneamiento resultará inalcanzable para 500 millones de personas, excepto en el caso de que el ritmo de avance experimente una intensa aceleración. En opinión de los expertos, el crecimiento de la población está socavando muchos

⁴ Esto incluye: (i) conexiones domiciliarias (incluso jardín y parcela), (ii) tuberías o grifos públicos, (iii) perforaciones o pozos, (iv) pozos cavados protegidos, (v) manantiales protegidos y (vi) colección de lluvia; Fuente: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS)/UNICEF (2006), Meeting the MDG drinking water and sanitation target : the urban and rural challenge of the decade., Ginebra, Suiza, ISBN 92 4 156325 7 [consultado el 18 de febrero de 2008].

⁵ [consultado octubre 2008]. Disponible en <http://www.wssinfo.org/en/338_wat_latino.html>

⁶ [consultado octubre 2008]. Disponible en < http://www.wssinfo.org/en/238_wat_latino.html>

⁷ Pan American Health Organization/Division of Health and Environment: Regional Report on the Evaluation in the Region of the Americas, Washington, 2001, p. 24, 81.

de los logros. Si bien entre 1990 y 2002 más de 1.000 millones de personas pasaron a disfrutar de servicios de saneamiento, el número de habitantes sin acceso a tales instalaciones solo se redujo en 100 millones. Uno de los principales objetivos de las medidas incluidas en el Decenio es prevenir las enfermedades provocadas por el consumo de agua contaminada, que afectan a 1,8 millones de personas cada año. En líneas generales, el 88% de las enfermedades diarreicas son atribuibles a la pésima calidad del agua, la precariedad de los servicios de saneamiento y la falta de higiene.

En la misma línea que el Decenio, el Foro Mundial sobre Agua, Saneamiento e Higiene para todos (WASH), que se celebró en diciembre de 2004, confirmaba el compromiso del agua, el saneamiento y la higiene como derechos humanos, y trazaba planes de acción para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), según reconoce el International Water in Sanitation Centre (IWC).

Tener acceso a agua potable podría prevenir millones de casos de enfermedades cada año en todo el mundo. Según la OMS, en la región europea se producen 13.500 muertes anuales de niños menores de 14 años a consecuencia de enfermedades relacionadas con el consumo de agua contaminada. La mejora del abastecimiento de agua podría reducir entre un 6% y un 25% la morbilidad por diarrea, y la mejora del saneamiento podría disminuir la morbilidad por

diarrea en un 32%. Según datos de la UNESCO, la mejora de la calidad del agua potable mediante el tratamiento del agua doméstica, por ejemplo con la cloración en el punto de consumo, puede reducir entre un 35% y un 39% los episodios de diarrea.

Las enfermedades relacionadas con el uso de agua incluyen las causadas por microorganismos y sustancias químicas presentes en el agua potable; enfermedades como la *esquistosomiasis*, que tiene parte de su ciclo de vida en el agua; la malaria, cuyos vectores están relacionados con el agua; y enfermedades como la *legionelosis*, transmitida por aerosoles que contienen microorganismos. En Bangladesh, entre 28 y 35 millones de personas consumen agua de bebida con elevados índices de arsénico, y se calcula que existen en el país 1,5 millones de casos de lesiones cutáneas relacionadas con la presencia de arsénico en el agua de bebida. En China, más de 26 millones de personas padecen *fluorosis* dental debido a las altas concentraciones de fluoruro en el agua de bebida, y más de un millón de casos de *fluorosis* ósea se pueden atribuir al agua de bebida, según los expertos.

En opinión de la organización sanitaria internacional, los brotes provocados por microbios en el agua potable afectan a cientos de miles de personas. No ha sido extraña la detección, tanto en comunidades grandes como pequeñas de países desarrollados, de brotes provocados por agua potable contaminada, como en Canadá, donde hace unos meses se registraron episodios debidos a *E. coli*

O157 y a *Campylobacter*. En Estados Unidos, Japón y Francia también se han detectado brotes provocados por *Cryptosporidium*. Lee Jong-Wook, director general de la OMS, sentencia que «el agua y el saneamiento son uno de los principales motores de la salud pública», de ahí la importancia de garantizar su seguridad y calidad.

3. Estado colombiano, políticas públicas en materia de agua potable

Colombia se une a la política internacional en búsqueda de los objetivos del milenio, y como consecuencia adopta en documento CONPES 91, de 14 de marzo de 2005, la estrategia para obtener el consumo de agua potable y se impone las siguientes metas:

Meta universal: reducir a la mitad el porcentaje de personas que carecen de acceso al agua potable y saneamiento básico.

Metas nacionales entre 1990 y 2015:

- Incorporar a la infraestructura de acueducto a por lo menos 7,7 millones de nuevos habitantes urbanos, e incorporar 9,2 millones de habitantes a una solución de alcantarillado urbano.
- Incorporar 2,3 millones de habitantes a una solución de abastecimiento de agua y 1,9 millones de habitantes a una solución de saneamiento básico, incluyendo soluciones alternativas para las zonas rurales, con proporciones estimadas del 50% de la población rural dispersa.

Estrategias para cumplir las metas de saneamiento básico

Los esfuerzos se concentran en municipios con dificultades particulares en el suministro de agua potable y que no cuentan con esquemas eficientes de gestión. La estrategia que se plantea para mejorar las condiciones del sector y alcanzar así las metas de cobertura integral comprende tres componentes: finan-ciero, institucional, y de estructura empresarial del sector.

Componente financiero: el rezago tarifario debe desaparecer en los municipios en los que las tarifas aún no alcanzan a cubrir por lo menos los costos eficientes de administración, operación y mantenimiento. Así mismo, la aplicación de las nuevas metodologías tarifarias y su vigilancia por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), son de un impacto positivo sobre el sector en la medida en que los prestadores identifiquen y utilicen las señales de eficiencia. Para ello se crearán mecanismos que incentiven un uso más eficiente por parte de los municipios de los recursos del Sistema General de Participaciones.

Mejorar la distribución de subsidios, lo que permite generar más recursos para inversión y llevar el servicio subsidiado a usuarios que antes no lo recibían.

Se promoverán mecanismos que faciliten la vinculación de nuevos inversionistas por medio del mercado de capitales, de forma que se logre financiamiento de más largo plazo acorde con las características

del sector, que requiere un alto nivel de inversión representado en activos con largas vidas útiles.

Componente institucional: el primer elemento de este componente es el fortalecimiento de los programas del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, para hacerlos más eficaces⁸. Este fortalecimiento se debe acompañar de los ajustes institucionales que correspondan para lograr una asignación y utilización más eficiente de los recursos de transferencias a los municipios⁹.

Por otra parte, se apoyará el fortalecimiento de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) y de la Comisión Reguladora de Agua (CRA) para adelantar acciones encaminadas a la liquidación de empresas y prestadores públicos ineficientes.

Se establecerán, además, los mecanismos para la eficiente recolección, procesamiento y utilización de la información sectorial. La información general del

ámbito agregado nacional o de grandes regiones se puede obtener de las encuestas elaboradas por el Departamento Nacional de Estadística DANE; sin embargo, para el seguimiento puntual que permita detectar aquellos municipios que presenten las situaciones más críticas y hacia donde deben focalizarse los esfuerzos, se cuenta con un Sistema Único de Información –SUI– que administra la SSPD¹⁰.

Adecuación de la estructura empresarial del sector

Mediante el fortalecimiento del Programa de Modernización Empresarial y la promoción de la participación privada desde el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y con la ayuda de los departamentos, se propone liderar procesos de participación privada en asociaciones de municipios o municipios individuales¹¹. Se busca consolidar el esquema adoptado en el país para la prestación de los servicios y asegurar su eficiencia y sostenibilidad financiera en el mediano y

⁸ Programa Agua Transparente es una iniciativa promovida por el Viceministerio de Agua y Saneamiento, que tiene como propósito fundamental implementar herramientas y metodologías dirigidas a desincentivar prácticas corruptas en las fases pre contractual y contractual en los proyectos de agua potable y saneamiento básico que recibirán apoyo financiero de la Nación con cargo al presupuesto de la vigencia 2007.

Programa Lavado de Manos: esta alianza global entre los sectores público y privado para la promoción del lavado de manos incluye organizaciones como el Programa de Agua y Saneamiento (PAS) del Banco Mundial, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia - UNICEF, la Agencia para el Desarrollo Internacional del Gobierno de los Estados Unidos - USAID, en colaboración con la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres - LSHTM, el Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades - CDC y la Academia para el Desarrollo Educativo (AED). Adicionalmente cuenta con la presencia de las tres multinacionales de jabón más importantes, Procter & Gamble, Unilever y Colgate-Palmolive, quienes han participado en el diseño de la estrategia.

⁹ De esta manera se idearon los Planes Departamentales de Agua Potable y Saneamiento Básico.

¹⁰ Disponible en < <http://www.sui.gov.co/>>

¹¹ Documento CONPES 2775 - "Participación del Sector Privado en Infraestructura Física", abril 26 de 1995.

largo plazo, pretendiendo en lo posible establecer esquemas regionales que capturen economías de escala y reduzcan los costos de transacción de los procesos de regulación y control.

También se han desarrollado las empresas comunitarias, que representan comunidades organizadas en el ámbito local, para facilitar la participación de la colectividad en la gestión de los servicios, el desarrollo de pequeñas empresas y la generación de empleo productivo en el espacio local. Como elemento adicional, se plantea la implementación de fondos de capitalización social que incorporen mecanismos de recuperación, estabilización y capitalización¹².

Para el sector rural es necesario fortalecer la adecuación de los diseños estratégicos y la orientación, en proporciones adecuadas, de parte de las transferencias a las zonas rurales con mayor deficiencia de coberturas. Se establecerá una asistencia técnica adecuada para los acueductos rurales en términos de

suministros, obras y capacitación. Es importante adelantar campañas educativas centradas en las condiciones de la calidad del agua, hábitos de higiene y manipulación del agua para consumo. Se fomentan esquemas de prestación de servicios mediante formas asociativas para localidades menores a 5.000 habitantes y microempresas o empresas comunitarias para localidades entre 5.000 y 20.000 habitantes. Estas medidas rurales deben ir acompañadas de esquemas de redes de generación de apoyo, cooperación y complemento entre ellas. Las entidades centrales deben mejorar los sistemas de información para la zona rural, incentivar la participación ciudadana e implementar el manejo de tecnologías aplicables a esta área.

Por último, la estrategia se incorpora dentro de un esquema ambiental que busca proteger las condiciones del recurso hídrico, lo cual, dada la escasez de recursos financieros, debe empezar por establecer un orden de prioridad de cuencas, que responda a razones de salud

¹² La Ley 812 del 26 de junio de 2003, por la cual se aprueba el Plan de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario, establece en su artículo 13: "Fondos de Capitalización Social. Podrán constituirse Fondos de Capitalización Social como mecanismos de recuperación, estabilización y capitalización de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios existentes o que se constituyan, que permitan facilitar el desarrollo de soluciones empresariales con objeto de garantizar la viabilidad y la continuidad en la prestación del servicio. A través de estos Fondos se podrán canalizar hacia las empresas de servicios públicos las inversiones efectuadas en aquellos por toda clase de personas incluyendo, entre otros, usuarios, trabajadores de tales empresas, acreedores, inversionistas privados, la Nación, cuando esta lo estime conveniente, y otras entidades públicas.

Parágrafo 1°. Estos Fondos se podrán constituir como patrimonios autónomos administrados por entidades fiduciarias, contratadas en la forma que acuerden los aportantes y regidos por las normas de derecho privado. En el comité fiduciario participarán representantes de los aportantes del Fondo. Parágrafo 2°. Estos Fondos podrán ser constituidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cuando se trate de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios objeto de toma de posesión, o por la misma empresa, según las disposiciones legales que regulan los contratos de fiducia mercantil. En los eventos de empresas intervenidas, el contrato respectivo y sus reformas sólo podrán celebrarse previa aprobación por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

pública principal-mente, y, en este orden, iniciar acciones tendientes a la disminución de la deforestación, control de la contaminación e implementación de sistemas de tratamiento de efluentes.

4. El agua, los servicios públicos y los derechos fundamentales

La Constitución Nacional estableció en su artículo 365 una vinculación esencial entre el Estado social de derecho y la prestación de los servicios públicos. Es una realidad que las tradicionales funciones estatales -la administración de justicia y la fuerza pública, unificación de la moneda y relaciones con otros Estados-, se queden cortas ante las necesidades contemporáneas y la llamada “revolución de las expectativas”¹³ ciudadanas que demanda del Estado no solo seguridad sino también bienestar para todos. Que el concepto en sí tiene base real, no cabe la menor duda, pudiendo aducirse numerosos hechos

que apuntan hacia la existencia objetiva de esa “revolución” como fenómeno social. La demanda de mayores bienes y servicios por parte de una población hasta hace poco “desinteresada” en ellos; la presión de esa población por participar más activamente tanto en las decisiones programáticas relativas a las inversiones en los campos económicos y sociales, como en las decisiones políticas; esas presiones son incuestionablemente otras tantas manifestaciones de un cambio radical en ciertos valores y actitudes “tradicionales” sustentados por esas poblaciones¹⁴.

Los servicios públicos relacionados con la administración de justicia y la fuerza pública, están a cargo exclusivo del Estado, por su misma naturaleza y el vínculo que ellos tienen dentro de la noción de soberanía nacional. En los demás servicios, para su prestación se prevé la participación de los particulares o de las comunidades organizadas. Con

Parágrafo 3°. En el caso de Fondos orientados a la reestructuración, recuperación o estabilización de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, la Nación y sus entidades descentralizadas, sólo podrán efectuar el aporte que consideren conveniente, previa suscripción de convenios de ajuste financiero, operativo y laboral”.

además,

“Artículo 131. El artículo 151 de la Ley 142 de 1994 quedará así: En el contrato de Condiciones Uniformes se podrá establecer que una parte del pago de los servicios públicos confieran al suscriptor o al usuario el derecho a adquirir acciones o partes de interés social en las empresas oficiales, mixtas o privadas. Así mismo, en dichos contratos se podrá establecer que una parte del pago de los servicios públicos otorgue a los suscriptores o usuarios el derecho a participar en los Fondos de Capitalización Social que se constituyan, para la prestación de los servicios públicos de los cuales son beneficiarios”.

¹³ Tanto en la descripción de los fenómenos constitutivos del “subdesarrollo” como en los esfuerzos por superarlo, se alude con frecuencia a lo que se ha dado en llamar “la revolución de las expectativas crecientes”. La alusión es conceptual y su utilización es de carácter explicativo en relación a esos fenómenos; o bien, en la mayoría de los casos, de naturaleza referencial, como punto de tensión entre el crecimiento económico y los recursos disponibles.

¹⁴ SILVA FUENZALIDA, Ismael. Elementos estratégicos en la revolución de las expectativas crecientes en América Latina. En : Revista Mexicana de Sociología. México : Universidad Nacional Autónoma de México. Vol. 30, Nº 2 (abr.-jun., 1968); p. 233-282.

ello se consagraron alternativas distintas a la puramente estatal en su organización y atención.

Es en estos casos en donde el servicio público empieza a tener una connotación trascendental para la comunidad, ya que existen ciertas partes de la vida en sociedad que no se encuentran sometidas exclusivamente a las oficinas del Estado, y la vida y el bienestar de los ciudadanos estarán sujetos a que la prestación de un servicio se haga en sus casas, en el lugar en donde residen, por ello se agrega a la noción de servicio público el carácter de domiciliario.

El carácter domiciliario del servicio público repercute en el mundo del derecho, y sobre todo en nuestro Estado Social de Derecho, pues esta consideración, consagrada de manera expresa en el texto supremo, invade la órbita de los derechos fundamentales y aproxima la labor de la prestación de servicios públicos domiciliarios, en primer lugar, al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho (art. 2), y en segundo lugar, al catálogo de derechos fundamentales, por conexidad, la cual necesariamente debe existir entre la prestación eficiente y la afectación a estos por deficiencia o, en el peor de los casos, su ausencia total.

De esto se concluye que todos los acueductos, para prestar el servicio público domiciliario del agua, tienen un

“punto terminal” que son las viviendas de los usuarios -entendiendo por usuario a quien disfruta el uso-, y que está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto.

Este es el juicio de valor que se debe hacer para entender la razón por la cual el agua, entendida como servicio público domiciliario, debe pasar de la concepción de servicio a la concepción de derecho humano fundamental, de responsabilidad exclusivamente estatal, así como lo son la justicia, la seguridad o la actividad monetaria.

El agua ha sido definida como un bien común por importantes pensadores como LEONARDO BOFF, quien ha dicho: “...quien controla el agua tiene poder y quien tiene poder controla la vida, porque no existe vida sin agua. Por eso la primera afirmación que hay que hacer es que el agua es un bien natural, vital, insustituible y común. Creo que eso indiscutible: ningún ser vivo, humano o no humano, puede vivir sin agua”¹⁵.

La Observación General de 15 de noviembre de 2003, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Comité DESC-, partiendo al igual que BOFF de la esencialidad del agua para la vida, establece que “debe tratarse como un bien social y cultural y no fundamentalmente como un bien económico”.

¹⁵ BOFF, Leonardo. Ética mundial: un consenso mínimo entre los humanos. Madrid : Casa de América, 2000.

En el derecho colombiano, además de los bienes susceptibles de apropiación privada y de los que pertenecen al Estado, existen los denominados bienes de la nación de uso público. La nación no es igual al Estado y lo que caracteriza a los mencionados bienes es su uso público, vale decir común. En consecuencia, si el titular de dichos bienes es el Estado, en representación de todos, es decir de la nación, no ejerce esa titularidad a la manera de un propietario privado, sino en función de los derechos de la nación, que representa.

Ilustra lo anterior el hecho de que las acciones populares se hayan consagrado para la defensa de los “derechos e intereses colectivos” y que su titular sea, entre otros, cualquier persona natural o jurídica, quien actúa en este caso en representación de toda la comunidad. Dichas acciones se ejercen, entre otros efectos, para la defensa de los bienes de uso público. Recuérdense además que las acciones populares, elevadas a la categoría de norma constitucional en 1991, ya habían sido consagradas en el Código Civil, que data del siglo XIX, a favor de “los caminos, plazas y otros lugares de uso público”.

Cuando se dice entonces en el artículo primero, que se somete a referendo, que “el agua es un bien común y público” se está señalando que por ser esencial para la vida y por ser un elemento natural, es un bien colectivo, que no puede ser apropiado por nadie y en consecuencia es público. Todos tenemos acceso a ella amparados por un derecho que resulta

fundamental. Lo público es en este caso más amplio que lo estatal e incluye lo comunitario. La titularidad la puede ejercer entonces el Estado, en representación de todos, o las organizaciones comunitarias, sin ánimo de lucro.

Los bienes comunes como el agua no son susceptibles de apropiación privada y, por lo tanto, su titularidad debe ser siempre atribuida a quien represente a la colectividad, llámese nación, pueblo o comunidad, cuando estas no la puedan ejercer directamente.

Conclusión

Sin duda, es inconsistente, por decir lo menos, el temor a la consagración de estos derechos y garantías bajo el supuesto de que se entorpezcan planes y programas del Estado en materia de agua potable. Es absurdo considerar que el derecho fundamental al agua potable debe establecerse cuando toda la población disponga de agua potable. Por el contrario, sería lógico preguntarse: ¿qué legitimidad puede tener un Estado que no es capaz de garantizar el acceso de su población a un bien esencial para la vida como el agua potable?

Tanto en Colombia como en el mundo, la inversión privada en infraestructura de acueducto y alcantarillado es muy inferior a la que se realiza con dineros públicos provenientes del Estado o del pago que hacen los usuarios por el servicio. Lo anterior demuestra que la inversión privada va allí donde se le garanticen altas tasas de rentabilidad y pocos riesgos.