



UNILASALLE
CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE



RODRIGO WESTPHALEN LEUSIN

**UMA ABORDAGEM GARANTISTA DO DIREITO À ÁGUA POTÁVEL NO NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**

CANOAS, 2015

RODRIGO WESTPHALEN LEUSIN

**UMA ABORDAGEM GARANTISTA DO DIREITO À ÁGUA POTÁVEL NO NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário La Salle para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori

Coorientador: Prof. Dr. José Alberto Antunes de Miranda

CANOAS, 2015

RODRIGO WESTPHALEN LEUSIN

**UMA ABORDAGEM GARANTISTA DO DIREITO À ÁGUA POTÁVEL NO NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário La Salle para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Aprovado pela banca examinadora em 17 de dezembro de 2015

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori
Centro Universitário La Salle

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Centro Universitário La Salle

Prof. Dr. Dani Rudnicki
Centro Universitário Ritter dos Reis

À Antônia e ao Theo, maiores amores da minha vida,
a quem desejo um mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

À Marília Longo do Nascimento, lar do meu coração, que ainda com a Antônia nos seios, disse-me: vai! Muito obrigado, minha vida, por essa fortaleza de amor, cimento do nosso caminho.

À minha mãe, Rosa Helena Barros Westphalen, agradeço pela tua doce, sutil, mas profunda coragem, pela qual, desde a minha infância, desvelaste-me as injustiças do mundo. Nunca esqueço dos autos dos processos criminais, via de regra movidos contra pessoas muito pobres, abertos sobre a mesa, e das tuas temperadas explicações, lúcidas, justas e perfeitas para uma criança, a respeito do trabalho que tu “batias” na “máquina de escrever”.

Ao Theo, meu filho, muito obrigado pelo teu tempo, que eu não queria deixar de te dar; eu sei que tu entendes bem, pois és uma das pessoas mais sensíveis que conheço. Obrigado também pela tua doçura, que todos os dias, faz-me mais feliz e otimista.

À minha filha Antônia, a pessoa mais bela desse mundo, que nasceu junto com esse trabalho, também obrigado pelo tempo que eu não pude te dar. Aproveito para dizer que tu completaste os sonhos da minha vida.

Ao meu pai, Albano Leusin Júnior, pelo exemplo da “cabeça erguida” e de sempre olhar para frente. Mas principalmente por ter me levado aos campos de futebol da várzea, assim me conectando com o mundo das pessoas de todas as cores.

À Águeda Longo e Nascimento e ao Fernando Rosa do Nascimento, pelo apoio, pelo tempo e pelo cuidado incondicional e carinhoso com a Antônia e com o Theo. Sem vocês ao nosso lado, tudo seria muito mais difícil.

Ao Lourenço Westphalen Leusin, meu irmão amado, pelo carinho e cumplicidade. Também pela fraternidade, à Ângela e ao Felipe, meus cunhados.

Ao meu avô Moysés Westphalen (*in memoriam*), engenheiro agrônomo e defensor dos índios, porque ajudou a manter viva a *Abya Yala*.

Ao professor Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori e à professora Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, pela oportunidade de reencontrar no Direito a minha vocação.

Aos professores Dr. Antonio Carlos Wolkmer e Dr. Jorge Antunes de Miranda, pelos conhecimentos que vossos trabalhos transmitem e pela honra de me lerem e ouvirem.

Ao Dr. Marcelo Bervian, pelo coleguismo e compreensão, predicados que foram fundamentais para que eu chegasse aqui.

Aos colegas da Barufaldi Advogados, especialmente ao Dr. Luís Fernando Roesler Barufaldi, pelo tempo e entusiasmo nessa reta final.

Aos amigos e amigas, aos familiares, aos que passaram e aos que aqui estão. Também me desculpem por não ter mais tempo para citá-los individualmente, pois todos são importantes em cada passo da minha vida; eu sou eu, graças a vocês.

À UNILASALLE, seus empregados e professores, por desse fantástico mestrado e pela temática emocionante das linhas de pesquisas. O mundo precisa.

RESUMO

O presente trabalho, cuja pesquisa tem viés dogmático, apresenta como referencial teórico a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, estabelecendo interfaces com a corrente constitucional do Novo Constitucionalismo Latino-americano, adotada de forma paradigmática, na Bolívia, na Colômbia, no Equador e na Venezuela. Apresentar-se-á como se dá a abordagem constitucional do direito à água potável e de que forma ela é garantida aos seus cidadãos no âmbito normativo e judicial constitucional desses países, diante de uma nova cultura jurídico-constitucional, permeada pelos saberes dos povos indígenas da região, a partir da leitura garantista. O trabalho aborda, para dar base às suas conclusões, um breve histórico dos direitos humanos até a declaração pelas Nações Unidas de que a água se trata de um direito humano. Explicita lineamentos gerais sobre o garantismo, como ele se desdobra na teoria dos bens fundamentais e verifica a existência de instituições de governo e de garantia no âmbito latino-americano para a efetivação do direito à água potável. Também apresenta brevemente as condições históricas que dão azo às constituintes criadoras das constituições nos países referidos. Estuda-se, valendo-se de Luigi Ferrajoli, as relações, contradições e coerências entre direitos humanos fundamentais, globalização e relativismo cultural, eis que são realidades postas em jogo e em aparente confronto com as tradições jurídicas e culturas oriundas da Europa ocidental e do norte da América, a partir do resgate de velhas novas culturas e do pluralismo admitido nas constituições representantes do novo constitucionalismo latino-americano. Conclui-se o trabalho mediante uma pesquisa das jurisprudências representantes das posições majoritárias nos tribunais constitucionais do Equador, da Bolívia e da Colômbia, as quais demonstram que os valores que instruíram as novas constituições, em especial, da Bolívia e do Equador, estão sendo utilizados nos julgamentos de casos relativos à água.

Palavras-chave: Garantismo. Bens fundamentais. Novo Constitucionalismo Latino-americano. Água potável. Globalização. Relativismo Cultural. Bem viver.

ABSTRACT

This study, whose research has dogmatic bias, presents as theoretical reference the Guarantist Theory from Luigi Ferrajoli, establishing interfaces with the constitutional power of the New Constitutionalism in Latin American and adopted a paradigmatic form, Bolivia, Colombia, Ecuador and Venezuela. It will be presented how is the constitutional approach of the right of drinking water and how it is guaranteed to its citizens in the constitutional normative and legal framework of these countries, facing a new legal and constitutional culture, permeated by the knowledge of local indigenous peoples from a guarantist reading. The work addresses, to underpin its conclusions, a brief history of human rights until the declaration by the UN that the water is a human right. Spells out general guidelines on “garantismo”, as it unfolds in the theory of basic goods and checks the existence of government institutions and security in the Latin American context for the realization of the right to drinking water. Also briefly presents the historical conditions that give rise to creative constituent of constitutions in these countries. Is studied, making use of Luigi Ferrajoli, relations, contradictions and consistencies between fundamental human rights, globalization and cultural relativism, behold, considering that are realities put at play and in apparent conflict with the legal traditions and cultures originated in Western Europe and North America, from the rescue of old and cultures the admitted pluralism in the constitutions of the new Latin American constitutionalism. The work is concluded by a case records of jurisprudence representatives of the positions in the constitutional courts of Ecuador, Bolivia and Colombia, which show that the values that instructed the new constitutions, particularly in Bolivia and Ecuador, are being used in trials of cases relating to water.

Keywords: guaranteeism. Fundamental goods. New Latin American Constitutionalism. Potable water. Globalization. Cultural relativism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A ÁGUA NO ÂMBITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	17
1.1 O DIREITO AMBIENTAL EM RELAÇÃO AO DIREITO HUMANO À ÁGUA.....	17
1.2 A ÁGUA NO SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU).....	21
1.3 A POSSIBILIDADE DE RETROCESSOS NUM SISTEMA SEM GARANTIAS.....	25
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS	27
2.1 UMA RESPOSTA JUSPOSITIVISTA PARA RESPONDER QUAIS SÃO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
2.2 UMA RESPOSTA AXIOLÓGICA SOBRE QUAIS DEVEM SER OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
2.3 UMA RESPOSTA TEÓRICA SOBRE O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
2.4 AS GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOÇÃO INTRODUTÓRIA.....	31
2.5 LINHAS GERAIS DO GARANTISMO.....	32
2.5.1 As garantias no Estado de direito liberal	34
2.5.2 As garantias no Estado de direito social	38
2.6 A CONSAGRAÇÃO DO POSITIVISMO VIA GARANTISMO (OU A VOLTA DO JUSNATURALISMO).....	41
3 GLOBALIZAÇÃO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	46
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELATIVISMO CULTURAL.....	51
4 A ÁGUA POTÁVEL COMO BEM FUNDAMENTAL	56
4.1 DE MERCADORIA A BEM FUNDAMENTAL.....	56
4.2 O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI E O DIREITO À ÁGUA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	61

5	UM VELHO SABER, PARA UM NOVO DIREITO, PARA NOVAS INSTITUIÇÕES: A OPÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	66
5.1	BREVE RESGATE HISTÓRICO.....	67
5.2	A CULTURA DO BEM VIVER.....	71
5.3	CARACTERÍSTICAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	73
5.3.1	Características formais das constituições do Novo constitucionalismo latino-americano.....	78
5.3.2	Características materiais das constituições do Novo constitucionalismo latino-americano.....	84
5.3.3	Funções e instituições de governo e de garantia no Novo constitucionalismo latino-americano.....	88
5.4	O TRATAMENTO DO DIREITO À ÁGUA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	89
5.5	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO DIREITO À ÁGUA POTÁVEL NOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA.....	93
5.5.1	Jurisprudência na Bolívia.....	93
5.5.2	Jurisprudência na Colômbia.....	94
5.5.3	Jurisprudência no Equador.....	96
5.5.4	Jurisprudência na África do Sul e na Argentina.....	100
6	CONCLUSÃO.....	102
	REFERÊNCIAS.....	105
	ANEXO A – DECISÃO EXP. 0063-14-JP DO EQUADOR.....	111
	ANEXO B – DECISÃO 002-15-DEE-CC DO EQUADOR.....	114
	ANEXO C – DECISÃO 009913 - JP DO EQUADOR.....	136
	ANEXO D – DECISÃO T – 740/11 – R DA COLÔMBIA.....	138
	ANEXO E – DECISÃO T – 790/14 DA COLÔMBIA.....	209

INTRODUÇÃO

Água potável e saneamento são essenciais para a realização de todos os direitos humanos. Assim devem ser providos pelos Estados e organismos internacionais a todas as pessoas, especialmente àquelas que vivem em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Assim, os Estados Nacionais e os organismos internacionais, além de reconhecerem água e saneamento como direitos humanos, devem proporcionar recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia para que esse direito seja realizado, ou seja, para que a água potável e o saneamento, proporcionem saúde, de forma acessível.

Tais reconhecimentos e exortações são definições da Resolução 64/692 da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em 28 de julho de 2010. Contabiliza-se no Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos, divulgado em março de 2015, que milhões de pessoas não têm acesso à água potável e ao saneamento no mundo.

O mesmo reporte informa que:

As grandes prioridades para a região da América Latina e Caribe são construir a capacidade institucional formal para gerenciar os recursos hídricos e promover a integração sustentável da gestão desses recursos para o desenvolvimento socioeconômico e a redução da pobreza. Outra prioridade é garantir o pleno cumprimento do direito humano à água e ao saneamento no âmbito da agenda de desenvolvimento pós-2015.

Quanto à Europa e América do Norte os desafios não são menores, ainda que se lhes atribua posições privilegiadas na coordenação das políticas mundiais, fato que por um lado deve ser questionado, considerando-se que a atual situação de degeneração do meio ambiente tem como principal causa a atividade poluidora praticada nesses dois continentes.

Esses dois continentes, devem, no entender das Nações Unidas,

Aumentar a eficiência do uso de recursos, reduzir o desperdício e a poluição, influenciar os padrões de consumo e escolher as tecnologias apropriadas são os principais desafios enfrentados por Europa e América do Norte. Conciliar os diferentes usos da água no âmbito das bacias hidrográficas e melhorar a coerência política em nível nacional e além fronteiras será a prioridade nos anos por vir.

A ONU¹ propõe a “Visão 2050: Água em um mundo sustentável”, assim dizendo:

Em um mundo sustentável, possível em um futuro próximo, a água e os recursos correlacionados são geridos em função do bem-estar humano e da integridade dos ecossistemas em uma economia forte. Água suficiente e segura é disponibilizada para atender as necessidades básicas de todas as pessoas, com estilos de vida e comportamentos saudáveis - facilmente garantida por meio de serviços de abastecimento de água e saneamento confiáveis e acessíveis. Estes últimos suportados, por sua vez, por uma infraestrutura equitativamente ampliada e gerida de forma eficiente. A gestão dos recursos hídricos, as infraestruturas e a prestação de serviços são financiadas de forma sustentável. A água é devidamente valorizada em todas as suas formas, com os efluentes tratados sendo utilizados como recurso na viabilização de energia, nutrientes e água doce. Os aglomerados humanos desenvolvem-se em harmonia com o ciclo natural da água e com os ecossistemas que os suportam, graças a medidas que reduzem a vulnerabilidade e melhoram a resiliência em relação a desastres relacionados aos recursos hídricos. As abordagens integradas de desenvolvimento dos recursos hídricos, sua gestão e uso - considerando os direitos humanos - são a norma. A água é gerida de forma participativa, baseada no potencial de mulheres e homens como profissionais e cidadãos, guiados por organizações idôneas e preparadas, dentro de um quadro institucional justo e transparente.

Quanto aos desafios da América Latina, apesar de aparentemente ser colocada numa posição passiva frente às tarefas europeias de “influenciar padrões de consumo” e de “escolher as tecnologias”, as mais importantes e inovadoras políticas e decisões a respeito do tema, inclusive atuantes e causadores desses proclames onusianos², são dela originários. Estão estabelecidos, muito antes das resoluções da ONU, desde os níveis normativos constitucionais até a atuação dos tribunais, a partir de uma nova abordagem assentada na solidariedade das coletividades, a fim de preservar os recursos naturais comuns e de sociabilizar e resolver os problemas sociais de todos (WOLKMER, AUGUSTIN, WOLKMER M. F., 2012, p. 67).

¹ Em “Água para um mundo sustentável. Sumário Executivo”, disponível em http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SC/images/WWDR2015ExecutiveSummary_POR_web.pdf

² Pedro Arrojo, em entrevista prestada ao jornal La Razón, de La Paz, em 16 de junho de 2013, ressaltou a notabilidade da Bolívia na sua atuação perante a ONU para a aprovação da normatividade que declarou o direito à água como um direito humano, em 2010. Acesso em 22/11/2015. http://www.la-razon.com/sociedad/Bolivia-lider-mundial-derecho-agua_0_1852014867.html

As culturas originárias da América do Sul, a partir do final do século XV e começo do século XVI, quando portugueses e espanhóis desembarcaram em Abya Yala (hoje América), sofreram um processo acentuado de destruição de suas culturas, que continuou no mesmo ritmo a partir da criação das repúblicas sul-americanas inspiradas nos ideais de liberdade das revoluções burguesas europeias. Todavia, nos últimos 15 anos, após um difícil período de organização, particularmente nos países andinos, Venezuela, Colômbia, Peru, Equador e Bolívia, mas com especial destaque a esses dois últimos, os povos indígenas originários levaram adiante a reocupação do espaço político por sua cultura e seus integrantes.

Suas capacidades de manter sua cultura e de jamais desistir de seus direitos finalmente encontrou espaço na política e no direito da América do Sul. Em 2008 no Equador e em 2009 na Bolívia são declaradas as novas constituições desses países, as quais contemplam e estão arraigadas nas culturas milenares do *Suma Qamaña*, ou *Sumak Kawsay*, ou seja, da filosofia do *Bien Vivir* (Bem Viver).

A partir dessas novas constituições, o Equador e Bolívia propõem uma nova estrutura estatal, que reconhece a diversidade cultural e promove a convivência harmônica dos seus habitantes, entre si, e com a natureza. Tratam-se de Estados Plurinacionais “em substituição ao Estado uninacional mestiço excludente” (MAMANI, 2010). Em diversos graus, os demais países latino-americanos, desde a Constituição brasileira de 1988, já sinalizam e consagram determinadas proteções à natureza e aos povos nativos. Assim também a Constituição colombiana vigente. Porém, no que tange aos direitos relativos à água e quanto às garantias desses direitos, as constituintes da Bolívia e do Equador foram mais ousadas e expressas, ao positivar tais direitos, de forma clara, no texto constitucional.

Observa-se, no entanto, que a reformulação desses Estados se dá a partir dos instrumentos jurídicos e políticos europeus, pois a democracia e o Estado Constitucional de Direito são criações europeias e, assim como ocorre na América Latina ainda hoje, decorreram da necessidade de se estabelecer vínculos e limites àqueles que exerciam o poder sobre os povos.

Esse hibridismo normativo que acolhe numa mesma Constituição realidades políticas e sociais com doutrinas e conceitos jurídicos de diversas matizes dá uma

nova face ao constitucionalismo, avançando em um terceiro grande período constitucional³, no qual está inserido o Novo constitucionalismo latino-americano.

Assim propõe-se, com pertinência teórica, a leitura dessas constituições pelo olhar da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, que serve para se estudar em que medida as novas constituições da América Latina, representantes do movimento denominado Novo Constitucionalismo Latino-americano, avançam na proteção e garantia do direito à água potável.

Também é usada na análise a teoria de Bens Fundamentais de Ferrajoli, na medida em que a água potável, enquanto objeto de direito, necessita de um tratamento jurídico que lhe equipare, quanto ao nível de postulação, aos direitos que dela necessitam para se concretizar.

Assim, abordar-se-á os conceitos principais do Garantismo. Após a apresentação de lineamentos gerais do Garantismo de Ferrajoli, das conquistas e diferenças complementares havidas entre as teorias do Estado liberal e do Estado social, analisam-se, à luz das construções ferrajolianas, as garantias criadas para os direitos liberais e para os direitos sociais, e como hoje a efetivação de cada um deles evolui (ou não) em face das práticas legislativas, cujos parlamentos podem se omitir na tarefa de legislar a respeito dos direitos sociais constitucionalmente previstos, e também das práticas judiciárias, que em face da omissão parlamentar, substituem o direito legislado, mediante a concepção principiológica tendencialmente jusnaturalista do neoconstitucionalismo.

Então, estabelece-se a crítica do sentido tomado pelo constitucionalismo hodierno, se o caminho da recuperação do jusnaturalismo ou da reafirmação do positivismo, via garantismo, como meios mais eficazes para consagrar os direitos eventualmente sonegados.

Essa definição inicial determina a base teórica a ser considerada nesse trabalho, para a análise desses aspectos de efetividade do Novo constitucionalismo latino-americano.

³ Ferrajoli divide a história do constitucionalismo em três etapas. O primeiro período relativo às constituições meramente políticas, flexíveis, dos séculos XVIII e XIX, surgidas no âmbito das revoluções burguesas. O segundo grande período aquele posterior à segunda grande guerra mundial, com o surgimento de constituições rígidas que já estabeleciam proteção a direitos individuais. E o terceiro período, esse que vive-se hoje, cujos primeiros exemplos são as constituições espanholas e portuguesas na Europa, e a brasileira e colombiana na América do Sul. Esse terceiro período, outrossim, subdivide-se, conforme se verá no capítulo 6, nas vertentes do neoconstitucionalismo, do novo constitucionalismo e do novo constitucionalismo latino-americano, esse, do qual fazem parte as constituições da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia, ora estudadas.

No espectro do Equador, a constituição de 2008 é o principal marco do reconhecimento da água como um direito humano fundamental. De acordo com Alberto Acosta e Esperanza Martínez (2010, p. 19-23), a Constituição de 2008 do Equador, no que tange aos direitos à água, tem quatro aspectos fundamentais:

- a) a água é um direito humano.
- b) a água é um bem nacional estratégico de uso público.
- c) a água é um patrimônio da sociedade;

d) a água é um componente fundamental da natureza e esta, por sua vez, é sujeito de direito dotada de direitos próprios e de manter seu ciclo vital.

Busca-se, também, cotejar os valores e princípios oriundos das culturas indígenas originárias dos andes latino-americanos com a cultura jurídica ocidental, bem como o esteio histórico, especialmente sobre os efeitos dessa colisão, desde o momento em que a América foi achada pelos europeus, até os dias atuais, momento em que, valendo-se de instrumentos constitucionais e jurídicos ocidentais, as nações dos países latino-americanos resgatam sua cosmovisão da vida, lançando-a nas suas constituições.

Esse posicionamento geopolítico da América Latina representante do Novo constitucionalismo latino-americano em face das culturas jurídicas, políticas e econômicas do ocidente é importante para analisar a viabilidade da convivência entre os diversos sistemas jurídicos, teóricos e factuais, que compõem a diversidade latino-americana. Para Luigi Ferrajoli, a contradição entre o relativismo cultural e o universalismo dos direitos humanos é uma falácia.

Após pontuar tais conceitos e realidades, verificar-se-á qual o comportamento das cortes constitucionais que possuem constituições forjadas nos valores do Buen Vivir e do reconhecimento da cultura das suas maiorias, para saber se eles estão aplicando e interpretando as regras atinentes à água potável conforme ordena as respectivas constituições, e o quanto esse constitucionalismo realmente instrumentaliza os tribunais para esse desiderato. Nesse aspecto, a prática da Bolívia, da Colômbia e do Equador terá especial relevo; mas as experiências de outros países que reconhecem a água enquanto direito humano merecerá destaque, tal como se fará com a Argentina e África do Sul.

O desafio da América Latina está em, finalmente, legitimar as suas democracias, concretizando não só os direitos sociais construídos sobre as bases do constitucionalismo social posterior à segunda guerra mundial, mas também, além

disso, concretizar esses novos paradigmas oriundos de culturas milenares e que na recente história americana estavam subjugados pela deturpação da política e do direito praticados no continente.

1 A ÁGUA NO ÂMBITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são obra da Modernidade que foi iniciada a partir das revoluções burguesas, época em que surgiu um novo pensamento, que já se anunciava desde a época medieval. A positivação das aspirações jusnaturalistas dos direitos do homem desde então construída chega aos nossos dias nas constituições do pós segunda guerra mundial, afetando a produção jurídica e constitucional, nas esferas nacionais e internacionais.

A partir de 1945, com o advento da ONU, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos tem sido elaborado mediante a produção de expressiva pluralidade de normas de carácter geral (alcançando todas as pessoas) e de normas de carácter específico (como as de combate ao racismo e à discriminação contra as mulheres), elevando o ser humano à categoria de sujeito do direito internacional. Formou-se um novo ramo do direito internacional: o dos direitos humanos, dotado de princípios próprios, de carácter específico e de autonomia.

Esse Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos estabeleceu uma característica especial que o diferencia dos demais sistemas de direito internacional: a fixação de obrigações absolutas e universais dos Estados em relação ao objeto e a finalidade das Convenções, e não somente de direitos e obrigações entre as partes signatárias, alçando-o a ramo do direito capaz de alcançar os interesses coletivos, propondo a proteção integral, tanto sob o direito nacional, quanto internacional, dos direitos humanos.

1.1 O DIREITO AMBIENTAL EM RELAÇÃO AO DIREITO HUMANO À ÁGUA

A normatização internacional do direito ambiental foi construída com bases menos consistentes que a dos direitos humanos, mas a partir dele, de modo que suas origens, eventualmente, se cruzam (CANÇADO TRINDADE)⁴.

O direito do meio ambiente surgiu a partir da década de 1970, quando foram sentidos pela humanidade, de modo mais acintoso, os impactos do aumento da população mundial, da devastação de ecossistemas, especialmente nos países do

⁴ Para CANÇADO TRINDADE há um evidente diálogo entre as normas de proteção internacional do meio ambiente e as de proteção dos direitos humanos, e que as primeiras convenções específicas de meio ambiente “encontram-se permeadas de elementos próprios ao universo conceitual dos direitos humanos e hoje comuns aos dois domínios de proteção (do ser humano e do meio-ambiente)”.

norte, e de acidentes de altíssimo impacto sobre a saúde e o meio ambiente, resultantes do modelo de crescimento econômico adotado⁵.

As primeiras normas internacionais que impulsionaram a criação do ramo do direito internacional do meio ambiente, surgem a partir da Convenção de Estocolmo de 1972. Porém, a construção do direito humano à água se confunde com a construção do direito internacional do meio ambiente, se dá de forma caótica, desordenada e de textos poucas vezes cogentes (VARELLA, 2003). A falta de hierarquia entre tais normas, oriundas de diversas fontes e a difícil identificação de seus reais fundamentos, como se verá a seguir, atrasou a identificação do direito à água como um direito humano fundamental.

São referências ao direito à vida e à saúde que fazem com que a doutrina compreenda, majoritariamente, a proteção ambiental com um direito humano. Considerada como sendo a primeira referência implícita do direito fundamental ao meio ambiente, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, assim preceitua em seu artigo 25: “toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que assegure [...] a saúde e o bem estar”.

Na época da construção desta norma internacional, a proteção do meio ambiente e dos elementos que o compõe, não foram inseridos na mencionada Declaração. Adota-se aqui, com otimismo, a compreensão de que a principal razão para a não menção de tais elementos era a crença, na época, de que os recursos naturais seriam inesgotáveis.

A Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972, no seu Princípio 1, é o primeiro documento que se pode dizer explícito quanto ao elemento fundamental à qualidade do meio ambiente:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para as presentes e futuras gerações (...).

Na época da construção desta norma internacional, a proteção do meio ambiente e dos elementos que o compõe, não foram inseridos na mencionada

⁵ O acidente na usina nuclear de Chernobyl é um exemplo.

Declaração, talvez por serem considerados implicitamente incluídos no rol não restritivo do dispositivo e do conceito de “nível adequado de vida”, ou, por que, ainda era forte a ideia de que os recursos naturais por serem inesgotáveis, não careciam de proteção.

Reconhecidos como fontes do direito humano ao meio ambiente, incluíram-se ao rol a Declaração do Rio de Janeiro de 1992, a Convenção sobre o Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça nas Questões Ambientais, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e o Tratado para o Estabelecimento da Comunidade da África Oriental.

A definição do direito ao meio ambiente como um direito humano fundamental reconhecido e protegido por normas internacionais que visam regular futuros comportamentos dos Estados (soft laws) representa um importante pilar do direito internacional moderno⁶. A afirmação de que a proteção do meio ambiente em todos os seus aspectos visa proteger a vida em todas as suas formas, confere ao meio ambiente a roupagem de um direito absoluto que transcende as fronteiras da soberania dos Estados e que deveria ser exercido de forma imediata por todos os seres humanos.

Dentro da construção de um regime internacional do meio ambiente, a água, como elemento essencial que o compõe, passou a ser objeto de diversos documentos internacionais, não se podendo afirmar, entretanto, que até 2010⁷, tais documentos a integravam no rol dos direitos fundamentais dos homens. De fato, até então, a extensa discussão do reconhecimento internacional de um direito fundamental ao meio ambiente não se aplicou à construção de um direito fundamental à água e ao saneamento no âmbito da Organização das Nações Unidas e, conseqüentemente, na maioria dos países que a integram. A lógica da construção do direito à água na esteira da construção dos direitos humanos era apenas implícita e distinta do conceito não-específico de direito fundamental ao meio ambiente.

⁶ “Para além de uma análise institucional ou instrumental, o direito à água deve impor uma necessidade comum à toda humanidade de tais recursos, essenciais à existência da própria humanidade.”(tradução livre). (DOBENKO, 2011)

⁷ No âmbito internacional o direito à água foi reconhecida como “direito humano” em julho de 2010, através da Assembleia Geral das Nações Unidas, na Resolução da Assembleia Geral A/RES/64/292.

Na dinâmica dos direitos humanos, especialistas definem a água como um bem indispensável para uma vida digna e que o acesso à água e ao saneamento são condições *sine qua non* para a realização de outros direitos fundamentais, como o direito à vida, num nível de vida adequado, à moradia, à educação, à alimentação e, principalmente, à saúde. De fato, a água é o primeiro – e o principal – elemento da natureza dentre aqueles que constituem o mínimo para que se garanta ao ser humano viver dignamente, suprindo-lhe as necessidades de consumo pessoal e doméstico (higiene, limpeza e alimentação), evitando a morte por desidratação e, conseqüentemente, o risco de adoecer⁸.

A compreensão da construção do direito à água pressupõe a análise dos sistemas internacionais de direitos humanos e do ramo do direito ambiental. No entanto, identificar um direito humano à água e ao saneamento no cenário internacional, até 2010, mostrava-se tão difícil quanto pretender a compilação do direito internacional do meio ambiente, calcado em antagonismos crescentes. Também disso decorre a dificuldade de sua efetivação.

Os tratados de direitos humanos abordaram, inicialmente, o direito à água sob o ângulo da potabilidade, de forma que, expressamente, as Convenções de Genebra e seus Protocolos adicionais incluíram em seus artigos o direito à água potável. Os Pactos Internacionais de 1966, tidos igualmente como tratados de Direitos Humanos, reconheceram implicitamente o direito à água, abordado de forma mais consistente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

O direito à vida foi anunciado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), como sendo o direito de todo o ser humano de não ser privado de sua vida, a qual será protegida por lei, civil e politicamente e foi interpretado no ano de 1982 pelo Comitê de Direitos Humanos de forma mais abrangente, incluindo medidas para a redução da mortalidade infantil e aumento da expectativa de vida, especialmente na adoção de medidas para eliminar a desnutrição e epidemias.

O Comitê sugere sejam adotadas medidas positivas pelos Estados, que não podem compreender o direito à vida de forma restritiva. No ano de 1984 o Comitê voltou a se manifestar sobre o mencionado artigo, agora, incorporando a

⁸ A ONU avaliou no ano de 2010 que “o acesso ao saneamento e à água potável traz grandes vantagens ao desenvolvimento de cada país através de melhorias nos resultados da saúde e na economia”, reduzindo o número de pessoas que morrem todos os anos, os gastos com saúde e com as faltas ao trabalho por doenças, conforme a Avaliação de Saneamento e Água Potável. (ONU-Água, 2010)

necessidade de adoção de medidas para a prevenção às guerras, sem abordar a temática do direito do homem à água.

Em contrapartida, o PIDESC afirma a existência de um conjunto de direitos identificados com o conceito de mínimo existencial, o que garante o direito a um nível adequado de vida, nada menos do que alimentação, vestuário, moradia. Na interpretação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o direito à água aparece implicitamente nos artigos 11 e 12 do PIDESC, e é um direito fundamental indispensável à vida digna, bem como é pré-requisito para a realização de outros direitos humanos, confirmando que a expressão nível adequado de vida também compreende o acesso à água potável e, como natural decorrência, o serviço de saneamento básico.

O pensamento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, em 2002, ao dar publicidade a suas Orientações Gerais, fez uma síntese interpretativa do PIDESC e afirmou ser a água um recurso natural que preenche o significado da expressão dignidade da pessoa humana, o que pressupõe vida adequada e saúde.

Porém, a importante construção feita nas recomendações dos comentários ao Pacto de 66 se esvazia diante do silêncio quanto à uma recomendação positiva. Ao contrário, manteve uma interpretação restritiva dos dispositivos 11 e 12, determinando aos Estados Membros que adotem medidas constantes e de forma continuada para assegurar que todos tenham acesso à água potável e ao saneamento básico. Na construção do Sistema Internacional de Direitos Humanos, as Nações Unidas, mais de trinta anos após a promulgação dos Pactos de 1966, negava uma aplicação direta do direito à água e relegava-o a um elemento de políticas internas.

1.2 A ÁGUA NO SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A primeira conferência internacional específica sobre a água ocorreu em 1977, em Mar Del Plata, na Argentina, especialmente porque os organismos internacionais se depararam, à época, com um quadro de crise que exigia programas de gerenciamento integrado dos recursos hídricos. Nela foi afirmado que todos os povos, qualquer seja seu grau de desenvolvimento e suas condições sociais e

econômicas, têm o direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade suficiente para atendimento às suas necessidades básicas e que está universalmente reconhecido que o acesso dos seres humanos a esse recurso é essencial, tanto para a vida, como para seu desenvolvimento.

Esse primeiro instrumento internacional específico da água reconheceu, antropocentricamente, a água como um “direito”; biocentricamente, através da consideração dos diversos usos dos recursos hídricos e a natureza dos ecossistemas aquáticos, avaliou os impactos que os diversos usos da água têm sobre o meio ambiente, com o objetivo de lutar contra as doenças de origens hídricas e a proteção dos ecossistemas (CASTILLO, 2009). O Plano de Ações de Mar Del Plata impulsionou a ONU a declarar o período de 1980/1990 como a “Década Internacional da Água Potável e do Saneamento”. Contudo, isso não representou qualquer motivação considerável para a instituição de normas de garantias (de efetivação) do acesso à água como um direito fundamental.

A Convenção de Helsinque de 1992, ainda que de cunho regional, serve de exemplo para demonstrar a dúbia visão em relação ao direito à água, entre o antropocentrismo e o biocentrismo, pois de um lado impõe aos Estados que promovam a conservação dos ecossistemas aquáticos, e, de outro, traz no preâmbulo do Protocolo de 18 de junho de 1999, sobre a água e saúde, elementos que compõe um difícil quebra cabeça rumo à construção de um conceito garantista e efetivo do direito humano à água ao saneamento.

Ainda em 1992 ocorreu em Dublin a Conferência sobre Água e Meio Ambiente, que serviu de fundamento à Cúpula da Terra. Uma das acepções da água propostas em Dublin foi de que o “acesso” à água é um direito humano, nos termos do proclamado princípio 4: “(...) é vital reconhecer como direito básico de todos os humanos o acesso à água potável e ao saneamento”. Abordado como uma necessidade humana, neste momento histórico, o direito à água ainda não se revestia de direito humano.

No mesmo ano, a Agenda 21, principal resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, oferece aos países as bases para que elaborem seus planos para a superação dos problemas sócio-ambientais, com foco no desenvolvimento sustentável, de forma a envolver governos e sociedade civil, reforçando a concepção da água abordado em Dublin. Fruto de um trabalho conjunto de mais de 170 países, ao longo dos dois

anos que antecederam a ECO92, a Agenda 21, que compreende 40 capítulos, é o documento que em tese ofereceria aos países as bases para que elaborem seus planos de ações para a superação dos problemas sócio-ambientais, com foco no desenvolvimento sustentável, de forma a envolver governos e sociedade civil.

Os recursos hídricos ocupam um ponto relevante da Agenda 21, discutidos ao longo do capítulo 18, que tem por título: “Proteger a qualidade e suprimento dos recursos de água limpa: aplicação de abordagens integradas ao desenvolvimento, gerenciamento e uso dos recursos hídricos”. O capítulo dedicado aos recursos hídricos trata das condições do direito à água, detalhando os elementos que o compõem (SCANLO, J.CASSAR, A.NEMES, 2003).

No que diz respeito a uma potencial construção de um direito humano à água e ao saneamento, o documento define como objetivo geral, consoante item 18.2, a necessidade de se assegurar a oferta adequada de água para toda a população do planeta, fomentos de tecnologias inovadoras, o reconhecimento do caráter multissetorial do desenvolvimento dos recursos hídricos no contexto do desenvolvimento sócio-econômico, bem como os interesses múltiplos na utilização desses recursos:

(...) 18.2. A água é necessária em todos os aspectos da vida. O objetivo geral é assegurar que se mantenha uma oferta adequada de água de boa qualidade para toda a população do planeta, ao mesmo tempo em que se preserve as funções hidrológicas, biológicas e químicas dos ecossistemas, adaptando as atividades humanas aos limites da capacidade da natureza e combatendo vetores de moléstias relacionadas com a água. Tecnologias inovadoras, inclusive o aperfeiçoamento de tecnologias nativas, são necessárias para aproveitar plenamente os recursos hídricos limitados e protegê-los da poluição.

Além de reconhecer a água como elemento essencial para a vida do homem, a Agenda 21 define, no item D “Abastecimento de água potável e saneamento: base para a ação”, que “oferta de água confiável e o saneamento ambiental são vitais para proteger o meio ambiente, melhorando a saúde e mitigando a pobreza”, reforçando as premissas do Plano de Ações de Mar del Plata de 1977, de que o acesso à água será garantido a todas as pessoas, independentemente de suas condições sociais e econômicas, incorporando, sutilmente, uma visão biocêntrica ao documento.

Mais recentemente, as Cúpulas do Milênio incrementaram o discurso da relação entre meio ambiente equilibrado e desenvolvimento humano, rumo à redução da pobreza. No entanto, consolidam a trajetória da Organização das Nações Unidas para a não inclusão expressa do direito à água no rol dos direitos humanos.

A cúpula do ano 2000, ocorrida em Nova Iorque, reuniu 191 chefes de Estados que elaboraram oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), os quais sistematizavam acordos internacionais sobre população, meio ambiente, gênero, direitos humanos, desenvolvimento social realizados na década de 1990. Os ODM fixaram como objetivo o acesso permanente e sustentável à água potável segura e uma meta de redução, até 2015, de metade do número de pessoas que não tem acesso à água potável. Os recentemente aprovados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), para os anos de 2015-2030 não concretizam o direito humano à água, restringindo-se a definir como meta o direito ao acesso, nos termos do objetivo 6: *“assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos”*.

Até então, nesse arrazoado histórico a respeito da consideração da água no âmbito do direito internacional e dentro de conceitos clássicos a respeito do direito ambiental, não há proposições legais vinculativas aos Estados ou à comunidade internacional de forma a garantir o direito à água, em especial quanto à água potável, para as populações carentes.

Mas, enfim, ao final da primeira década do século XXI, em 2010, na esteira da constitucionalização do direito humano à água nas constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009, a ONU também a declara como um direito humano (Resolução da Assembleia Geral A/RES/64/292).

Essa declaração é ratificada e incrementada, em setembro de 2010, pela Resolução do Conselho dos Direitos Humanos A/HRC/RES/15/9, através da qual a ONU integra os direitos à água e ao saneamento ao direito internacional e reafirma que esses direitos são vinculativos para os Estados que a compõe.

Enfim, no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o direito à água é inserido como tal, mas, ainda sem garantias que vinculem os Estados.

1.3 A POSSIBILIDADE DE RETROCESSOS EM UM SISTEMA SEM GARANTIAS

Paradoxalmente, apenas dois anos após a declaração da ONU, no Fórum Mundial da Água realizado em Marselha, na França, em 2012, mais de 80 Ministros de Estado do Meio Ambiente assinaram a declaração Ministerial de Marselha, a qual apresenta uma orientação divergente do conceito de água enquanto direito humano, pois sobrepõe a ele interesses econômicos, quase equiparando a água à *commodities*, viabilizando a integração do comércio de água em mercados de futuros e criando derivados no sistema financeiro (DALLA CORTE, 2015, p. 368).

Diante dessas contradições, fica claro que a normatização da água enquanto direito humano fundamental está, ainda, à mercê dos interesses econômicos e políticos que influem na ONU mesmo sendo reconhecida no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Ocorre que no sistema internacional dos Direitos Humanos, não existem presentes instituições de garantia que efetivamente contribuam para a concretização e consolidação do respeito à condição da água enquanto direito humano.

Nesse diapasão, é importante referir a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, quanto aos seus conceitos de garantia primária e de garantia secundária. De forma didática, Sergio Cademartori ensina (2007, p. 42) que garantias primárias são as expectativas negativas ou positivas às quais correspondem obrigações de prestar direitos, ou proibições de lesar direitos, ou melhor, são os direitos fundamentais que estipulam tais obrigações ou proibições. As garantias secundárias, por sua vez, são os direitos e as obrigações de ver reparadas ou de reparar, pela via jurisdicional, as violações das garantias primárias. Por exemplo, tem-se o direito fundamental de que a própria intimidade não seja publicamente exposta, o que consiste numa garantia primária; uma vez violado esse direito, mediante a publicação de imagens na imprensa, sem a devida autorização, tem-se, correlatamente, o direito de pugnar ao poder judiciário, via ação judicial, que a exposição cesse ou seja indenizada, ação e tutela que consiste na garantia secundária.

Esse aspecto da internacionalização dos direitos fundamentais, para além dos conceitos não vinculativos (*non binding*) dos direitos humanos plasmados em diversas normas internacionais, tem considerável importância quanto ao tratamento

jurídico da água, pois especialmente os instrumento de garantia secundária encontram

É nesse contexto que surge a proposta de progressão dos conceitos clássicos que se aplicam às normas internacionais de proteção e prestação dos direitos ambientais e concernentes à água (e ao saneamento) para um tratamento garantista, considerando a água potável como um bem fundamental social.

Essa progressão será admitida no âmbito da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, e, mais especificamente, na proposta que o autor italiano faz para a criação de uma Carta de Bens Fundamentais, como norma positiva complementar, mas não inferior, às cartas de direitos fundamentais.

Vinculando tais conceitos de direitos fundamentais e garantias à esfera do direito internacional, Cademartori, na linha de Ferrajoli, salienta que a consideração dos direitos fundamentais enquanto garantias desqualifica a capacidade transformadora e de efetivação dos mesmos enquanto direitos humanos supranacionais. Os argumentos desqualificadores, do tipo realista (ou seja, direitos que não são aplicáveis não existem), afirmam como consequência que os direitos escritos nas normas internacionais não seriam direitos porque estariam desprovidos de garantias. Destarte, esvazia-se a ideia de internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS

De acordo com Luigi Ferrajoli, para se determinar *quais direitos são fundamentais* duas respostas diferentes devem ser dadas, conforme a interpretação a ser conferida, no sentido de *quais são* ou no sentido de *quais devem ser* os direitos fundamentais.

2.1 UMA RESPOSTA JUSPOSITIVISTA PARA RESPONDER QUAIS SÃO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

À pergunta *quais são* os direitos fundamentais, uma primeira resposta, juspositivista, pode ser dada – são direitos fundamentais aqueles direitos assim denominados, objetivamente, num dado ordenamento jurídico.

A título exemplificativo, no caso equatoriano, ressalta-se, preliminarmente, que a conceituação e classificação dos direitos fundamentais não se enquadra mais na clássica divisão que supunha uma primeira geração, de direitos civis e políticos, uma segunda geração de direitos econômicos, culturais e sociais e uma terceira geração, de direitos coletivos.

Na Constituição equatoriana vigente, há uma dispersão de direitos fundamentais em todo o texto. No título segundo, denominado simplesmente “Direitos”, a carta equatoriana arrola, entre eles, os direitos do *bem viver* (capítulo segundo, do título segundo, artigos 12 a 34), que compreendem os direitos à água e alimentação, ao meio ambiente saudável, à comunicação e informação, à cultura e ciência, à educação, ao *habitat*, à moradia, à saúde, ao trabalho e à seguridade social.

Já entre os artigos 35 e 55, que constituem o capítulo terceiro, denominado *Direitos das Pessoas e Grupos de Atenção Prioritária*, estão positivados os direitos (e garantias) a remédios, tratamentos especiais, trabalho, remuneração, aposentadoria, exceções tributárias, etc, mas devidamente adequados às incapacidades das pessoas que exigem atenção prioritária, tais como crianças, adolescentes, jovens, mulheres grávidas, pessoas com incapacidades, pessoas privadas da liberdade, adictos e consumidores.

Também estão positivados, sem distinção de tratamento, nos artigos 56 a 83, sob o título quarto, denominado *direitos das comunidades, povos e nacionalidades*,

os direitos de participação, de liberdade, os direitos da natureza (conferindo-lhe titularidades de sujeito de direito), entre outros.

Portanto, nessa tese de dogmática positivista, os direitos fundamentais são aqueles como tais conceituados pelo próprio ordenamento jurídico.

2.2 UMA RESPOSTA AXIOLÓGICA SOBRE QUAIS DEVEM SER OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quanto à pergunta *quais devem ser* os direitos fundamentais, a resposta é do tipo axiológico, ou, também sugere Ferrajoli, jusnaturalista. Aqui, responde o autor florentino, devem ser considerados fundamentais, por exemplo, o direito à vida, à liberdade de consciência, outras liberdades civis, direitos à subsistência, etc. Esses asseguram a dignidade da pessoa, também a igualdade e a paz, ou ainda outros valores ético-políticos decididos como fundamentais (FERRAJOLI, 2001, p. 289).

Todavia, para Luigi Ferrajoli, essa resposta, assim como a anterior, não pertence à teoria do direito. A primeira, tal como se referiu, é uma tese jurídica de dogmática positivista e o seu estudo se referirá a um ordenamento jurídico objetivamente questionado, no qual se poderá verificar ou não a existência de direitos fundamentais, e, existindo, quais são. Quanto à segunda resposta, trata-se de uma tese moral ou política, de filosofia da justiça. Não representará uma verdade ou uma falsidade, por que é uma resposta axiológica, de tipo normativo – nesse caso a tese diz o que seria justo tutelar como direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2001, p. 290).

2.3 UMA RESPOSTA TEÓRICA SOBRE O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nenhuma das duas teses acima referidas são teóricas, porque dizem quais são ou quais deveriam ser os direitos fundamentais, exatamente o que uma tese teórica não pode fazer. A teoria deve, por outro lado, explicar *o que são* direitos fundamentais, deve dizer o que se entende pela expressão direitos fundamentais.

Observe-se que para os fins do presente estudo, diante de uma Constituição tal como a equatoriana que não denomina explicitamente quais os direitos nela previstos são direitos fundamentais, a diferenciação estabelecida por Luigi Ferrajoli

para explicar, quais são, ao seu ver, os direitos fundamentais, é importante para a correta compreensão dos direitos fundamentais postos na Constituição do Equador de 2008, bem como, a respeito da localização e conceituação do direito à água potável enquanto direito fundamental naquele ordenamento; gize-se, os direitos fundamentais consagrados nas principais constituições rígidas ocidentais e na declaração universal dos direitos humanos estão na Constituição Equatoriana; mais do que isso, essa constituição amplia o rol de direitos fundamentais de forma inovadora, incluindo, dentre eles, o direito à água potável.

Portanto, a propósito da necessidade de estabelecer a matriz na qual se verificará a fundamentalidade dos direitos da Constituição do Equador, em *Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales* (2001, p. 287) Ferrajoli apresenta os quatro significados que atribui à pergunta *quais derechos são fundamentales*. Assim introduz a matéria:

Gran parte de los problemas y divergências que, con frecuencia, surgen a propósito de los derechos fundamentales, y que han surgido también con ocasión de nuestro debate, depende de la diversidad de enfoques – teóricos o filosóficos, descriptivos o prescriptivos – y de las disciplinas (jurídicas, éticas, sociológicas o historiográficas) que se ocupan de ellos. De ahí la variedad de significados asociados a la expresión <<derechos fundamentales>> (o <<humanos>>, <<públicos>>, << constitucionales>>, <<personalísimos>>, <<morales>> o de <<ciudadanía>>, según léxicos de las distintas disciplinas) los cuales, muchas veces, se refieren a elementos distintos y heterogéneos entre sí, como los valores o fines ético-políticos que se persiguen con ellos, los concretos intereses o necesidades tutelados, de hecho o de derecho, a través de ellos, el rango constitucional o en todo o caso privilegiado de sus fuentes o el carácter universal, ya de los principios que los derechos fundamentales expresan o de los sujetos a los que se atribuyen o de aquellos que los reivindican o comparten su validez.

Ya he subrayado, en mim primera respuesta, la necesidad de distinguir estos diferentes puntos de vista y estos distintos tipos de discurso con el fin de evitar, por la confusión de lenguajes, incomprensiones y aporias originadas por el uso de una categoría conotada en términos unas veces teóricos, otras axiológicos, referida unas veces al derecho positivo, otras a su génesis histórica y otras a las funciones que de hecho satisfacen.

Por enquanto, até aqui, tem-se três significados decorrentes de três respostas à pergunta, *o que são derechos fundamentales*. A primeira é dada do ponto de vista do juspositivismo, a partir do qual se encontrará quais são os direitos fundamentais de um dado ordenamento jurídico. A segunda, de cunho jusnaturalista, dará uma

resposta valorativa, axiológica, que dirá o que deve ser direito fundamental de acordo com uma opção ético-política. A terceira, uma definição teórica, dirá o que são direitos fundamentais.

Essas três questões são distintas e suas diferenças devem ser rigorosamente definidas, para se evitar erros e falsas divergências no estudo do tema. A cada qual corresponde um tipo distinto de discurso, a saber: correlaciona-se ao juspositivismo o discurso da *ciência jurídica positiva*, entendida como o estudo analítico e empírico do direito positivo de um ordenamento definido; correlaciona-se ao jusnaturalismo o discurso da *filosofia política*, ou da justiça, compreendida como a doutrina normativa que trata dos valores ético-políticos que requerem sejam tutelados como direitos fundamentais; como teoria do direito, entende-se um “sistema de conceptos y afirmaciones idóneos para denotar y explicar las formas y estructuras del derecho positivo”. (FERRAJOLI, 2001, p. 290)

Por fim, no âmbito da sociologia do direito pode-se encontrar um quarto sentido para a pergunta, que nesse espectro pode ser assim elaborada: quais direitos, por quais razões, através de quais procedimentos e em que grau de efetividade são, faticamente, efetivados os direitos fundamentais? A resposta a tal pergunta, que, como se vê, se desdobra em várias, depende de uma resposta capaz de ser argumentada como verdadeira, não em termos normativos encontrados num dado ordenamento, mas sim na realidade concreta, como de fato tenha ocorrido. (FERRAJOLI, 2001, p. 291).

Postas tais diferenciações discursivas, surge uma tipologia para os direitos fundamentais, pela qual Ferrajoli os define e caracteriza (2001, p. 292):

Según la definición que proponho, son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar. Los rasgos estructurales que, con base en esta definición, distinguen a estos derechos de todos los demás, son três, todos ellos independientes del contenido de las expectativas que tutelan: a) a la forma universal de su imputación, entendiendo <<universal>> en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la classe de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares; b) su estatuto de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que he llamado <<normas téticas>>, en oposición a las <<normas hipotéticas>> que, en cambio, predisponen, como efectos hipotéticos, las situacionais singulares dispuestas por los actos, negociales por ejemplo, que prevén em hipotesis; c) su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida

a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno com exclusión de los demás.

Gracias a la identificación de estos três caracteres, uno corolário del outro, esta definición puramente formal disse – y no es poco – que, en caso de que se quiera tutelar un derecho como <<fundamental>>, es preciso sustraerlo, de un lado, al intercambio mercantil, confiriéndolo igualmente mediante su enunciación en forma de una regla general y, de otro, a la arbitrariedad política del legislador ordinário mediante la estipulación de tal regla en un norma constitucional colocada por encima del mismo.

2.4 AS GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ferrajoli faz a distinção entre os direitos fundamentais e as suas garantias estabelecendo que os direitos fundamentais são as expectativas positivas ou negativas às quais correspondem obrigações de prestações e proibições de lesões.

Tratam-se tais obrigações e proibições das garantias primárias do indivíduo face a outras pessoas, inclusive o Estado.

As garantias secundárias são as obrigações de reparação, através da via jurisdicional, das garantias primárias. É a possibilidade de se pleitear para o Estado que os direitos fundamentais consistentes em obrigações de prestações ou proibições de lesões sejam reparados por aqueles que lhes violaram.

Portanto, estabelece-se uma importante diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos supranacionais. Afirma Sergio Cademartori que os argumentos utilizados para desqualificar o carácter supranacional dos direitos humanos é do tipo realista (ou seja, se não são aplicados, não existem). Consequentemente, os direitos positivados em normas internacionais não seriam direitos, por que estariam alheios às garantias. Destarte, desqualifica-se a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais.

No Estado de direito (e no estado constitucional igualmente) a inefetividade dos direitos sociais, consagrados nas constituições contemporâneas, pode levar a impasses legitimatórios e políticos. Em face de dois diferentes caminhos propostos por divergentes correntes do Constitucionalismo contemporâneo para resolver o problema da baixa eficácia desses direitos – o neoconstitucionalismo e o uso reiterado e indiscriminado que faz de princípios constitucionais na atividade decisória judicial e o constitucionalismo garantista que reinvoca a necessária concretização infraconstitucional das pretensões principiológicas constitucionais – coloca-se o

dilema de se a preponderância daquele pode significar um retrocesso a práticas políticas e judiciais que outrora deram margem a manipulação do direito como meio de prevalência de interesses e ideologias de parcelas das sociedades.

Luigi Ferrajoli descreve, além da divergência acima apontada, outras diferenças significativas entre essas correntes, especialmente o fato de que no Garantismo – enquanto constitucionalismo positivista e ultrapassagem do paleopositivismo em direção à efetivação do Estado Constitucional de Direito – permanece a separação entre o direito e a moral, operando-se a contingência constitucionalmente inescapável entre tais esferas normativas, enquanto que no neoconstitucionalismo há uma necessária conexão entre ambas, que suprime esse aspecto fundamental de diferenciação do positivismo jurídico, a separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça (FERRAJOLI, in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 11).

2.5 LINHAS GERAIS DO GARANTISMO

Ao criticar o descumprimento do modelo penal garantista previsto na Constituição italiana e noutras de mesma cariz, aponta as consequências da divergência entre a previsão constitucional e as práticas legislativas, jurisdicionais ou as administrativas, que se resumem, simplificada, na ideia de tornar a constituição uma “simples referência, com mera função de mistificação ideológica” (FERRAJOLI, 2006, p.785). A partir dessa denúncia, explica o surgimento do “garantismo” como superação dessa ineficácia, atribuindo-lhe três significados, que não se restringem a efeitos no campo do direito penal; podem ser expandidos para todos os campos do ordenamento.

Como um “modelo normativo de direito”, pelo qual se poderá avaliar o grau de conformidade do ordenamento jurídico ordinário com a Constituição, ou seja, o nível de efetividade da norma superior, bem como examinar a existência de antinomias entre normas inferiores e seus princípios constitucionais, e as incongruências havidas entre as práticas das instituições do estado e as respectivas normas legais (CADEMARTORI, 2007, p.97). No âmbito político visa a estabelecer tutelas que restrinjam a violência e ampliem as liberdades. Na esfera jurídica funciona como um sistema que vincula a função punitiva do Estado para garantia dos direitos dos cidadãos.

Como uma “teoria jurídica da validade e da efetividade”, o garantismo separa o “ser” e o “dever ser” no direito. Aqui o problema principal é a discrepância patológica entre modelos normativos (de tendência garantista) e as práticas operacionais (que tendem ao antigarantismo). Nesse sentido, essa divergência é interpretada como uma antinomia entre, de um lado, a validade e a não efetividade do modelo normativo e, de outro lado, a efetividade e invalidade da prática operacional correspondente (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

No terceiro significado atribuído, garantismo exprime uma “filosofia política”, “que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”, isto é, nos dizeres de Sergio Cademartori, “um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam a sua existência” (CADEMARTORI, 2007, p. 203).

Essa designação permite a separação, no ordenamento, entre ser e dever ser, o que, conforme Ferrajoli, é denominado como o “ponto de vista externo”, pois *ex parte populi*, ou seja, é o aspecto essencialmente democrático da teoria; de outro lado, há ponto de vista interno, *ex parte principis*.

Nesses três significados, conjuntamente considerados (são conexos), estabelece-se os contornos dos elementos da teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito, a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis hierárquicos entre os diferentes espécies de normas e um respectivo grau de irreduzibilidade de ilegitimidade jurídica das práticas normativas inferiores, a diferença entre o ponto de vista externo (ético-político) e o ponto de vista interno (jurídico) com a correspondente divergência entre justiça e validade, e, a autonomia e precedência do ponto de vista externo em relação ao interno, em um grau irreduzível de ilegitimidade política com respeito àquele.

Em suma, conforme sintetiza Sergio Cademartori, tal teoria torna-se uma crítica das ideologias políticas, sejam jusnaturalistas ou ético-formalistas, que confundem a justiça com o direito e vice-versa, e das ideologias jurídicas, tanto normativistas quanto realistas, que confundem, no plano interno, a validade com a vigência, ou pelo contrário, a efetividade (ou eficácia) com a validade. E com Ferrajoli (2006, p. 788), tem-se como principal pressuposto metodológico da teoria garantista a separação entre o direito e a moral e, mais em geral, entre o ser e dever ser. Ademais, é o reconhecimento da diferença entre *normatividade* e *efetividade* que

permite realizar a correta análise dos fenômenos jurídicos, evitando a dupla falta, naturalista e normativa, da assunção dos fatos como valores, ou o contrário, dos valores como fatos.

Pode-se, a partir de Norberto Bobbio, falar de direitos de primeira geração (as liberdades clássicas das primeiras declarações), direitos de segunda geração (os chamados direitos sociais) e direitos de terceira geração, cujos titulares não são mais os homens isoladamente, mas os grupos humanos, ou, se quisermos, da humanidade: podemos tomar como exemplo o direito a um meio ambiente sadio, ou à paz internacional; (CADEMARTORI, 2007, p. 28.)

2.5.1 As garantias no estado de direito liberal

O pensamento político da idade moderna teve como principal mote as discussões relativas às questões da liberdade. A partir do seu estudo e da constituição do pensamento ocidental contemporâneo advém o alcance da democracia e se coloca o problema da liberdade na órbita do constitucionalismo ocidental, liberal e social-democrático. Do surgimento do Estado jurídico, entendiam os pensadores do direito natural, dar-se-ia ao homem a liberdade ilimitada que a ele seria inerente, tal como desfrutava na sociedade pré-estatal (BONAVIDES, 2001, p. 39/40).

Nesse Estado, o bem comum seria alcançado a partir do livre exercício do ser humano de todas as suas liberdades, longe do alcance das mãos restritivas do Leviatã, o qual deve reduzir-se à capacidade individual de cada pessoa⁹.

É nesse ambiente de oposição da liberdade do indivíduo ao absolutismo do rei, na idade moderna, que surge a primeira noção de Estado de Direito, completada pela filosofia política de Kant, e nesse Estado se estabelece a organização jurídica de proteção e defesa da liberdade, especialmente quando limita os poderes dele mesmo em face do indivíduo. Mas é um Estado desprovido de conteúdo substancial, de formalismo rigoroso, cuja missão se restringe a total ausência de iniciativas sociais (BONAVIDES, p. 41, 2001).

⁹ O liberalismo individualista assenta-se na ideia de vedação do monopólio estatal do poder. Segundo Gerard Leibholz, *a necessidade da criação de uma série de freios destinados a garantir a liberdade e a propriedade individuais contra ingerências injustificáveis*. “La nature el les formes de la démocratie”, *Archive de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* n. 3-3/137.

Na concepção liberal a Constituição é o documento essencial da organização estatal, que visa a garantir a liberdade, através de um estatuto do poder. Esse estatuto é uma organização jurídica que além de estruturar, deve limitar o Poder do Estado (FERREIRA FILHO, 2007, p. 78); essa, pode-se dizer, foi a grande conquista do liberalismo.

Juridicamente, a expressão máxima do Estado liberal está contida na declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789. Nos ideais de John Locke, interesses burgueses são protegidos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (a crença liberal, portanto), a soberania (de Rousseau). Dele decorre o novo direito ocidental, estabelecido numa tríade, código civil, código penal e constituição formal, onde o Código Civil exerce papel preponderante (SANTAMARIA, p. 29).

As garantias liberais ou negativas, que são as limitações atribuídas ao Estado de Direito pelo liberalismo, consistem, tão somente, nas garantias do indivíduo de não ser privado dos bens pré-políticos ou naturais – vida, liberdade e, relativamente, a propriedade¹⁰. São, portanto, deveres do Estado de não fazer, deixar viver e deixar fazer, ou seja, prestações públicas negativas.

Para o liberalismo o termo Estado de Direito designa um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, onde se desenvolveu o plano formal, pelo princípio da legalidade; não trata, portanto, da funcionalização substancial do Estado à garantia dos direitos fundamentais. O Estado liberal (e seu irmão mais novo, o neoliberalismo) não está (pre)ocupado com suas fontes de legitimação substancial (FERRAJOLI, 2006, p. 790).

Para o Estado liberal basta a conservação de um status pretérito, ou seja, é suficiente – garantindo a liberdade e a propriedade da classe que o proponha – não piorar a situação social. As garantias liberais negativas, baseadas em vedações legais, servem para defender ou conservar condições naturais ou pré-políticas de existência: a vida, a liberdade, a imunidade aos arbítrios e, acrescente-se, a não destruição do ar, da água, do meio ambiente em geral; as garantias liberais negativas são voltadas ao passado e tem uma função conservadora (FERRAJOLI,

¹⁰ Conforme Ferrajoli (2006, p. 794), “Além de invioláveis ou inderrogáveis, estes direitos são também indisponíveis e inalienáveis: e é precisamente isso, como melhor diremos no parágrafo 60.2, que os distingue de qualquer outro tipo de direito, em particular do direito de propriedade e dos outros direitos patrimoniais, que não são invioláveis enquanto não são, obviamente, inalienáveis.”

2006, p. 795). As instituições públicas então criadas tiveram (e têm) como principais funções, a execução das leis – portanto, a realização dos princípios liberais – a facilitação do comércio e do mercado, que com o tempo se tornaram mais complexos, constituindo-se em bancos internacionais, bolsas de valores, “sistema financeiro internacional” etc (SANTAMARIA, p. 31).

O aperfeiçoamento das garantias do estado liberal ocorreu¹¹, em comparação às garantias do Estado de Direito social, de forma relativamente mais fácil: enquanto as garantias liberais exigem prestações negativas estatais consistentes no “não fazer” e por isso, conforme determinada abordagem ideológica, nada custam, as garantias sociais, por sua vez positivas, têm um custo (não maior que a sua não efetivação); enquanto os direitos liberais requerem uma posição passiva dos agentes públicos, os direitos sociais exigem uma posição ativa; em terceiro lugar,

[...] se a violação das públicas vedações postas em garantia dos “direitos de” dão lugar a antinomias, isto é, a normas vigentes mas inválidas, a violação das obrigações públicas postas em garantias dos “direitos a” dá lugar a lacunas, isto é, à falta de normas: e, se um antinomia pode ser resolvida com a anulação ou a reforma da norma inválida, uma lacuna pode ser apenas colmatada por meio de uma atividade normativa nem sempre facilmente coercível ou sub-rogável. (FERRAJOLI, 2006, p. 797).

Todavia, tal posição, em geral adotada pela doutrina clássica, de que o Estado liberal é menos demandante (ou nada demandante) dos recursos estatais (comparativamente ao Estado social), ou de que para a garantia dos direitos liberais a mera abstenção de agir é bastante, não resiste a uma crítica mais aprofundada. Ocorre que todos os direitos, sejam civis, políticos, econômicos ou culturais têm um custo. No caso específico do direito de propriedade, por exemplo, exige-se para sua garantia um aparato estatal extenso, como os cartórios públicos de registro da propriedade (atividade administrativa de regulação), o exercício do poder de polícia, o processamento e condenação judicial frente à violação do direito e a promoção de acesso ao bem que constitui o objeto do direito (ABRAMOVICH e COURTIS, 2009, p. 5).

¹¹ Conforme refere Paulo Bonavides (2010, p. 229) o modelo liberal não avançou completamente nos objetivos pretendidos, especialmente quanto à proteção dos direitos individuais, na medida em que nas suas circunstâncias sociais ocorreu uma fantástica concentração de renda e exclusão social. Tanto é que o final da fase liberal do constitucionalismo coincide com a crise do Estado liberal que eclode nas duas grandes guerras mundiais.

Aqui, se por um lado o homem logrou o ideal de liberdade diante do Estado, especialmente com a implementação de um documento solene que lhe garantia formalmente uma gama de direitos – de 1ª geração –, por outro, essa garantia reduzia-se ao campo meramente formal, pois, no paradigma constitucional do Estado liberal de direito, a condição humana não melhorou muito em relação à situação pré-moderna, haja vista que a alteração aconteceu apenas no âmbito do “senhor”, em quase nada alterando a condição do servo.

Em poucas palavras, tomadas da lavra do mestre italiano, “onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações negativas para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como Estado de direito liberal (...) (FERRAJOLI, 2006, p. 795).

Advém que paradoxo do Estado moderno, a contradição doutrinária do Estado liberal-democrático, se constitui a partir do momento em que burguesia assume o poder e deixa de lado os princípios filosóficos, inclusive a liberdade, sustentando-os apenas de modo formal, ignorando sua implementação prática. Todavia, a semente das liberdades políticas estava plantada e assim, a imposição da doutrina burguesa, racionalizada sobre os pilares do direito natural, como se fosse a doutrina de todas as classes, não se sustentaria diante das complexidades e imprevisibilidades das realidades sociais.

Ocorre ainda que, conforme descreve BONAVIDES, a essencialidade do liberalismo não é participação popular na formação da vontade do Estado, nem sequer a ideia de que todos têm iguais direitos nessa participação; a liberdade oriunda de MONTESQUIEU¹² é a negação da soberania estatal.

Vem de Rousseau a igualdade, por ele conceituada como uma doutrina apologética do poder (BONAVIDES, 2001, p. 50). Essa igualdade vertida do *contrato social* junta-se às ideias de Montesquieu e são constituintes da teoria constitucional que emana da revolução burguesa, estabelecendo uma contradição.

Rousseau não divide o poder, tal como faz Montesquieu. Transfere-o, intocado, ao povo, sem que isso configure uma transferência da autoridade absoluta do rei para o povo, por que o poder é revestido juridicamente, com fundamento no

¹² Segundo Paulo Bonavides, Montesquieu foi, incontestavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto na sua doutrina de separação de poderes, segundo consenso dos melhores tratadistas, é que nele a divisão (dos poderes) não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que se não confundem. (p. 49).

consentimento e no contrato. A liberdade se faz liberdade jurídica, limitada pelo contrato social, que é a síntese, administrada pelo Estado, das liberdades individuais igualmente distribuídas. Está, portanto, desafiada a contradição entre Rousseau e Montesquieu.

A primeira fase do constitucionalismo burguês começa a ruir e é necessário construir-se o espaço para a manifestação e contemplação das vontades de um espectro mais amplo da sociedade europeia, que vive, paralelamente os primeiros efeitos da sua industrialização e migração dos indivíduos do campo para as cidades. Esse espaço se constrói a partir dessa liberdade do homem diante do Estado, estabelecendo-se uma ordem mais democrática, com a participação total e indiscriminada do homem na vontade estatal.

Ainda que os arbítrios e desvios do poder remanescessem, estavam lançadas as bases das vindouras cartas constitucionais, positivadoras das liberdades concretas e das dignidades do ser humano.

Entretanto, no âmbito da América Latina, os textos constitucionais e os demais legais foram, muitas vezes (muito mais do que um sistema democrático admitiria), representativos de uma minoria detentora do poder, expressando a vontade de uma elite hegemônica, herdeiras formadas pela cultura europeia e norte-americana, inclusive da cultura de exploratória e predatória da época do achamento da América. Raramente, na história da América Latina, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político atenderam às necessidades da maioria da população, formadas pelas nações indígenas, pelas populações afro-americanas, pelas massas de camponeses e demais movimentos sociais; muito menos essa tradição individualista, plantada no seio de uma sociedade escravocrata, acolheu os direitos aos recursos naturais ou aos direitos humanos em consonância com a natureza (WOLKMER, 2012, p. 55).

Mas essa realidade tem sido fustigada por mudanças trazidas pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano, assentado na cosmovisão indígena do mundo.

2.5.2 As garantias no estado de direito social

O Estado de direito social, para além da garantia dos direitos de liberdade, incorpora como obrigações do Estado as prestações positivas para garantia dos direitos sociais.

As constituições superam o ideário liberal dos “direitos de” transmutando a posição do Estado para que garanta “direitos a”, ou seja, para além dos direitos de liberdade, outros direitos, tais como à subsistência, à moradia, à saúde, à educação, à informação etc. correspondem a obrigações do estado perante o cidadão e consistem em expectativas deste (FERRAJOLI, 2006, p. 794). Enquanto o Estado de Direito liberal deve, tão somente, não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de Direito social, além disso, deve melhorá-las. Essa distinção advém da diferente natureza dos bens a serem preservados: no liberalismo o estado deve preservar as condições naturais ou pré-políticas de existência, no estado social deve prover garantias sociais positivas, viabilizando ao cidadão sustentar condições sociais de vida, mediante a aquisição de subsistência, saúde, educação, trabalho, moradia etc. (CADEMARTORI, 2007, p. 210).

O Estado de Direito social se expande, incluindo, além das garantias dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, os direitos sociais; as garantias sociais estão voltadas ao futuro e tem um caráter inovador.

Segundo Antonio Manuel Peña Freire existem dois tipos de estilos de definição dos direitos sociais. O primeiro diz que direitos sociais são definidos como todos aqueles direitos que são expressão normativa de valores e princípios como a justiça social, a solidariedade, a fraternidade, a igualdade material, a igualdade de oportunidades, etc; ou também os direitos que são exigidos a partir de determinadas filosofias morais ou ideologias políticas, como, por exemplo, o socialismo, as social-democracias, o igualitarismo, inspiradas nos valores agora citados. Além disso, nesse estilo o que define os direitos sociais é a sua afinidade com éticas ou ideologias de cariz social do direito, independentemente sua estrutura normativa. Essa independência quanto à estrutura normativa permite que sejam considerados direitos sociais não apenas aqueles cujo objeto tem relação direta com os valores sociais, mas também aqueles que são instrumentos para torna-los eficazes, garantidos, efetivos (in CADEMARTORI, DUARTE, org., 2014, p. 143).

O segundo estilo define os direitos sociais, fundamentalmente, como uma espécie específica de direitos singulares, que se diferencia por sua estrutura normativa e por seu objeto, qual seja, uma prestação¹³. Esse estilo não ignora o suporte valorativo dos direitos sociais, mas isso não chega a ser mais importante do

¹³ Antonio Manuel Pena Freire comenta que essa aproximação seria referível à teoria estrutural-analítica sobre os direitos fundamentais a que se refere Robert Alexy.

que a própria estrutura do direito, o que ocorre no primeiro estilo. Ainda de acordo com Freire (2014, p. 144), nessa segunda perspectiva, os direitos sociais se definem como tais por sua estrutura normativa e pela dimensão ética ou política do seu objeto, o que diminui o número de direitos considerados como sociais do ponto de vista teórico.

Nesse segundo estilo está a ideia de que direitos sociais são aqueles que carecem de ações positivas do Estado. Ainda que todos os direitos, sejam eles sócias ou liberais¹⁴, exijam ações positivas do Estado, a prestação dos direitos sociais consiste no direito dos indivíduos obterem do Estado bens ou serviços que, se a pessoa tivesse condições financeiras para tanto e encontrasse disponível no mercado, poderia obter diretamente de outros particulares (FREIRE, 2014, p. 144).

Assim, modifica-se a estrutura normativa do poder estatal, para que possa cumprir o desiderato de satisfazer “direitos a” e não mais, apenas, proteger “direitos de”. Não obstante, é claro e desejado, que tais diferentes modelos de estado não se excluem entre si. Todavia, também não são plenamente coerentes ou se afetam dependentemente e reciprocamente, num sentido de que a plena liberdade só poderia ser alcançada mediante o alcance da plena igualdade; ao contrário, existiram estados anti-liberais, como os socialistas, ou antiliberais e antissociais, como as ditaduras da América Latina, ou estados tanto liberais como sociais, como são exemplo os estados de *welfare state* (FERRAJOLI, 2009, p.862).

Apesar da construção do Estado social estar evidenciada e escrita em diversas Constituições e, precipuamente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tais enunciados constitucionais substanciais não estão acompanhados de garantias sociais ou positivas suficientes e adequadas para sua máxima efetivação possível.

Ao contrário do que parece e do que o senso comum permite compreender, mesmo nos avançados *Welfare States*, a efetivação dos direitos sociais se deu nos espaços de discricionariedade das administrações públicas, através de políticas públicas sem amparo legal vinculante, *el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas* (FERRAJOLI, 2009, 862), não havendo uma elaboração aperfeiçoada de direitos sociais nas esferas legislativas infra-constitucionais, que vinculassem o Estado, no âmbito de todos os seus poderes, especialmente, no âmbito judicial, a

¹⁴ A garantia do direito de propriedade, por exemplo, exige que o Estado organize um sistema de registros dos imóveis, bem como garanta a segurança dos patrimônios.

normas positivas e subsumíveis, tal como se desenvolveu no decorrer de todo o século XX, em relação ao direito de propriedade, *v.g.*

Esse mesmo quadro de omissão legislativa infraconstitucional ocorre nos estados latino-americanos, tomando gravidade relevante em estados desiguais tal como o Brasil. No caso desse país, em que pese os recentes avanços em políticas sociais, com uma gradativa, mas ainda lenta diminuição das diferenças sociais e, portanto, da injustiça, tais conquistas não estão garantidas em regras positivas lastreadas nos princípios constitucionais que as programam e que as prometem. São meras políticas de governo, suscetíveis de abandono, mediante uma simples alteração de vontade eleitoral, essa sempre sensível às manipulações de opinião e que, mesmo hoje, na hipótese de que sejam reclamadas por um cidadão a um tribunal, podem ser negadas pela desvinculação decisória do juiz frente a tais programas sócio-políticos, ou pelo mero seu ativismo judicial, interpretando e (des)aplicando princípios.

E como visto alhures, no que tange à proteção dos direitos humanos de acesso à água potável e ao saneamento, as garantias dos direitos sociais forjados no âmbito dos estados sociais estão em franco declínio, em razão do enfraquecimento das instituições públicas que patrocinam suas implementações.

A atual crise do Estado Democrático de Direito atinge diretamente os direitos de cidadania e democracia estabelecidos no marco histórico dos Estados Sociais. Portanto, parece ser nesse espaço vazio havido entre as normas constitucionais que definem os direitos sociais como princípios e a ausência de legislações positivas e subsumíveis, que se encontra o campo fértil para a desdiferenciação dos poderes de estado, para sua deslegitimação, para a crise do direito e da política.

2.6 A CONSAGRAÇÃO DO POSITIVISMO VIA GARANTISMO (OU A VOLTA DO JUSNATURALISMO)

O Constitucionalismo contemporâneo apresenta Constituições que garantem as esferas políticas dos cidadãos, limitando o poder do estado tanto internamente quanto externamente. Também garantem os direitos civis, acolhendo-os de uma tradição liberal que há muito os garante, com base em culturas (saber), instituições e direito consolidados positivados.

As constituições contemporâneas também definem os direitos sociais de modo universal, programando o desenvolvimento de um estado mais complexo, provedor desses direitos. Cria instrumentos, como ocorre no direito constitucional brasileiro, com o Mandado de Injunção, ou no Novo Constitucionalismo, com as ações de amparo, para que se obrigue o Estado legislador a positivar as regras necessárias para sua efetivação, ou declare a inconstitucionalidade de determina norma.

Todavia, a cultura e o saber, mesmo diante de direitos substanciais positivados nas suas recentes Constituições, acolhedoras de extensos róis de direitos fundamentais, as instituições e o direito teimam em não avançar, no âmbito latino-americano, em prol da realização desse Estado Constitucional Democrático, porque ainda estão arraigados e apoderados nas pretensões burguesas sete e oitocentistas, situação que provoca a crise do Estado e, portanto, do Direito, deslegitimando-o pela inefetividade em concretizar, mesmo no mínimo necessário, os direitos sociais.

Cria-se então um espaço de omissão, entre os princípios constitucionais e a ausência das regras de suas efetivações, onde se inserem outros poderes. Na concepção neoconstitucionalista, parcela desse espaço é ocupada pelo Poder Judiciário, que através dela se vê capaz e dotado de uma pretensa legitimidade para criar o direito, a partir do caso concreto até o nível de controle de constitucionalidade (controle concentrado e difuso de constitucionalidade), através da assimilação de que os princípios constitucionais são o sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como sendo o “suporte dos valores da sociedade”. (STRECK in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 11).

A incorporação de valores superiores nas constituições contemporâneas, estabelecidos em direitos fundamentais (incluindo-se, evidentemente, os direitos sociais) considerados como princípios, motiva os autores neoconstitucionalistas a alegar a extinção, ou pelo menos, a superação, de uma das premissas do juspositivismo: a tese da separação entre direito e moral. Além disso, uma característica do neoconstitucionalismo é a concepção dos direitos fundamentais como princípios em constante colisão, de tal sorte que as técnicas de argumentação para solução dos conflitos principiológicos, adotadas pelos magistrados, assumiram centralidade para essa concepção. (CADEMARTORI, in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 256).

Dessarte, esse posicionamento do juiz, adotando o ideário neoconstitucionalista, deslocou a principal fonte do direito; agora não mais a lei, mas

sim a decisão judicial. O exercício das técnicas de argumentação, tal como o uso da ponderação, substitui a racionalidade legislativa. E essa posição, reforçando a relegação e a omissão da atividade parlamentar ao segundo plano, implica o enfraquecimento e a consolidação dos direitos sociais a “genéricas recomendações ético-políticas”. (CADEMARTORI, in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 257).

A redução, portanto, dos direitos fundamentais sociais a princípios ético-políticos, originados de argumentos morais, degenera a força vinculante que tais direitos deveriam possuir, tal como foi atribuída aos direitos civis liberais. Enquanto deveriam servir aos juízes como argumento de provocação do parlamento para que concretizassem tais princípios em regras subsumíveis – o que também provocaria, necessariamente, o aperfeiçoamento das instituições de garantia para efetivá-los – os direitos fundamentais, especialmente os de cariz social, tornam-se meras invenções normativas, neutralizados como se fossem princípios ético-políticos de criação jurisprudencial.

Sendo assim, a Jurisprudência e a Ciência Jurídica, apoderada da criação da legislação em detrimento do Parlamento, reassume a posição de fonte suprema do direito, representando uma espécie de regressão ao direito jurisprudencial pré-moderno. (FERRAJOLI, 2012, p. 38)

Noutro aspecto, o neoconstitucionalismo, sufocando a já fraca pretensão parlamentar legislativa em relação aos direitos sociais, pressupõe como dito alhures, para justificar-se, o afastamento da distinção necessária entre direito e moral, pois no próprio ordenamento jurídico já existiria uma “pretensão de justiça”, um “mínimo ético”, onde os princípios constitucionais seriam objetivamente justos, portanto, desprezando a necessidade de que sejam convertidos em regras subsumíveis, ou, pelo menos, democraticamente criadas pelo Parlamento. Conforme ensina Ferrajoli, isso significa, em suma, o mesmo que a velha tese jusnaturalista, contrária, oposta a tese juspositivista da separação entre direito e moral, “segundo a qual a existência ou a validade de uma norma não implicam, de modo algum, a justiça, da mesma forma como a sua justiça não implica, de modo algum, a sua validade” (FERRAJOLI, 2006, 855). A separação entre direito e moral, além de fundamento do próprio liberalismo e da própria democracia constitucional, também por isso é pressuposto do reconhecimento e premissa do pluralismo moral, ideológico e cultural.

Ademais, a defesa da separação entre direito e moral (e a negação do cognitivismo ético) é, outrossim, a principal garantia da submissão dos magistrados à lei. Todavia, esse pressuposto do Garantismo, que é a separação entre direito moral, não ignora a abordagem da moral e do político sobre o direito; na verdade, ele estabelece a sua autonomia, “mas também o primado do ponto de vista jurídico interno como do ponto de vista da crítica externa, da projeção e da transformação institucional; e, ainda, se a lei é considerada intoleravelmente imoral, como fundamento do dever moral à desobediência civil”, porque, nesse caso último, a moral não está atrelada à obediência à lei que o Direito supõe (FERRAJOLI, in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 20-21).

Observe-se, então, que dentre as divergências decorrentes da confusão oriunda da concepção neoconstitucional entre validade e justiça, validade e vigência e vigência e eficácia, a divergência entre o “dever ser constitucional” e o “ser” legislativo do direito, não pode, afirma Ferrajoli, ser reparada através da argumentação moral e pela ponderação judicial.

Todavia, no positivismo constitucional garantista essa reparação não é atribuída ao juiz; somente à legislação e, portanto, à política. É natural que os juízes, dentro do seu espaço fisiológico, interpretem a lei conforme a Constituição, mas tão somente ampliando ou restringindo o seu alcance. Podem mesmo aplicar diretamente a norma constitucional nos casos que não exigem a regulamentação legal inferior.

Não pode o juiz, entretanto, “colmatar” as “lacunas estruturais” e suprir a interposição da legislação advinda do Parlamento democraticamente eleito para introduzir a garantia da efetividade.

No caso do Novo Constitucionalismo Latino-Americano a extensa positivação de normas no texto constitucional, além de vincular o juiz às regras estipuladas no âmbito parlamentar e, nesses casos, mais especificamente, estipuladas pelo legislador constituinte originário fortemente vinculado à soberania popular, ameniza os problemas de democracia que se vê presentes no neoconstitucionalismo. Além disso, as instituições de garantia estão reforçadas pela positivação dos direitos sociais e pela vinculação de qualquer interpretação em favor da efetivação de tais direitos.

A efetividade do Direito em toda sua amplitude constitucional carece, portanto, de que os papéis atribuídos a cada poder do estado sejam exercidos

independentemente, conforme suas funções constitucionalmente definidas, sob pena da precariedade do alcance das garantias desses direitos (e do próprio objeto de direito, portanto) e, também, da violação dos princípios liberais e democráticos, tal como a separação dos poderes.

3 GLOBALIZAÇÃO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Os movimentos políticos que resultaram nas constituições que compõem o Novo constitucionalismo latino-americano correspondem a um movimento autônomo de reconstrução das Nações (do direito e do saber) dos povos correspondentes, que se perceberam capazes de superar os limites impostos pela construção jurídica dos colonizadores europeus.

A posição latino-americana supera o movimento dominante imposto pela cultura ocidental europeia, universalizante ou globalizante, seja qual nome a ele se dê, ou em qual tempo se estabelece. Esse movimento, universalizante no começo e globalizante agora, pode ser resolvido no novo constitucionalismo latino-americano, sendo este a superação do marco jurídico estatal estabelecido nos moldes liberais, redutor do Direito¹⁵, cada vez mais incapaz de promover o equilíbrio e justiça social na articulação das relações sociais dos povos latino-americanos.

A expansão do poder do capitalismo especialmente após a queda do muro de Berlim, o desenvolvimento tecnológico e a expansão dos meios de comunicação que derrubaram as fronteiras clássicas construídas pelo Estado Liberal, implicam num novo processo civilizatório de alcance mundial¹⁶. Se, outrora, a revolução tecnológica da navegação permitiu que as fronteiras dos Estados Europeus transbordassem para além dos seus limites geográficos, hoje, numa nova etapa e forma de superação de fronteiras, as consequências da globalização são mais profundas, potencializando como nunca a mão invisível do capitalismo e desarticulando a organização dos Estados enquanto vértice social das sociedades.

Durante séculos, contando-se pelo menos desde a Revolução Francesa até a queda do muro de Berlim, o processo de expansão da racionalidade ocidental pretendeu domesticar o poder, a política e a economia através do Direito emanado do Estado. Todavia, o capitalismo instrumentalizado pelas tecnologias da comunicação, e superada a dicotomia de poder entre Estados Unidos e a extinta

¹⁵ David Sánchez Rubio diz que o pensamento jurídico moderno Reduz o direito ao direito estatal, ignorando outras expressões jurídicas não estatais (pluralismo jurídico) e também acreditando que direito é somente norma ou instituição, sendo esta uma pesada herança do positivismo jurídico. Em Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos de emancipações, libertações e dominações, à p. 26.

¹⁶ Campuzano, p. 14.

União Soviética, impôs um processo de independência da racionalidade econômica, que afeta as estruturas do Estado de organização da realidade social, por que ele se vê compelido a privilegiar *una concepción gerencial del sistema político*. CAMPUZANO, citando Samir Amin, refere (p. 20):

Es necesario, como sostiene Samir Amin, contrarrestar la globalización a través del mercado mediante «un proyecto humanista y alternativo de globalización», cuyo desarrollo institucional requiere la articulación de un sistema político de carácter global que no esté al servicio del mercado 11 . La transnacionalización de los modelos jurídico-políticos a nivel organizativo e institucional es la única respuesta al interrogante sobre la viabilidad del proyecto ilustrado en la era de la globalización. Urge desenmascarar el mito del globalismo que hace inviable todo proyecto de realización de los ideales ilustrados y que quiebra la alianza entre sociedad de mercado, democracia y Estado asistencial. En las coordenadas de la globalización, el proyecto de la modernidad puede aún rescatarse, reformulando, eso sí, algunos de sus planteamientos, cuya redefinición resulta imprescindible en orden a la realización de lo más puro y valioso de su mensaje: el proyecto universalista compendiado en los derechos humanos . (p.20) campuzano.

Nos casos dos países latino-americanos, considerados subdesenvolvidos, a situação é mais severa. Tanto no afã de cumprir com a promessa liberal de igualdade, fraternidade e liberdade, quanto na criação de um modelo constitucional social, através da domesticação do poder, da política e da economia, os povos latino-americanos sempre viram seus Estados como grandes devedores na promessa de garantir seus direitos fundamentais, por que mitigados pelas distorções da política local.

As consequências da globalização sobre os direitos de cidadania afetam os dois aspectos desses direitos: como modo de legitimação e como meio de integração social (CAMPUZANO, p. 17).

O novo constitucionalismo surge num ambiente em que a própria academia europeia assevera que o sistema político baseado em estruturas de poder unitárias, de sistemas jurídicos plenos, completos e acabados, está esgotado. Nas palavras de Campuzano (p. 17):

“Vivimos el ocaso de las estructuras de poder unitarias y de los sistemas jurídicos plenos, completos y acabados. El formalismo jurídico, sobre el que descansa el dominio del Estado-nación en su época de apogeo, es ya sólo un recuerdo desleído de épocas pretéritas. Terminó ya el imperio de la individualidad abstracta, despersonalizada, indiferenciada, cuyos correlatos jurídicos se cifraban en la igualdad meramente formal ante la ley

y en un haz de derechos individuales, dificilmente tangibles, en la vida real de las personas.”

A seguir o autor espanhol observa que o estatuto jurídico da cidadania está sendo redefinido, porque seu atual status está ultrapassado. Isso é claro ao se verificar que as bases jurídicas de tutela dos direitos de cidadania foram elaboradas no marco jurídico estabelecido após a segunda guerra mundial, dentro do ideal do Welfare State, do estado soberano, de fronteiras definidas, de mercado regulado e relativamente controlado pela política.

Hoje, todavia, a cooptação da política pelo mercado, o transborde do poder e das informações carregado pelo mercado sobre as fronteiras de todos os lados do mundo, fulminaram a pretensão protetiva dada ao homem pelos direitos individuais, clamando-se por um novo modelo jurídico de proteção dos direitos fundamentais.

A abertura de novos diálogos, com novos atores sociais, especialmente aqueles provenientes de culturas outrora discriminadas dos países periféricos, tal como ocorre com os povos da América do Sul, em especial os autóctones, revelou que o direito forjado no foro do Estado Social unitário, não é suficiente diante da complexidade e pluralidade das sociedades periféricas que se rebelam. (CAMPUZANO, p. 18). Ocorre que a globalização é um fenômeno de aspectos sociais inter-relacionados, que carrega fragmentação, ruptura e dissolução colocando face a face as diferenças havidas entre as culturas, interesses e direitos do ocidente desenvolvido dos povos colonizadores e as culturas, interesses e direitos dos povos dos países latino-americanos explorados. Alfonso Julius-Campuzano, tratando sobre os efeitos da globalização econômica sobre os direitos de cidadania¹⁷ nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, escreve o seguinte:

¹⁷ Sergio Cademartori e Daniela Mesquita Leutchuk Cademartori bem sintetizam a relação conceitual entre Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Cidadania, assim: Três categorias jurídico-políticas - Estado de Direito, direitos fundamentais e cidadania - condicionam-se e implicam-se mutuamente, tendo emergido no mesmo ambiente histórico. Assim, o Estado de Direito é a forma política na qual os poderes atuam divididos e submetidos ao império da legalidade que garante os direitos fundamentais e a cidadania. Os direitos fundamentais são o fundamento de legitimidade deste Estado de Direito e o próprio conteúdo da cidadania. E, finalmente, a cidadania é o espaço de participação política no Estado de Direito, através do exercício dos direitos fundamentais. “Cidadania constitucional: origens, contestação e perspectivas rumo a uma cidadania sul-americana”, p. 1.

Esta situación adquiere contornos particularmente graves en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, en los que se registra una disolución de la ciudadanía: a medida que el Estado se debilita y sus estructuras se vacían por obra del impacto de la acción combinada de las instancias transnacionales de decisión, la acción de los mercados y la enajenación de los espacios públicos de decisión, la ciudadanía se degrada y se devalúa. Cuanto mayor es el grado de condicionamiento de la política estatal, más se erosionan las instancias de poder y el ordenamiento jurídico, que, progresivamente, pierde efectividad. En los casos extremos, la ciudadanía se convierte en un estatus formal, cuyos contenidos se evaporan. Y cuanto más se acrecientan los problemas de la miseria, la carestía y el endeudamiento, más se debilita el propio Estado y más intangible y etérea resulta la ciudadanía.

Nesse ambiente é que surge o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, aqui representado especialmente pelas constituições da Colômbia, Bolívia, Equador e da Venezuela, que internamente redefinem o Estado a partir do plurinacionalismo, e que externamente estabelece o marco da natureza como parâmetro das relações internacionais, e que têm sido vistas como a alternativa contemporânea de coalizão e de composição jurídico e política das diferenças culturais desde sempre existentes e agora reveladas.

Pedro Arrojo inaugura sua obra “El reto ético de la nueva cultura del agua” relatando sobre o encontro de cem cientistas de toda a União Europeia ocorrido no ano de 2005, momento no qual foi firmada a Declaração Europeia por uma Nova Cultura da Água. A introdução do documento expressava a preocupante crise de insustentabilidade de gestão das águas e dos ecossistemas aquáticos, apontando os seguintes dados: mais de um bilhão e cem milhões de pessoas não têm acesso garantido à água potável e dois bilhões e quatrocentos milhões não dispõem de serviços de saneamento.

Além disso, as constatações postas na Declaração afirmam que a saúde dos sistemas aquáticos está gravemente degradada e, em muitos casos, de forma irreversível, ou seja, revela o problema de carências que atingem mais de dois bilhões e quatrocentos milhões de pessoas e também que fontes de solução de tais problemas (os ecossistemas aquáticos) estão tão afetados quanto as populações, o que, evidentemente guarda estreita lógica.

Agrega-se a tais dados a estimativa de que cerca de dez mil pessoas, na sua maioria crianças, morrem diariamente no planeta, em razão da degradação das fontes de água, rios, lagos, aquíferos, dos quais se alimentavam, e que a seguir tal

ritmo de destruição, em 2025, seremos quatro bilhões de pessoas sem acesso à água potável.

Diante dessa realidade vige um modelo de globalização econômica baseado nos propósitos neoliberais do Banco Mundial e da Organização Mundial do Comércio, que acelera essa crise social e ambiental. Ocorre que a falta de regulação social e ambiental que limite a atividade negocial dos poderes financeiros e econômicos transnacionais está desativando e enfraquecendo as funções das instituições públicas, especialmente as funções de garantias dos direitos humanos, sociais e de cidadania (ARROJO, 2006, p.12).

E não há interesse das grandes corporações que controlam os negócios atinentes à água de que se mantenham as leis e poderes progressistas de garantia de equidade, sustentabilidade ambiental e cidadania, de modo que inclusive nos desenvolvidos estados de bem estar social há direitos ameaçados. Nos países menos desenvolvidos, as consequências são piores, na medida em que as estruturas de tratamento e de distribuição de água potável é deficiente e as garantias dos direitos sociais se veem ainda mais fragilizadas pela desfragmentação de instituições precárias, tanto do ponto de vista da cidadania, como da democracia.

Diante de tal panorama, Pedro Arrojo faz a seguinte crítica (2006, p. 13):

En este contexto, el BM y la OMC vienen promovendo la privatización de los servicios públicos del agua y saneamiento, como condición para financiar inversiones en este tipo de servicios básicos. Pretendidamente, estas políticas de privatización deberían contribuir a universalizar el acceso al agua potable, como derecho humano. Sin embargo, como es lógico y era previsible, las dinámicas reales de la última década, no sólo no corroboran tales hipótesis, sino que ofrecen un balance negativo que suscita crecientes protestas en el mundo.

Todavía, é da América Latina que os movimentos de enfrentamento dessa realidade globalizante e empobrecedora surgem com mais força. Quando ainda não vigiam as Constituições do Equador e da Bolívia, que trouxeram de forma expressa para a normatividade constitucional o direito fundamental de acesso à água potável, Pedro Arrojo, na citada obra de 2006, já manifestava certo entusiasmo com as movimentações populares provenientes dessa região do sul do planeta.

Ressaltou, nesse diapasão, que para o enfrentamento do problema da água, para além dele, estão os objetivos desses movimentos, que resultaram, como se vê, inclusive em novas Constituições.

E assim como o professor madrileno de ciências físicas da Universidade de Zaragoza já previa diante das manifestações sociais da América Latina – como a revolta de Cochabamba, como o referendo uruguaio sobre a lei de privatização dos serviços de água (cujo resultado desaprovou a privatização e hoje o Uruguai tem 100% dos serviços de abastecimento de água detidos pelo setor público) e com as iniciativas de democracia participativa brasileiras – na América Latina são concretizados nas constituições representativas do novo constitucionalismo latino-americano novos enfoques e modelos de democracia, baseados nos objetivos de garantir os direitos humanos.

O fato é que a globalização carrega consigo aspectos culturais que através da economia e do direito implicam em impactos culturais nas sociedades originariamente não ocidentais e que não detem protagonismo na esfera econômica. Decorre disso, em tese, outra oposição, aquela denunciada como a imposição de direitos universais a nações de valores diferentes.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELATIVISMO CULTURAL

São muitas e contundentes as críticas aos direitos fundamentais enquanto expressão universalizante da cultura jurídica ocidental, ou como se fossem um instrumento de dominação pertencente à cultura ocidental sobre povos e culturas diversos daqueles expressados nos ordenamentos jurídicos ocidentais, tal como faz David Sanchez Rúbio (2014).

É comum a crítica de que em diversas culturas os valores subjacentes à política e ao direito não seriam adequadamente representados por aqueles oriundos do entendimento ocidental a respeito do que são direitos fundamentais. No diálogo com L. Baccelli, Luigi Ferrajoli indaga (FERRAJOLI, 2001, p. 364): “a linguagem dos direitos leva consigo marcas indeléveis da nossa tradição política e jurídica (...) Resulta, por isso, oportuno perguntar até que ponto os direitos fundamentais apresentam validade intercultural.”

Coloca-se em discussão, então, as relações entre o universalismo dos direitos humanos e o particularismo dos direitos culturais, o que, para esse estudo, deve ser especialmente considerado, por que o (novo) Constitucionalismo sul-americano traz à lume, na seara do direito constitucional, o encontro dessas posições aparentemente antagônicas.

No âmbito ético-político, Luigi Ferrajoli estuda os fundamentos axiológicos dos direitos fundamentais, dividindo a análise em quatro critérios, através dos quais se identifica quais, nesse aspecto, devem ser os direitos fundamentais.

O primeiro refere-se à igualdade, no âmbito da aporia entre cidadania e a convivência das diferenças. O segundo critério que estabelece para dizer quais devem ser os direitos fundamentais é o do nexo entre direitos fundamentais e democracia constitucional. O terceiro critério de identificação axiológica dos direitos fundamentais é o seu nexo com o objetivo da paz, no sentido atribuído por Thomas Hobbes de justificação do direito e do Estado como instrumentos da paz e da tutela da vida.

Contudo, na análise do quarto critério é que surge o caráter a ser estudado no presente tópico. O autor italiano ensina que direitos são fundamentais quando se identificam com as “leis dos mais fracos” opostas diante da lei do mais forte, quer dizer, diante da lei do estado de natureza, ou da ausência de direitos.

Assim, para que os mais fracos sejam tutelados perante às leis dos mais fortes (política, física, social e economicamente), é necessário transformar suas liberdades e a sua sobrevivência em direitos indisponíveis à aquisição ou garantidos contra a violação por privados e pelo Estado, estabelecendo tais liberdades e necessidades de sobrevivência como direitos fundamentais, de forma rígida e universal (FERRAJOLI, 2001, p. 362). Eis, na lei do mais fraco, o quarto critério axiológico proposto.

Nesse contexto, a elevação de direitos antes considerados ordinários, ou subestimados, para a classe dos direitos fundamentais, alinha-se à ocorrência de lutas e revoluções que, durante os tempos, têm resultado em conquistas de direitos sancionados como fundamentais, frente ao poder dos mais forte. Desde as liberdades fundamentais, passando pelos direitos trabalhistas, das mulheres e sociais, as suas conformações em direitos fundamentais são resultado histórico da luta contra o poder dos mais fortes, tais como a igreja, o estado, empregadores, maiorias, soberanos, etc.

E mesmo que tais conquistas, com fundamentos axiológicos e históricos coincidentes, muitas vezes tenham ficado restritas ao campo teórico, no campo político significaram conquistas reais, por que foram consagradas em normas rígidas e universais, para que nunca mais sejam ignoradas, devido às evidentes violações à dignidade da pessoa, então percebidas como intoleráveis.

Tais considerações axiológicas e históricas, resultantes em percepções ético-políticas que estipularam direitos fundamentais, aproximam-se, agora, de uma nova fronteira, qual seja, a fronteira dos direitos decorrentes da natureza. E para que os carentes direitos da natureza, teoricamente delineáveis como fundamentais, sejam tutelados como tais, é necessário que a natureza e os bens que ela nos oferta sejam garantidos como direitos e bens fundamentais.

Uma nova luta para garantir o acesso à água potável está sendo guerreada; todavia, no âmbito do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, inclusive politicamente, direitos ainda discutidos em outras realidades já foram consagrados como direitos “inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquia” (Constituição do Equador de 2008, Artigo 11, número 6).

No âmbito do constitucionalismo latino-americano, além da consagração do direito à água potável como um direito fundamental, outras instituições de garantia e de governo, tal como as defensorias do povo e da natureza, estão instituídas e em funcionamento. A sociologia do direito, dirá, então, a partir da verificação empírica da realidade, como o direito à água potável está sendo efetivado.

Luigi Ferrajoli vê nesse quarto critério axiológico de identificação dos direitos fundamentais – a lei dos mais fracos estabelecida como proteção das liberdades e dos direitos de sobrevivência frente ao poder de aquisição do mais forte (privado ou público) – um meio para “resolver as duas aporias que assediam à doutrina dos direitos humanos, as teorias antropológicas do multiculturalismo e do relativismo cultural, e as sociológicas e vagamente comunitárias da cidadania” (FERRAJOLI, 2001, p. 363/371).

Segundo o autor italiano, aqueles que sustentam a incompatibilidade de uma vigência universal dos direitos humanos com as diferenças e pluralidades culturais dos povos não ocidentais, incorrem em três falácias, explicadas, a seguir, pelas palavras de Sergio Cademartori (2007, p. 43/45).

É de cunho naturalista, de tipo meta-ético, o primeiro engano. Ocorre que o significado normativo da crítica do relativismo é que ele associa o mesmo valor que dá às pessoas individualmente consideradas às suas identidades culturais (do ponto de vista ético, inclusive); e não apenas ao ser da pessoa e da comunidade, mas também ao seu fazer. Isso gera um paradoxo, qual seja, o relativismo cultural torna-se extremista quanto aquilo que ele quer negar, o universalismo, pois entende que os valores de cada indivíduo são os mesmos valores de toda a sociedade na qual

ele está inserido, ignorando que o formalismo jurídico e universalismo ético dos direitos humanos tem base necessariamente individualista, “já que se refere, segundo o paradigma kantiano, unicamente aos seres individuais, e não às culturas” (CADEMARTORI, 2007, p. 44). A crítica do relativismo desloca o formalismo e o universalismo dos direitos humanos da esfera da valoração do indivíduo para a esfera da valoração das culturas (*culturas* aqui, parece usada por Ferrajoli no sentido de culturas de outros povos, não ocidentais). Escreve Cademartori:

O relativismo cultural é o equivalente antropológico do relativismo moral, ou seja, do indiferentismo que apregoa que qualquer moral é aceitável, inclusive aquela baseada sobre a desigualdade.

A segunda falácia é jurídica e para analisa-la, primeiro se deve esclarecer, tal como faz Ferrajoli, que a universalidade do princípio da igualdade e dos direitos é duas coisas ao mesmo tempo: uma doutrina ética e uma convenção jurídica. Como doutrina ética estabelece que as pessoas têm todas igual valor, o que pode ser expressado no conceito de Kant, segundo o qual toda a pessoa deve ser tratada como um fim e não como meio. Enquanto convenção jurídica, a universalidade do princípio da igualdade e dos direitos humanos corresponde a um conjunto de normas criadas para a proteção dos indivíduos diante da lei dos mais forte, ou seja, corresponde às leis do mais fraco.

Bem explica CADEMARTORI (2007, p. 44):

A falácia na que incorrem aqueles que vêem o fundamento dos direitos humanos nas cidadanias dos ordenamentos nos quais estão enraizados culturalmente, consiste na confusão entre o universalismo dos direitos como convenção jurídica e o universalismo como doutrina moral, isto é, na suposição de que o primeiro implica ou deva implicar a aceitação do segundo.

É falso que as normas sobre direitos fundamentais suponham de fato que estes sejam compartilhados, do ponto de vista moral, por todos ou pelo menos pela maioria dos que pertencem à cultura que os produziu.

Ferrajoli exemplifica e justifica a falsidade consistente na ideia de que os direitos fundamentais devam ser compartilhados por todos que pertençam a cultura que os produziu, referindo que o primeiro direito de liberdade conquistado pelo liberalismo foi o direito de liberdade religiosa, um direito tipicamente cultural, estabelecido como respeito a outras culturas, ou seja, das heresias e religiões

distintas das dominantes (2001, p. 365/366). A seguir, outro exemplo do mestre italiano:

Un referéndun realizado en tempos de Beccaria sobre su *De los delitos y de las penas* habría recibido sólo el consenso de Beccaria u algunas decenas de sus amigos. Tampoco habría tenido mayor éxito, si hubiese sido sometida a votación, la Declaración de derechos de 1789. Y, todavía hoy, sería de temer un referendum sobre las garantías penales y procesales.

[...]

El paradigma liberal-democrático, en pocas palabras, no puede imponer jurídicamente las condiciones pragmáticas de la propia efectividad. En caso de que lo hiciera, entraría en contradicción consigo mismo, dado que negaría sus propios principios.

A terceira falácia consiste na ideia difundida pela crítica relativista de que a legitimidade dos direitos universais tem fundamento no consenso prestado a eles pela maioria. Isso não é correto e o engano é duplo.

A primeira confusão se dá entre o universalismo dos direitos fundamentais, que diz respeito a todos, e a universalidade do consenso em razão do qual esses direitos se apoiam.

A segunda confusão ocorre entre o paradigma do estado de direito e o da democracia política¹⁸, pela qual uma norma só é legitimada quando querida pela maioria.

O engano é duplo por que os direitos fundamentais são contramajoritários (CADEMARTORI, 2007, P. 45), ou seja, servem para proteger as minorias da vontade (tirana) da maioria, estabelecendo vínculos e limites – a esfera do indecível – para os poderes públicos e privados; o que significa, vê-se mais uma vez, servir os direitos fundamentais como lei dos mais fracos, protegendo-os à lei dos mais fortes.

Nesse sentido os direitos fundamentais, decorrentes do princípio da igualdade servem como forma de proteger e garantir o multiculturalismo, e também o direito, em suas diversas expressões culturais, porquanto este desafio representa a principal condição pragmática da efetividade dos direitos fundamentais.

¹⁸ Sobre os diferentes conceitos de democracia, ver BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 135/158.

4 A ÁGUA POTÁVEL COMO BEM FUNDAMENTAL

A Carta Mundial da Natureza (World Charter for Nature) aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 28/10/1982; a Declaração de 16 de junho de 1982 da Conferência de Estocolmo sobre o ambiente; a Carta da Terra da Conferência da ONU no RJ em junho de 1992, junto a duas convenções-quadro vinculantes (a Convenção sobre a mudança climática *Framework Convention on Climate Change* e aquela sobre diversidade biológica *Convention on Biological Diversity*); o protocolo de Kyoto de dezembro de 1997, contra a poluição atmosférica (em vigor desde fevereiro de 2005), cujo EUA e outros países se negaram a assinar; os artigos 2 e 174-176 do Tratado de Amsterdam, bem como as recentes declarações da ONU de que a água é um direito humano, todas estas normas são claramente inadequadas perante a gravidade do desafio do atual desenvolvimento insustentável. Faltam, de fato, instituições de garantia primárias e secundárias dos bens comuns, em grau de impor limites rigorosos às atividades industriais nocivas à saúde e ao ambiente e para assegurar-lhes efetividade com formas adequadas de responsabilidade penal, civil e administrativa.

Nesse mesma lógica de proteção da natureza e, portanto, de tudo o que ela oferece como bens comuns da e para a vida, também faltam garantias adequadas dos bens sociais – da água à alimentação básica e aos medicamentos essenciais – as quais requereriam, sobretudo, a introdução de instituições de garantia primária, para efeitos de distribuir a todos tais bens.

Observa-se, então, uma necessária distinção conceitual entre os direitos fundamentais e seus objetos, bem como se é possível concretizar os direitos fundamentais tratando seus objetos de forma diversa, com um estatuto inferiorizado quanto às suas garantias.

4.1 DE MERCADORIA À BEM FUNDAMENTAL

O Código Civil Italiano, no artigo 810, conceitua *bem* como *as coisas que podem ser objeto de direito*. Esse conceito está situado no Livro III da referida norma

italiana, que é dedicado à propriedade. No vetusto Código Argentino¹⁹, o artigo 2.311 conceitua que coisas são os objetos corpóreos suscetíveis de valor. No artigo seguinte, dispõe que os objetos imateriais suscetíveis de valor, e igualmente as coisas, se chamam bens. No Brasil, por sua vez, o Código Civil, no Livro II, da Parte Geral, refere diversas espécies de bens, incluindo nelas objetos imateriais e materiais.

Percebe-se claramente que todas as classificações de bens realizadas nos códigos civis referidos, todos oriundos da mesma tradição constitucional e civil europeia, identificam as noções de bem com as teorias de direitos reais e ao estudo da propriedade. No âmbito dos códigos civis, a conceituação e abrangência da ideia de bens fica adstrita às utilidades necessárias aos trânsitos jurídicos dos bens patrimoniais²⁰.

Na leitura de Pietro Perlingieri (PERLINGIERI, 2002, p. 234) sobre situações subjetivas patrimoniais, verifica-se que é insuficiente estudar a teoria dos bens identificando-a com o estudo da propriedade, eis que:

não parece aceitável a orientação pela qual as características dos bens objeto do direito de propriedade sejam as características de qualquer bem, de maneira que as utilidades não-idôneas para constituir objeto de situações subjetivas de propriedade (ou de qualquer modo reais), não caracterizadas, portanto, pela exclusividade, não poderiam ser bens.

Realmente, há bens que não são apropriáveis e essa ideia é bastante clara, difundida e aceita. Nesse aspecto os ordenamentos jurídicos em comento, inclusive as Constituições nas quais estão assentados – sejam por princípios ou por regras – que em tese se caracterizam pela socialidade e que viabilizam a superação individualista do indiferente jurídico, permitem considerar juridicamente relevantes não somente os bens patrimoniais, mas também aqueles não-patrimoniais. Isso também quer dizer que os bens não patrimoniais podem ser protegidos até mesmo prescindindo-se do seu valor econômico e cuja relevância jurídica se afigura, por exemplo, na sua necessidade de circulação ou nas suas modalidades de acesso, de

¹⁹ No novel Código Civil da Argentina de 2015, mitiga-se a disposição do proprietário a respeito de bens que sejam necessários à prestação de serviços públicos. Nesses casos, regra a norma que o poder de agressão dos credores não pode prejudicar a prestação do serviço.

²⁰ Mesmo em relação aos bens públicos (artigos 99 e 100 do Código Civil Brasileiro, por exemplo) os códigos lhes tratam como bens patrimoniais pertencentes à pessoa jurídica de direito público interno, passíveis de vedação de acesso ao povo pelo Estado.

acordo com as peculiaridades que os fazem dignos de consideração jurídica (PERLINGIERI, 2002, p. 236).

De modo sintético, nos termos de Pietro Perlingieri a respeito a uma teoria global de bens, tem-se o seguinte: toda situação jurídica tem um bem como objeto; o bem jurídico é objeto de uma relação subjetiva; os bens podem ser patrimoniais e não-patrimoniais (porque a patrimonialidade não é uma característica essencial do objeto do direito); o conceito de bem não exige que exista sobre ele gozo exclusivo, pois um bem pode ser objeto de gozo de uma diversidade de pessoas; a teoria dos bens não corresponde nem à teoria do objeto do direito de propriedade nem àquela do objeto do direito subjetivo: há bens que são objetos de outras relações subjetivas; a definição de um interesse sobre um bem, merecedor de tutela, é realizada pelo ordenamento através de regras e de princípios, por que o reconhecimento de um bem como jurídico não exige uma norma regulamentar (regra), eis que os bens jurídicos não o são em número taxativo: é possível qualificar um bem apenas utilizando-se princípios (não em abstrato, mas se, no caso concreto, a interpretação de um ou vários princípios fizer surgir um bem) (PERLINGIERI, 2002, p. 237).

Na medida em que as coisas se tornam escassas e adquirem valor de troca, tornam-se objetos de direitos patrimoniais (específicos). Esses objetos de direitos patrimoniais são, portanto, os bens patrimoniais, ou seja, é bem patrimonial a coisa objeto de direito patrimonial. As regras codificadas dão conta de diversas espécies de bens: móveis e imóveis, divisíveis e indivisíveis, fungíveis e infungíveis, consumíveis e não consumíveis, e deterioráveis. Todas elas indicam a noção de bens patrimoniais, virtualmente disponíveis e alienáveis, porquanto configuram objetos de direitos patrimoniais. Há também coisas que são imateriais, portanto, há bens imateriais, como a informação, a propriedade intelectual, dentre outros, mas que por isso não perdem o caráter da patrimonialidade. Por outro lado, conforme referido alhures, há bens que não são objeto de direitos patrimoniais; não são, portanto, bens patrimoniais: o ar, os fundos marinhos, os órgãos humanos são bens indisponíveis, subtraídos do mercado.

Diante dessas considerações, Luigi Ferrajoli observa, a partir das definições legislativas do Código Civil Italiano, que no plano da teoria do direito as classificações de bens codificadas no âmbito do direito privado são incapazes de explicar todo o fenômeno social que abrange a relação subjetiva existente entre as pessoas e os bens jurídicos. Ferrajoli afirma que para se classificar todos os bens,

incluindo-se aqueles que não são coisas, nem bens patrimoniais, mas que são relevantes como objeto de tutela e de todas as formas de disciplina jurídica, é útil estabelecer uma definição teórica mais ampla. E nessa definição Ferrajoli e Perlingieri alinham-se. Da lavra do primeiro: “bem é aquilo que pode ser objeto de uma situação jurídica” (FERRAJOLI, 2010 (p. 34).

Na intenção de localizar a água potável enquanto bem jurídico, valhe-se, então, da classificação de bens realizada por Ferrajoli em “Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais” (2011, p. 45).

A distinção primeira feita pelo autor da teoria garantista, e a partir da qual se desdobrarão as demais, se dá entre bens patrimoniais e bens fundamentais. Os bens patrimoniais são os objetos dos direitos patrimoniais a cujos titulares é reservado o uso e gozo, e estão disponíveis no mercado para os atos de disposição e de troca. Os bens fundamentais, por sua vez, são:

bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade e ainda, os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados essenciais ou salva-vidas e similares.

Essa distinção é clara a partir da correlação existente entre as espécies direitos e as espécies de bens por eles tutelados e se dá conforme a definição das duas classes de bens: é da classe de bens patrimoniais qualquer objeto de um direito patrimonial; é da classe de bens fundamentais qualquer bem que seja objeto de um direito fundamental primário.

Outro aspecto a ser destacado dentre os caracteres dos bens fundamentais é que esses sempre são, por definição, objetos de direitos fundamentais; o contrário, no entanto, não é verdadeiro, por que somente alguns direitos fundamentais têm como objeto bens fundamentais, por exemplo, o direito à imunidade, o direito à integridade, e alguns direitos sociais, como o direito à saúde e à alimentação básica.

Ainda quanto à distinção primeira, entre bens patrimoniais e fundamentais, importa demonstrar que os bens patrimoniais e os bens fundamentais, e os direitos patrimoniais e os direitos fundamentais, apresentam diferenças estruturais análogas. Na definição teórica (não dogmática) proposta por Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais são todos aqueles que dizem respeito universalmente a todos

enquanto pessoas ou cidadãos ou pessoas com capacidade de agir, que assim são prescritos de forma imediata por normas denominadas téticas-deônticas. São, conseqüentemente, direitos indisponíveis e inalienáveis.

Analogamente, os bens fundamentais também são universais, ou seja, reservados a todos e a cada um de maneira exclusiva.

Assim são qualificados por normas téticas, mais precisamente por normas téticas-constitutivas. São, portanto, vedados à disposição e à apropriação privada. Por sua vez, os direitos patrimoniais são aqueles que dizem respeito exclusivamente ao seu titular, com a exclusão de outros, ou seja, são singulares, apenas daquele indivíduo. Não são diretamente dispostos, mas sim predispostos por normas, denominadas hipotético-deônticas. São, por isso, disponíveis e alienáveis.

Analogamente, os bens patrimoniais são singulares, pois sua fruição é reservada apenas aqueles que são titulares dos direitos patrimoniais dos quais são objetos. São dispostos como efeitos dos atos previstos hipoteticamente pelas normas que constituem o direito correlato, portanto, são bens disponíveis e alienáveis (FERRAJOLI, 2011, p.46).

Voltando-se, agora, à análise da relação existente entre os direitos fundamentais e os seus objetos, os bens fundamentais, deve-se ressaltar uma diferença havida entre eles, importante para a compreensão da classificação dada à água potável, enquanto bem fundamental social, assim como são os alimentos e os remédios essenciais à vida. É que eles são fundamentais na medida em que são objeto de correlatos direitos sociais à sobrevivência e, já se sabe, a sede é uma das atuais emergências sociais globais – portanto, a garantia do acesso universal à água potável somente poderá se dar mediante a sua subtração da lógica do mercado e da atribuição à esfera pública da sua prestação.

As posições adotadas por Pietro Perlingieri e Luigi Ferrajoli determinam os bens enquanto objetos na relação entre coisa e homem. Apontam, então, quanto à abordagem da natureza e dos elementos dela provenientes, para um posicionamento antropocêntrico²¹, ainda que no caso de Luigi Ferrajoli, mesmo tratando a natureza como um “patrimônio ecológico”, o autor parece afastar-se do antropocentrismo clássico. Por outro lado, as constituições boliviana e equatoriana

²¹ BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. In: Grandes Temas de Direito Administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi. CARLIN, Voleni Ivo (org.) Campinas: Millenium, 2009, p. 52.

estabelecem um tratamento à natureza equiparando-a à humanidade enquanto sujeito de direito, “desobjetificando-a”, personalizando-a enquanto “mãe terra”, ou Pachamama, em claro alinhamento ao conceito ecocêntrico.

4.2 O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI E O DIREITO À ÁGUA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Agora, o alinhamento teórico da teoria garantista de Luigi Ferrajoli ao novo constitucionalismo sul americano merece ser esclarecido. Primeiro, a respeito do ideal universalista do autor sobre o estabelecimento de um constitucionalismo global, com instituições de garantia globais, tal como ele pugna, por exemplo, na obra *Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais*, na Parte II, títulos 6 a 8. Destaca-se o seguinte trecho (FERRAJOLI, 2011, p. 54/55):

É desta devastação e do perigo de uma destruição irreversível dos bens e dos recursos vitais para o futuro do gênero humano que nasceu a temática dos bens comuns: tais são os bens de todos – aqueles que os romanos chamavam de *res communes omnium* – como o ar, o clima, a água, as órbitas dos satélites, as bandas do éter, os recursos minerais das profundezas marinhas, a assim chamada biodiversidade e todos os outros bens do patrimônio ecológico da humanidade.(...)

Manifesta-se neste caso uma grave aporia da democracia política. A ameaça mais grave ao futuro da humanidade é representada pelos efeitos desastrosos provocados pelo crescente aquecimento global gerado pelas emissões de gás estufa: o encolhimento das calotas de gelo na Groenlândia e na Antártida, a conseqüente elevação do nível dos mares, a acidificação dos oceanos, a redução da biodiversidade, a devastação das florestas e a desertificação de áreas crescentes do planeta, as mudanças nos fluxos da corrente do Golfo.³¹ Mas esta ameaça é totalmente ignorada pela opinião pública mundial e conseqüentemente pelos governos nacionais; portanto, não entra, senão marginalmente, em sua agenda política inteiramente ancorada nos restritos horizontes nacionais desenhados pelas metas eleitorais.

Observa-se a preocupação do autor quanto aos efeitos globais da devastação dos bens da natureza, na medida em que as atividades humanas que os afetam não mais restringem-se às bordas fictícias dos Estados-Nação. A dimensão planetária da devastação da natureza é um problema que deve ser tratada no âmbito global e duas considerações podem ser extraídas do entendimento ferrajoliano sobre esse tratamento. A primeira diz respeito à inaptidão do modelo normativo atual que considera o acesso à água como um direito fundamental humano, a partir de uma

normatização tético-deôntica. A segunda se refere ao esgotamento do modelo de estado nação para tratar dos fenômenos sociais de devastação da natureza, que extrapolam os limites territoriais jurídicos (fictícios).

A inaptidão do modelo normativo adotado em nível internacional decorre do fato de que a proteção do meio ambiente se dá através da estipulação de direitos fundamentais não vinculativos, através de normas tético-deônticas. A conceituação da natureza e dos seus bens, tal como a água, como bem fundamental, e a construção de instituições capazes de garanti-las de forma direta (tética), impõe a construção de um sistema normativo que preveja instituições de garantia que sejam aptas a efetivar os direitos correlatos.

Ocorre que a linguagem dos direitos fundamentais é insuficiente para formular as técnicas de tutela exigidas por parte dos bens fundamentais. É suficiente para a garantia dos bens personalíssimos, que se constituem, junto com os direitos fundamentais dos quais são objeto, imunidades individuais garantidas por diversas instituições e proibições fundamentais.

É parcialmente adequada para os bens comuns, desde que a própria natureza seja assumida como sujeito de direito²², vinculando-a para viabilizar o exercício dos seus direitos a sujeitos coletivos, tais como os povos, as comunidades, instituições públicas e até mesmo toda a humanidade.

No caso dos bens sociais, enquanto vitais e por isso fundamentais, eles mesmos devem ser tratados como objetos de garantias, através de normas tético-constitutivas, que introduzam proibições diretas à sua violação, ou, no caso da água potável, obrigações diretas de prestação, ou seja, indo além das funções e instituições de garantia voltadas à tutela ou distribuição (FERRAJOLI, 2010, p. 41).

Nos âmbitos nacionais as ameaças à natureza, portanto, à nossa vida na Terra, não mobilizam a política, constituindo-se “uma grave aporia da democracia política” (FERRAJOLI, p. 50, 2010). Ocorre que tais ameaças ainda não mobilizam a opinião pública e as agendas políticas, que são elaboradas dentro dos limites estipulados pelos interesses eleitorais.

Assim, Ferrajoli propõe que a partir da estipulação de uma carta internacional de bens fundamentais, instituições internacionais de garantia sejam elaboradas para assegurar a conservação e entrega dos bens fundamentais.

²² Aos direitos da natureza é dedicado o capítulo VII do Título II da Constituição do Equador de 2008. Artigos 71 e 72.

Observe-se que as Constituições do Equador e da Bolívia equiparam a natureza a sujeito de direito, inclusive vinculando-as a instituições públicas²³ para que atuem nos foros pertinentes na sua defesa, ou seja, estipula à natureza direitos fundamentais de ordem primária e secundária. Mas, para além da proteção da água enquanto parte da natureza sujeito de direito, as Constituições do Equador e da Bolívia garantem o acesso à água potável, fazendo-o de forma expressa em diversas níveis normativos e para diversos destinatários de obrigações e direitos, em regras constitucionais.

Na Constituição do Equador de 2008:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

Art. 15.- El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la 25 soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional.

Salud

Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad,

²³ O artigo 10 da Lei da Mãe Terra da Bolívia cria a Defensoria da Natureza, que tem por função zelar pelas normas de proteção e de direitos da natureza.

interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

Capítulo sexto

Derechos de libertad

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.

Art. 264.- Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley:

4. Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley.

Art. 282.- El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierra, establecido por ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra. Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes. El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental.

Na Constituição da Bolívia de 2009, por exemplo:

Artículo 16.

I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación.

II. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población.

Artículo 20.

I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.

II. [...]

III. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.

Artículo 189. Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley:

1. Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y a provechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales.

Artículo 309. La forma de organización económica estatal comprende a las empresas y otras entidades económicas de propiedad estatal, que cumplirán los siguientes objetivos:

1. [...]

2. Administrar los servicios básicos de agua potable y alcantarillado directamente o por medio de empresas públicas, comunitarias, cooperativas o mixtas.

Capítulo quinto: recursos hídricos

Artículo 373.

I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.

II. Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a ley.

Artículo 374. I. El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos.

Dentre tais garantias constitucionais, é interessante observar na Constituição do Equador, que a garantia à água potável se encontra regulada, dentre outros títulos, no capítulo sexto, que trata dos direitos de liberdade, fato que remete à ideia de vínculo entre a realização dos direitos liberais e pressuposto dessa realização, de que os direitos sociais estejam minimamente efetivados.

A água potável prevista na Constituição do Equador e da Bolívia não vem denominada, literalmente, como um bem fundamental social, tal como pugna a teoria dos bens fundamentais de Luigi Ferrajoli. Entretanto, está disposta através de normas tético-constitutivas, que introduz obrigações diretas de prestação, ou seja, indo além das funções e instituições de garantia voltadas à tutela do direito à água e ao saneamento.

5 UM VELHO SABER, PARA UM NOVO DIREITO, PARA NOVAS INSTITUIÇÕES: A OPÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A partir da obra *Epistemologias do Sul* (2009), Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses oferecem um trabalho que discute três perguntas. Por que desde o final do século XIX dominou uma epistemologia que excluiu da reflexão epistemológica o contexto cultural e político da produção do conhecimento? Existirão epistemologias alternativas? Quais as consequências de uma epistemologia descontextualizada? Para tal discussão pressupõe algumas ideias centrais, das quais se abordará nessa introdução de capítulo, duas.

A primeira diz que a epistemologia dominante se estabelece numa dupla diferença, quais sejam: a diferença política do colonialismo e do capitalismo e a diferença cultural do mundo moderno cristão ocidental. Isso quer dizer que essas duplas diferenças (hiper-contexto) se transformaram na pretensão da universalidade, a partir da intervenção política, econômica e militar do colonialismo e do capitalismo modernos sobre os povos e culturas não ocidentais e não cristãos.

Como segunda ideia, os autores Boaventura e Maria Paula anotam que tal dupla intervenção ocidental foi tão profunda que retirou todo o crédito e suprimiu todas as práticas sociais de conhecimento dos povos colonizados que contrariassem os interesses que ela servia.

Nisso consistiu o epistemicídio, ou seja, a supressão dos conhecimentos locais perpetrada por um conhecimento alienígena. De facto, sob o pretexto da “missão colonizadora”, o projecto de colonização procurou homogeneizar o mundo, obliterando diferenças culturais. Com isso, desperdiçou-se muita experiência social e reduziu-se a diversidade epistemológica, cultural e política do mundo. [...] A perda de uma auto-referência genuína não foi apenas uma perda gnoseológica, foi também, e sobretudo, uma perda ontológica: saberes inferiores próprios de seres inferiores (SANTOS, MENESES, 2009, p. 10)

Essa breve introdução, que parafraseia o introito da obra *Epistemologias do Sul*, organizada por Boaventura de Souza Santos e Maria Paula Meneses, calha para a abordagem inicial do presente capítulo, na medida em que se tratará do Novo Constitucionalismo também como o resgate de culturas submetidas ao colonialismo

e que hoje retomam, de modo ousado e impactante, suas culturas no âmbito constitucional de suas nações.

De fato, esses primeiros passos dados, especialmente pela Bolívia e pelo Equador, que consagram o Bem Viver nas suas cartas constitucionais, significa uma resposta às preocupações exaradas pelos autores portugueses nas suas questões acima postas.

A verdadeira retomada das culturas autóctones na América Latina, integrando a sociedade em toda a sua amplitude e ao mesmo tempo efetivando-se perante a cultura ocidental dominante, tem nas Constituições desses países grandes instrumentos de resgate das suas filosofias, porém, para além disso, sua força social continuará a ser o esteio das mudanças que propõe.

A novidade é que essa força social superou aos obstáculos da epistemologia ocidental e surgiu consagrada nas constituições desses países.

5.1 BREVE RESGATE HISTÓRICO

À época das proclamações das independências dos países sul-americanos, início do século XIX, eclodira na Europa os movimentos revolucionares burgueses, que na proclamada Revolução Francesa e seus ideários de liberdade, tiveram seu expoente simbólico e paradigmático. Os países da América do Sul, assim, tiveram suas independências baseadas nas ideias republicanas oriundas da Europa e nas suas bases estruturais. Assim, tornaram-se política e juridicamente independentes.

No processo de formação dos estados sul-americanos o sistema de legalidade e o processo de constitucionalização advêm das cartas políticas burguesas e dos princípios iluministas europeus. A herança também contempla o legado oriundo da modernidade capitalista, fundamentada na tolerância e no perfil liberal-individualista.

A introdução dessa cultura jurídica e política no processo de positivação das normas das antigas colônias ibéricas tiveram forte impacto, especialmente porque se tratavam de sociedades essencialmente agrárias, eventualmente escravagistas, onde o desenvolvimento urbano e industrial não existia.

Assim, a influência das metrópoles sobre as antigas colônias reflete diretamente na produção de instituições repetidoras dos interesses colonizadores das metrópoles exploradoras. (WOLKMER, 2012, p. 54)

Assim, os ideais de liberdade dessa revolução, no âmbito da América do Sul, não foram dirigidos para a libertação dos povos indígenas originários dos regimes de escravidão e servidão, bem como daqueles que aqui chegaram, especialmente do continente africano, na condição de escravos. Ocorre que as guerras pela independência se tratavam, na verdade, de uma disputa pelo poder entre espanhóis nascidos na Espanha (“Chapetones”) e os filhos de espanhóis nascidos na América (Crioulos), disputa essa que não incluía a atribuição de direitos aos indígenas, que continuaram a ser utilizados, juntamente com os negros e mestiços, como mera mão-de-obra para o trabalho ou para a guerra (MAMANI, 2010).

Apesar de que as Constituições decorrentes dessa cultura ocidental consagrassem, abstratamente, a igualdade, a liberdade, garantias liberais de direitos, todavia, na concretude da realidade:

As instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas populares. Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina, em grande parte, têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas, formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana. Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos. Tampouco nessa tradição individualista contemplaram-se os direitos aos recursos naturais como patrimônio comum e/ou os direitos do ser humano em sintonia com a natureza. (WOLKMER, 2012, p. 55)

Nesses moldes, a estrutura republicana organizada na América do Sul serviu apenas para redistribuir os poderes disputados entre “chapetones” e “crioulos”, e as vozes libertárias que tinha eco jamais discutiram tais direitos em prol dos povos explorados; excluíram-se os povos indígenas e sua organização social, cultural e jurídica, atribuindo-lhes uma posição marginalizada, discriminada e abandonada, subtraindo-lhe direitos de todas as vertentes. Os povos indígenas da América do Sul nada e nunca tiveram o que celebrar quanto aos valores republicanos trazida da Europa Ocidental, porque sua liberdade nunca lhes foi aproveitada e, de fato, a estrutura política imposta aprofundou o processo de desestruturação da sua cultura,

subtraiu-lhe suas terras, sobrepôs sua cultura e impôs o processo de homogeneização cultural (MAMANI, 2010).

Porém, desde os anos 70 do século XX, os povos originários do Equador e da Bolívia organizam-se a fim de reocupar seu espaço político propondo uma nova organização política a partir da sua filosofia ancestral do Bem Viver. Essas organizações são impulsionadas na medida em que são concretizados os resultados de suas lutas.

Nesse caminho, os povos indígenas viram ser aprovadas a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, em sete de junho de 1989 pela Conferência Geral da OIT, primeira norma consistente e positivada em prol dos povos indígenas e tribais, e, em setembro de 2007, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

A Convenção 169, na introdução, faz as seguintes considerações, antes de inaugurar os 44 artigos que regulam a matéria:

“Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;

Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão freqüentemente; Lembrando a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais;

Observando que as disposições a seguir foram estabelecidas com a colaboração das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura e da Organização Mundial da Saúde, bem como do Instituto Indigenista Interamericano, nos níveis apropriados e nas suas respectivas esferas, e que existe o propósito de continuar essa colaboração a fim de promover e assegurar a aplicação destas disposições;

Após ter decidido adotar diversas propostas sobre a revisão parcial da Convenção sobre populações Indígenas e Tribais, 1957 (n.o 107) , o assunto que constitui o quarto item da agenda da sessão, e

Após ter decidido que essas propostas deveriam tomar a forma de uma Convenção Internacional que revise a Convenção Sobre

Populações Indígenas e Tribais, 1957, adota, neste vigésimo sétimo dia de junho de mil novecentos e oitenta e nove, a seguinte Convenção, que será denominada Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989: [...]

Observa-se, claramente, amplo respaldo aos reclames dos povos indígenas da América do Sul, ficando claro o reconhecimento da agência onusiana quanto aos flagelos, que não são mera retórica, sofridos por tais povos, bem como o acolhimento da importância das suas culturas, nos âmbitos sociais e ecológicos. Ademais disso, a Convenção reconhece a aspiração de tais povos a assumir autonomia e controle quanto às suas vidas, suas instituições e seu desenvolvimento econômico.

Igualmente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em setembro de 2007, ratifica que os povos indígenas são iguais a todos os demais, ao mesmo tempo que reconhece o direito de que todos os povos possam ser diferentes, respeitando-se a diversidade cultural de cada um. Além disso, declara que o direito de que cada povo possa se considerar diferente e de assim ser respeitado. Afirma, ainda, que todos os povos contribuem para a diversidade e para a riqueza das civilizações e cultura e que são patrimônio comum da humanidade.

Outro aspecto a ser ressaltado refere-se à reafirmação de que não existe raça, religião, cultura superior e que qualquer disposição ao contrário é cientificamente falsa, juridicamente inválida, moralmente condenável e socialmente injusta.

Ademais, a Declaração de 2007, no artigo 3.º, refere: “os povos indígenas têm direito à livre determinação. Em virtude deste direito determinam livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento social e cultural”.

Assim, diante desse quadro internacional, onde se verifica a contemplação e reconhecimento dos direitos indígenas e tribais, é com especial aprofundamento que a partir dos anos 1990, na Bolívia e no Equador, os povos indígenas originários das regiões respectivas organizam-se a fim de reestruturar e reocupar seu espaço e seu papel, a partir dos valores das suas culturas arduamente preservados, mesmo após quase cinco séculos de agressões.

O quadro político da América do Sul, diante dessa realidade, apresenta mudanças paradigmáticas com a introdução da cosmovisão do Bem Viver.

5.2 A CULTURA DO BEM VIVER

Para os povos quíchua (“quechua” em espanhol e “kichwa” na própria língua) e aimará (aymara em espanhol e na própria língua) a organização política da sociedade se assenta sobre a doutrina do Viver Bem, ou Bem Viver (Vivir Bien ou Bien Vivir). Trata-se de uma forma de viver alternativa, explicada por Fernando Huanacuni Mamani (2010), como um “paradigma comunitário da cultura da vida para viver bem”.

Viver bem (“vivir bien”, na Bolívia), ou bem viver (“buen vivir”, no Equador) são termos oriundos das línguas aimará (Bolívia, Peru, Argentina e Chile) e quíchua (Equador, Bolívia, Peru, Colômbia, Chile e Argentina). Na língua quíchua é “sumak kawsay”, ou, na língua aimará, “suma qamaña”.

Tomando novamente as lições de MAMANI, esclarece-se que “suma qamaña” se traduz assim: “suma” é plenitude, sublime, excelente, magnífico, bonito; “qamaña” é viver, conviver, estar sendo e ser estando. Em quíchua: “sumak” também é plenitude, sublime, bonito, magnífico; “kawsay” é vida, ser estando e estar sendo, ou seja, nas duas línguas a tradução é vida em plenitude.

Para essa visão filosófica, ou cosmovisão, dos povos nativos dos andes, antes de tudo, por primeiro, está que a vida humana deve ser estabelecida através de relações de harmonia e equilíbrio, por que “qamaña” se aplica a quem sabe viver.

Diferencie-se, desde já, que esse ideal não tem relação com a ideia, ou o desejo, de “viver melhor” comumente difundida na cultura ocidental. O “viver melhor” estabelece a necessidade de aquisição de bens materiais, ilimitadamente, como um dos pressupostos de felicidade. O “viver melhor” idealiza uma ética do progresso ilimitado e conduz à competitividade com outrem, como forma de se lograr condições para criar mais, e cada vez mais, condições para “viver melhor”. Entretanto essa lógica perversa (a maior contradição capitalista, na verdade) pressupõe que para que alguns possam “viver melhor”, muitos devem viver pior.

Ao contrário, nas tradições dos povos nativos de Abya Yala (América nas línguas autóctones), ao invés de “viver melhor” se busca “bem viver”. Como se verá a seguir, esta categoria é a base cultural e filosófica de diversas normas positivadas nas constituições da Bolívia e do Equador, portanto, como objetivo a ser perseguido

pelo Estado e por toda a sociedade. Leonardo Boff, sintetiza o conceito do “bem viver” como um conjunto de valores políticos que²⁴:

“visa a uma ética da suficiência para toda a comunidade e não apenas para o indivíduo”. O “bem viver” supõe uma visão holística e integradora do ser humano inserido na grande comunidade terrenal que inclui além do ser humano, o ar, a água, os solos, as montanhas, as árvores e os animais; é estar em profunda comunhão com a Pacha Mama (Terra), com as energias do universo e com Deus. O “Bem Viver” não se identifica simplesmente com o nosso “Bem Comum”, pensado somente em função dos seres humanos em sociedade, num antropeo-e-sociocentrismo inconsciente. O “Bem Viver” abarca tudo o que existe, a natureza com seus diferentes seres, todos os humanos, a busca do equilíbrio entre todos também com os espíritos, com os sábios (avôs e avós falecidos), com Deus, para que todos possam conviver harmonicamente. Não se pode pensar o “Bem Viver” sem a comunidade, a mais ampliada possível, humana, natural, terrenal e cósmica. A “minga” que é o trabalho comunitário, expressa bem este espírito de cooperação.

Conforme referido alhures, os movimentos políticos oriundos da cultura indígenas dos países andinos provocaram mudanças paradigmáticas no constitucionalismo sul-americano²⁵.

A partir da Constituição da Colômbia de 1991, mas especialmente no Equador, Bolívia e Venezuela, há um evidente rompimento da lógica liberal-individualista das constituições tradicionais forjadas no modelo europeu clássico, mediante a introdução dos interesses e das culturas locais até então encobertas pelas políticas das minorias. Nesses países, reinventa-se o espaço público, transformam-se as instituições, de modo a contemplar, também, os direitos, saberes e culturas originários dos povos indígenas desses países (WOLKMER, FAGUNDES, 2011).

²⁴<https://leonardoboff.wordpress.com/2011/08/04/contribuicao-latinoamericana-para-uma-geosociedade/> acesso em 04/11/2015.

²⁵ Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Uruguai e Venezuela, em maior ou menor grau estão sob influência desse novo constitucionalismo. Na Bolívia, no Equador e na Venezuela são expressas as menções normativas constitucionais que acolheram as políticas praticadas pelos povos indígenas e influenciam nos demais países. Neles, ora reformas legais ou constitucionais parciais, ora a jurisprudência de suas cortes constitucionais, têm sido influenciadas pelas normas internacionais (Convenções da ONU) e pelas posições nacionais adotadas a partir das culturas indígenas autóctones.

5.3 CARACTERÍSTICAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Pode-se determinar quatro grandes modelos conceituais de constitucionalismo a partir da experiência europeia do século XX, período em que a ideia de que uma norma superior, reguladora das demais, seja no aspecto formal ou no material, desenvolveu-se significativamente: o constitucionalismo liberal, construído sobre as bases das revoluções burguesas do século XVIII; a reação conservadora, que desvirtua o constitucionalismo, ocorrida durante o século XIX e começo do século XX; a temporária recuperação do constitucionalismo democrático no início do século XX; e o surgimento, após a segunda guerra mundial, do constitucionalismo social, vinculador da democracia à necessidade de distribuição da riqueza entre as classes. (VICIANO PASTOR, R; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 14-15)

A partir de então uma nova fase exsurge, com três novos conceitos de Constitucionalismo: o Neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano.

R. Viciano e R. Martínez, valendo-se dos estudos de Miguel Carbonell, explicam o neoconstitucionalismo como o conceito das constituições que para além de estabelecer as competências de legislação, de separar os poderes, também apresentam considerável quantidade de normas materiais ou substantivas que vinculam o Estado a cumpri-las, garantindo-as, para chegar-se a determinados fins e objetivos sociais. São exemplos a constituição brasileira de 1988 e a espanhola de 1978. Esse modelo de constituição pretende, sem rompimento constitucional, transformar o Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito, através de uma constituição “invasora”, pela positivação de um extenso rol de direitos, pela marcante presença no seu texto de princípios e regras e pela determinação de que a interpretação e a aplicação das normas constitucionais não pode ser a mesma que das normas legais(2010, p. 17/18).

O novo constitucionalismo, por sua vez, além de assumir as características do neoconstitucionalismo, preocupa-se mais profundamente com a legitimidade democrática da Constituição, porque se a Constituição é o instrumento através do qual a cidadania determina e limita a atuação do poder público, então a primeira função do constitucionalismo é garantir a fiel realização da vontade do povo, bem

como que apenas a soberania popular, diretamente exercida, possa revisar ou reformar as normas constitucionais.

Assim, o novo constitucionalismo visa primeiro garantir a fundamentação popular da Constituição, e, posteriormente, como consequência disso, efetivar a sua normatividade. Propõe, então, que o conteúdo de uma Constituição deve ser coerente com sua fundamentação democrática, servindo para uma efetiva participação da população, através de mecanismos adequados ao exercício da cidadania, deve garantir os direitos fundamentais, estabelecer controles de constitucionalidade que possam ser assumidos pelos cidadãos, bem como gerar regras aos poderes políticos e aos poderes sociais, econômicos e culturais, porquanto estes, enquanto produto da história, também limitam a democracia, os direitos e liberdades da cidadania (VICIANO, MARTÍNEZ, 2010, p. 19).

Os conteúdos desse novo constitucionalismo são devidamente reconhecidos no Novo Constitucionalismo Latino-americano e estão caracterizados, especialmente, nas constituições da Bolívia, do Equador e da Venezuela.

No artigo “Da tradição ocidental de constitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: análise das garantias constitucionais”, Sergio Cademartori e Daniela Cademartori fazem uma digressão histórica e teórica sobre o surgimento do novo constitucionalismo latino-americano. Os professores ensinam que no caso colombiano, a Constituição de 1991 exsurge num cenário social caracterizado por dois fatos incontestes: a longa tradição de violência e a presente marcante de oligarquias regionais. Diante de tais circunstâncias, no imaginário local, a política e o direito serviriam para satisfazer as vontades da *provincia* colombiana, dominada por violentos grupos políticos.

No período de promulgação da Constituição venezuelana de 1999, vivenciava-se naquele país andino uma longa fase de estabilidade política, em torno de um pacto denominado Pacto de Punto Fijo. Os *puntofujistas* ocupavam cargos importantes nas instituições do governo e conduziam suas ações no sentido de obstruir a efetivação dos objetivos da nova carta constitucional e, especialmente, daquele que era o principal objetivo da assembleia constituinte respectiva, qual seja a recuperação do princípio da soberania popular. Diante desse quadro, massivos protestos da população nas ruas, conhecidos como *Caracazo* e com Hugo Chávez eleito em 1998, abriu-se espaço para que fosse levado ao povo, no exercício do poder constituinte, a possibilidade da reforma da Constituição.

No caso equatoriano, que culminou com a vigente Constituição de 2008, uma breve menção sobre a constituição antecedente, de 1998, deve ser resgatada. Logo após a promulgação dessa constituição do final do século XX, uma crise financeira decorrente do poder onipotente do setor bancário espalhou-se na sociedade, crise que não seria decorrente, conforme alguns defendiam, de irregularidades fiscais praticadas pela Fazenda equatoriana. (TIBOCHA; JARAMILLO-JASSIR, 2008, p. 24).

Foi nessas circunstâncias que o então Ministro de Estado, economista e acadêmico Rafael Correa, destacou-se naquele período pela busca de uma solução da crise econômica, fato que lhe deu importante respaldo político na vindoura eleição presidencial, quando foi eleito Presidente da República do Equador.

Empossado, Rafael Correa encontrou uma situação social que dava azo às suas aspirações de convocação de uma assembleia constituinte. A crise econômica, a instabilidade política existente desde a queda do ex-presidente Gutiérrez em 1996, a exclusão social vivida pelos indígenas (extremamente grave, considerando-se o caráter multiétnico da sociedade equatoriana) davam respaldo à convocação. E, de fato, 81% dos equatorianos votaram a favor da elaboração de uma nova carta magna, o que foi levado a efeito (TIBOCHA; JAMILLO-JASSIR, 2008, p. 26).

Crises constantes e continuadas na política da Bolívia dão ensejo a uma reação popular liderada por Evo Morales, líder indígena identificado com o objetivo de reconhecer e dar voz à forte presença indígena no contingente populacional boliviano, no qual os indígenas e descendentes são maioria. Eleito presidente do país, Evo Morales levou adiante a realização de uma assembleia constituinte na qual se fez presente além de significativos grupos de indígenas, outros setores da sociedade boliviana, tais como mulheres, jovens e setores da classe média. Alinhou-se um processo constituinte que estabeleceu um estado plurinacional, que reconhece as maiorias indígenas e define novos poderes em favor dos excluídos da política, através de um constitucionalismo multicultural e da superação de um contrato social definido no excludente liberalismo (CADEMARTORI, 2014, p.9).

O neoconstitucionalismo inaugura a diferenciação entre o conceito formal e o conceito material de constituição. Diante do enfraquecimento de um conceito forte de Constituição, o neoconstitucionalismo distingue ambos os conceitos para dizer que um Estado Constitucional é aquele que tem uma constituição em sentido próprio – conceito material, ou seja, tem uma constituição que é obra da legitimidade

democrática e que conta com instrumentos que garantem a limitação do poder e a efetividade dos direitos nela contidos. O estado que tem um texto que se autodenomina Constituição, sem conteúdo material constitucional, não é um Estado Constitucional (VICIANO, MARTÍNEZ, 2010, p. 15).

Riccardo Guastini arrola, de forma não exaustiva, sete condições que devem estar presentes para que se tenha uma constitucionalização efetiva: a rigidez constitucional, a garantia jurisdicional da Constituição, sua força vinculante, a sobreinterpretação da Constituição, a aplicação direta das normas constitucionais, a interpretação das leis conforme a constituição e a influência da Constituição sobre as relações políticas (Guastini *apud* VICIANO, MARTÍNEZ, 2010, p. 16).

Considerando-se a matriz ferrajoliana base do presente trabalho, cabe destacar que para Luigi Ferrajoli (In Neoconstitucionalismo, CARBONELL, 2009, p. 16/7) são quatro as consequências, no âmbito do constitucionalismo, dessa virada paradigmática que estabelece o Estado Constitucional. O fenômeno jurídico-político do constitucionalismo rígido implica, em primeiro lugar, na mudança das condições de validade das leis, dependentes agora, não apenas da sua forma de produção, mas também da coerência dos seus conteúdos com os princípios e de mais espécies de normas constitucionais.

Em segundo lugar, altera-se o estatuto epistemológico da ciência jurídica, pois numa relação de divergência entre a Constituição e a lei, aquela terá um papel não apenas explicativa para a lei, mas também crítico e protetivo em relação à norma constitucional posta em confronto com a lei. Isso quer dizer, portanto, que no Estado constitucional de direito a Constituição além de disciplinar as formas de produção legislativa, também impõe à essa produção proibições e obrigações de conteúdo: proíbe violação de direitos de liberdade e obriga a produção de direitos sociais.

Depois, ao papel da jurisdição acresce-se importante mudança, pois o juiz no seu exercício só poderá aplicar a lei constitucionalmente válida e, quando não for possível interpretar determina lei de acordo com a constitucionalidade, deverá declara-la inválida, por ser inconstitucional.

A quarta mudança decorrente do paradigma neoconstitucionalista, ou, mais especificamente, do constitucionalismo rígido, é a introdução de uma dimensão substancial normativa, decorrente dos princípios constitucionais, não apenas nas condições de validade das normas, mas também na natureza da democracia, completando-a e, ao mesmo tempo, sendo-lhe um limite.

Esse conceito de constitucionalismo, consistente numa reação garantista, que surgiu na Europa no final do século XX, diante do esvaziamento do conceito de Constituição, ficou reduzida na prática, ostentando, então, mera posição doutrinária de pouca influência real no contexto sócio histórico em que surgiu. Entretanto, na América Latina, as teorias garantistas que inspiram e dão fundamento ao neoconstitucionalismo são acolhidas pelo novo constitucionalismo latino-americano, aplicando-lhe fortemente enquanto teoria democrática da Constituição.

Está no cerne comum do novo constitucionalismo dos países latino americanos, que estabeleceram os recentes processos constituintes, os conflitos sociais decorrentes e existentes entre as políticas neoliberais aplicadas no continente nas décadas de 80 e 90 do século passado e os movimentos sociais que lhes foram contraditórias.

Tais processos sociais concretos, que atraíram e aplicaram para os recentes processos constituintes da América Latina as teorias garantistas advindas do neoconstitucionalismo e do novo constitucionalismo, sofrem nos últimos anos desqualificações equivocadas, as quais referem que esse novo constitucionalismo encobreria, na verdade, um novo processo neopopulista.

Conforme Viciano e Martinez (2010, p. 20) um autor que exemplifica essa crítica é Sebastian Edwards que diz

“el neo-constitucionalismo acepta y promueve el uso recurrente de plebiscitos y referendos para poder avanzar en sus agendas políticas y sociales. Es decir, esta novel doctrina há elevado una de las características fundamentales del populismo – el que líder populista apele de manera directa a las masas para obtener sus objetivos a nível constitucional.

Todavia, a ideia latinoamericana de refundar o Estado em bases opostas ao àquelas propostas pelo projeto liberal²⁶ não deixa de ter origens no constitucionalismo europeu, constituindo relativo paradoxo. Parte de seu fundamento pode ser encontrado, tal como explica David Restrepo Amariles (2009, p. 49), citando Carl Schmitt, que distinguia as constituições entre aquelas que nascem dentro de um Estado e aquelas que dão origem a um Estado, de modo que o caso

²⁶ Refere-se ao fracasso político do liberalismo no afã de cumprir suas promessas de igualdade, liberdade e razão, ao mesmo tempo que implementava maior exclusão política, econômica em social, tanto em âmbito regional quanto global.

latino americano estaria, sem dúvidas, na segunda hipótese, ocasião em que “um povo toma consciência pela primeira vez de sua capacidade de atuar como nação”.

Certo é que os objetivos do novo constitucionalismo latino-americano, inaugurado com a Constituição colombiana de 1991, e aprofundado enquanto novo paradigma constitucional nos países andinos (Equador, Bolívia e Venezuela), são mais ousados do que aqueles previstos na agenda do neoconstitucionalismo europeu (COMANDUCCI, 2009, p. 75/76). Constituem-se a partir da necessidade de superar a confusão entre legalidade e legitimidade e das lutas para consolidar a democracia na América Latina.

Enquanto o novo constitucionalismo da América propõe a refundação do Estado sobre bases diversas daquelas filosóficas do liberalismo moderno, o neoconstitucionalismo europeu buscava reforçar o conteúdo normativo dos direitos liberais contidos nas constituições europeias já existentes; além disso, assevera que tais constituições não eram apenas pressupostos valorativos da estrutura do poder político, mas também uma carta de direitos em sentido estrito oponíveis ao Estado.

Outro aspecto do novo constitucionalismo criticado por David Restrepo Amariles (2009, p. 49) diz respeito ao fato de que apesar de propor uma nova base filosófica para o constitucionalismo, também mantém incorporado o conceito clássico de supremacia da constituição e da exigibilidade de seus direitos como elemento essencial e estrutural. Essa crítica não se trata de uma abordagem negativa certamente, especialmente porque reforça o novo constitucionalismo enquanto resultado de uma teoria constitucional garantista que merece ser vista, sem preconceitos ideológicos.

5.3.1 Características formais do novo constitucionalismo latino americano

No primeiro capítulo do artigo “As Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais” Luigi Ferrajoli, antes de tratar sobre o tema central do trabalho, aborda introdutoriamente, a noção de democracia.

Importante, portanto, também nesse início da abordagem sobre as características do Constitucionalismo Latino Americano, replicar essas noções do jus-filósofo italiano. É que ao abordar as características formais do novo constitucionalismo se estará tratando, fundamentalmente, de características

decorrentes dos preceitos da democracia, por que elas se identificam essencialmente.

Com efeito, segundo Ferrajoli, (DOXA, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 29, 2006, pp.15-31), a democracia consiste num método de formação das decisões públicas, ou, mais especificamente, é o conjunto de regras que atribuem ao povo, ou melhor, à maioria dos membros do povo, o poder, direto ou intermediado por representantes, de assumir tais decisões públicas. Assevera Ferrajoli que essa não é apenas o sentido etimológico, mas também uma concepção de democracia presente em grande parte das teorias de democracia, tais como as de Kesel, Bobbio, Schumpeter, Dahl, Popper, Waldron. (FERRAJOLI, 2006,DOXA, p. 16)

De acordo com essa concepção, a fonte de legitimação democrática dos poderes públicos é a autonomia, ou seja, a liberdade positiva de “governar-se a si mesmo” e “e naquilo que não dependa de outro senão de um mesmo regramento da própria conduta”. Em outras palavras, conforme Ferrajoli, a legitimidade dos poderes depende de que as decisões sejam tomadas, diretamente ou por representação, pelas mesmas pessoas (pela maioria delas) que serão as destinatárias dos efeitos dessas decisões, sendo assim a expressão da vontade e da soberania popular. Trata-se, segundo Ferrajoli, de uma noção formal ou procedimental de democracia bastante simplificada, que sozinha não é suficiente para que se tenha uma democracia efetiva, mas que ao mesmo tempo, sem ela, não há democracia²⁷.

Observa-se, então, o encontro da noção ferrajoliana (e, como se viu alhures, de muitos outros autores da mesma estirpe) com a primeira característica formal marcante do novo constitucionalismo latino-americano, a legitimidade.

Ademais, para além da característica fundamental da legitimidade, as constituições do novo constitucionalismo latino americano foram construídas a partir de um resgate da teoria clássica dos processos constituintes e da verdadeira natureza originária do poder constituinte, inclusive mantendo o conceito racional-normativo da Constituição, qual seja, texto escrito, ordenado e articulado, bem como recuperando preocupações e soluções do constitucionalismo liberal revolucionário, especialmente o fortalecimento da dimensão política (VICIANO, MARTÍNEZ, p. 26).

²⁷ Luigi Ferrajoli explica que a conotação meramente formal da democracia não é suficiente para identificar uma sistema como democrático, ou como uma democracia constitucional. No decorrer do artigo o autor demonstra que pelo menos outras quatro razões impõe que a legitimidade popular deve estar integrada a limites e vínculos substanciais, tal como são os direitos fundamentais.

Um dos primeiros traços característicos visíveis do novo constitucionalismo, estabelecido através do poder de reforma, é o rompimento com o sistema anterior, em descontinuidade constitucional, deixando de lado o texto anterior para estabelecer um novo texto. Trata-se aparentemente da daquilo que Carl Schmitt chama de “Quebrantamiento constitucional de la Constitución” (SCHMITT, 2001, p. 115). Nesse aspecto, é explícito o preâmbulo da Constituição da Bolívia, que assim dispõe:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal.

Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

Apresenta-se igualmente rompedor o preâmbulo da carta do Equador. Ei-lo:

NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador
 RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y
 hombres de distintos pueblos,
 CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos
 parte y que es vital para nuestra existencia,
 INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas
 formas de religiosidad y espiritualidad,
 APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen
 como sociedad,
 COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a
 todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo
 compromiso con el presente y el futuro,
 Decidimos construir
 Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía
 con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay;
 Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de
 las personas y las colectividades;
 Un país democrático, comprometido con la integración
 latinoamericana ? sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad
 con todos los pueblos de la tierra;
 Y, en ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi,
 provincia de Manabí, nos damos la presente:
 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Viciano e Martínez (p. 29) observam que as redações desses textos constitucionais estão impregnadas de linguagem simbólica, diretamente ligada à dimensão política da Constituição e à leitura que a ela dão os cidadãos. Todavia, as previsões dos efeitos jurídicos desses novos textos, dos conteúdos substanciais que apresentam ruptura com o passado, não são nítidos. A aposta numa democracia material, acima da formal, é visualizada sim; mas tais textos, inicialmente, prestam-se unicamente como um símbolo da pretensão de ruptura com o passado recente e da esperança de um futuro materialmente melhor.

Resumidamente, no aspecto formal, pode-se dizer que são 4 as principais características dessas constituições: a sua originalidade (conteúdo inovador), a sua amplitude (extensão dos direitos articulados), a sua complexidade (no sentido de combinar elementos tecnicamente complexos com um texto acessível) e a rigidez (por que qualquer mudança no texto constitucional somente pode ocorrer mediante a provocação do poder constituinte do povo).

A inovação formal dessas constituições é fundamental para o seu propósito de superação do paradigma anterior, no qual as reformas constitucionais consistiam em meros paliativos normativos, realizados através de transcrições de formas prontas

oriundas de outros sistemas normativos (via de regra europeus) ou de enxertos que não afetavam a estrutura constitucional do país.

Segundo Boaventura de Souza Santos (apud Viciano e Martínez, p. 29), trata-se de um constitucionalismo experimental, mas que é hábil em propor soluções para os problemas fundamentais das sociedades latino americanas, através de uma nova institucionalidade e de características capazes de integrar a sociedade, de aumentar o bem estar, e, especialmente, de criar instituições para a participação popular que legitimam o exercício do governo por parte do poder constituído.

Mas outro aspecto importante a ser ressaltado, e que será verificado na prática dos tribunais constitucionais dos países representantes desse novo constitucionalismo, é a presença fundante de princípios nas constituições. Explícitos ou implícitos estão presente de forma disseminada por toda a constituição e vinculam, evidentemente, os juízes constitucionais.

Observe-se o artigo 196 I e II, da Constituição da Bolívia de 2009:

Artículo 196.

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

Veja-se que ao tratar da interpretação das normas a Constituição impõe explicitamente que deverá ocorrer de acordo com a vontade do constituinte e de acordo com o teor literal do texto, sem espaços para controvérsias sobre a necessidade de normas regulamentadores em detrimento da auto aplicabilidade da norma constitucional.

Nesse sentido é o artigo 427 da Constituição equatoriana de 2007:

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Está claro nos textos normativos acima a vinculação às normas constitucionais, especialmente aos princípios, pelas funções constitucionais jurisdicionais. Essa

característica aproxima o aspecto formal da constituição à democracia substancial, ou seja, já induz a vinculação do exercício do poder pelo povo à vínculos de direito material constitucional.

Todavia, Luigi Ferrajoli apresenta sua preocupação sobre quatro aporias na concepção puramente procedimental da democracia (FERRAJOLI, DOXA, 2006, p. 19), que pode ser superada pela vinculação acima referida.

A primeira aporia diz respeito à falta de alcance empírico de uma democracia, ou de uma constituição, meramente formal, que apenas se limita a exigir que os poderes fossem exercitados pelo povo, constituindo-se numa não democracia. Seria a inobservância do paradigma do Estado de Direito e, mais do que dele, do Estado Constitucional de Direito, os quais não admitem um Estado que não seja submetido à Lei. Nas atuais democracias constitucionais, diz Ferrajoli, “não é em absoluta verdade que o poder popular seja ilimitado”, pois a novidade introduzida pelo constitucionalismo na estrutura da democracia é que o poder legislativo é juridicamente limitado, não apenas em relação à forma do exercício, mas especialmente, em relação ao conteúdo do que pode ser decidido (FERRAJOLI, DOXA, 2006, p. 18).

A segunda refere-se à necessidade desses limites materiais ao poder popular para que a própria democracia seja preservada, no sentido de se evitar que no exercício democrático, o poder popular, através de métodos democráticos (direitos políticos), suprima por maioria, esses próprios métodos, tal como ocorreu com o nazismo ou o fascismo, ocasião em que o povo, no exercício do poder, entregou o poder a ditadores que acabaram com a democracia. Observe-se que nesse caso a preocupação não é apenas a preservação dos direitos de liberdade ou os direitos sociais, mas dos próprios direitos políticos, consistentes no pluralismo político, na divisão dos poderes, na representação política, que tratam, pois, das próprias características formais do constitucionalismo (FERRAJOLI, DOXA, 2006, p. 18)..

A terceira aporia ocorreria num constitucionalismo que fosse puramente formal por que nesse inexistiria uma desconexão entre a soberania popular, a democracia e os direitos fundamentais substanciais, especialmente quanto aos direitos de liberdade, por que a vontade popular somente é expressada, de forma autêntica, quando é manifestada livremente. E é pressuposto dessa liberdade necessária para o exercício democrático que sejam observados as liberdades fundamentais coletivas e individuais, tais como, a liberdade de pensamento, de imprensa, de informação, de

reunião, de associação. Além disso, também são essenciais para o exercício livre da vontade democrática, que direitos sociais como à subsistência ou à saúde também sejam satisfeitos, na medida em que são direitos que sustentam os direitos de liberdade. Explica Luigi Ferrajoli (doxa, 2006, p. 19):

Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información.

A precariedade de uma democracia puramente formal revelar-se-ia também na ideia ideológica, populista e fascista de que o povo é um corpo político, como se fosse um tipo de organismo, ou macro-sujeito, dotado de uma vontade própria e homogênea, que através dos mecanismos de representação ou de participação direta, expressaria uma vontade geral e unitária de todos. Referindo-se e reconhecendo ao que escreve Hans Kelsen, Ferrajoli afirma que uma vontade popular unitária não existe e admitir isso, ideologicamente, apenas legitimaria o poder absoluto da maioria (ou do seu líder), ocultando a pluralidade de interesses e de opiniões, bem como o conflito de classes que existe na estrutura social.

Dessarte, esgrimidas tais preocupações, veja-se as características materiais, ou substancias do novo constitucionalismo latino-americano.

5.3.2 Características materiais das constituições do Novo Constitucionalismo Latino-americano

Assim como compartilham características formais comuns, que podem ser resumidas em dois aspectos principais – a ativação direta do poder constituinte e a ruptura com os sistemas anteriores – as constituições do novo constitucionalismo também se encontram na sua normatividade substancial.

Diante de um passado de precaríssima conexão entre a vontade popular e os governantes, através de um novo paradigma constitucional de participação democrática, o poder constituinte originário criador dessas constituições buscou imprimir no texto constitucional mecanismos de legitimidade e controle sobre os governos, para que atuem conforme o conteúdo material constitucional. Assim, todas

as constituições²⁸ detêm o denominador comum de estabelecer mecanismos de legitimidade e controle sobre o poder constituído através de novas formas de participação popular.

Segundo Viciano e Martínez, a democracia participativa é um avanço complementar em relação à democracia representativa, mas não pretende substituí-la. Tal complemento atua especialmente no reforço da legitimidade dos governos. Porém, influencia no comportamento habitual dos partidos políticos no que tange aos direitos sociais e econômicos, por exemplo. (2010, p. 34).

Assim, é relevante a preocupação do constituinte nas novas constituições da América Latina com os direitos individuais e coletivas do povo, ao ponto em que são identificados nos textos das normas superiores os grupos mais fracos (crianças, jovens, mulheres, idosos, descapacitados) destinatários de benefícios jurídicos específicos (VICIANO, MARTÍNEZ, 2010, p. 35).

Convênios internacionais de direitos humanos, critérios mais benéficos para as pessoas na interpretação da norma constitucional, ações diretas de amparo são contempladas nas novas constituições latino americanas para outorgar à sociedade todos os direitos sociais com a máxima efetividade.

Nesse desiderato, as novas constituições estabelecem, de acordo com as suas realidades sociais, a integração na sociedade de grupos até então marginalizados, como, por exemplo, no caso dos indígenas. Ainda que Constituições não tão recentes, mas já consideradas dentro do conceito do neoconstitucionalismo, tal como a brasileira de 1988²⁹, contemplem proteções aos povos nativos, é na seara do novo constitucionalismo que a proteção dos direitos indígenas são radicalizados, através de um detalhamento pormenorizado.

É exemplar³⁰, nesse aspecto, a Constituição da Bolívia de 2009, que no artigo 289 e seguintes reconhece a autonomia indígena, no artigo 178 reconhece a

²⁸ Os instrumentos de vinculação entre governo e soberania popular são denominados em cada caso sob os seguintes títulos: a colombiana no título IV, capítulo 1, chama de “formas de participação democrática”; a equatoriana, no artigo 1.º, de “governo participativo” ou “participação na democracia”; por suas vezes, na Bolívia e na Venezuela chama-se “democracia participativa”.

²⁹ O artigo 231 da Constituição brasileira de 1988 dispõe: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

³⁰ A Constituição Colombiana de 1991 também avança em relação a brasileira, aproximando-se do detalhamento normativo da boliviana. No artigo 171 estabelece a

pluralidade jurídica³¹, validando o sistema de jurisdição indígena sem relação de subordinação à jurisdição ordinária³², no artigo 30 e seguintes arrola os direitos indígenas em catálogo amplo, que no artigo 211 admite o direito de eleição através de formas próprias dos seus representantes, ou, ainda, que redenomina o Tribunal Constitucional, chamando-o de Tribunal Constitucional Plurinacional, cuja composição requer a presença da jurisdição indígena, assim exigido no artigo 197 da Constituição boliviana.

Também foi preocupação do constituinte a desigualdade econômica e social histórica na América Latina. Diversos modelos econômicos são contemplados, desde a iniciativa privada e a justiça redistributiva até a proteção da economia comunitária. E todas as constituições não dispensam a presença do Estado³³ em áreas relevantes da economia que exigem decisão pública, tal como os recursos naturais ou a regulação da atividade financeira.

Na Constituição da Colômbia de 1991, aponta Carlos Gaviria Diaz (artigo Los Derechos Económicos y Sociales en El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, *in*Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina. 1. ed. Quito, 2010), existe no artigo 22 uma norma, de direito material, que pressupõe não existir em nenhuma constituição do mundo: a paz como um direito e uma obrigação de cumprimento obrigatório, ou seja, todas as disposições da Constituição de 1991 daquele país devem ser lidas com o propósito claro de paz.

O magistrado também ressalta a existência na constituição do seu país a afirmação da multiculturalidade social na Colômbia, reconhecendo-se aos índios

necessidade de representação indígena direta no parlamento, no artigo 246 reconhece a jurisdição indígena, bem como reconhece, no artigo 286, territórios e municípios indígenas.

³¹Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 204) ensina que a existência de diversas ordens jurídicas num mesmo espaço, sendo uma dominante em relação as demais, que são paralelas, gera uma realidade de sistemas normativos alternativos e subversivos. Refere ainda que a alternatividade é um caso de pluralismo normativo que admite a convivência de sistemas legais distintos. À época em que escreveu a obra *Pluralismo Jurídico*, cujo última edição é de 2001, a constituição boliviana atual ainda não existia. Mas ali o autor já citava a existência desse pluralismo não oficial, referindo que situações como essa, de convivência de sistemas alternativos, já existia nas comunidades indígenas da América Latina ou em grupos de ciganos na Espanha. No referido trabalho Wolkmer também cita o conceito de Oscar Correas sobre pluralismo jurídico, qual seja: “[pluralismo jurídico é] a coexistência de dois ou mais sistemas normativos que pretendem validade no mesmo território.”

³² Mas ainda sim subordinada à Constituição, ou seja, ao Tribunal Constitucional.

³³ Para contraponto é interessante a leitura de Sebastián Edwards, *Populismo o mercado. El dilema de América Latina*, Norma, Bogotá.

direitos coletivos sobre o território, a possibilidade de administrar a justiça com base nos usos e costumes específicos, dentre outros (p. 73). Exemplo do reconhecimento constitucional do direito material de gênero na Colômbia, é a Lei de Cotas que impõe que as mulheres devem preencher o mínimo de um terço dos cargos de alta responsabilidade política.

Então, além dos direitos culturais reconhecidos àqueles que até então eram considerados “cidadãos de segunda classe”, a constituição colombiana também tratou de reconhecer direitos econômicos e sociais, estabelecendo instrumentos de aplicação dos mesmos, a fim de se evitar que permanecessem restritos ao texto. A necessidade de que tais direitos sejam efetivados concretamente também diz respeito à efetivação dos direitos de liberdade, porque a prática da liberdade pressupõe que as condições físicas e materiais da existência humana estejam presentes.

Os direitos materiais aparecem nas cartas do novo constitucionalismo americano atrelados, especialmente, às necessidades de grupos sociais específicos, compostos por indivíduos mais fracos. Trata-se de um conteúdo material que constitui “leis dos mais fracos” (FERRAJOLI, 1999, p. 37-73), sejam eles mulheres, crianças, velhos, negros, nativos).

Outro aspecto material, atrelado ao formal, é a receptividade de convênios internacionais de direitos humanos nas constituições. Por exemplo, na Constituição do Equador de 2008, prevê-se que uma vez existente um tratado internacional que incorpora direitos humanos mais avançados do que aqueles existem na constituição, o tratado passa a prevalecer sobre a constituição.

Por fim, é importante referir que as novas constituições latino americanas propõe, além do vasto catálogo de direitos substanciais e da renovação dos instrumentos de legitimidade da soberania popular, novas instituições e funções de governo e de garantia, muitas, das quais, já existiam em constituições sul-americanas anteriores e que não se enquadram no conceito do novo constitucionalismo, tal como a brasileira de 1988.

5.3.3 Funções e instituições de governo e de garantia no Novo constitucionalismo latino-americano

Em palestra realizada em novembro de 2009, no Congresso Nacional do Ministério Público, realizado na cidade de Florianópolis, Luigi Ferrajoli agrupou as novas constituições latino-americanas à brasileira de 1988, para denomina-las de constituições de terceira geração.

Os denominadores comuns dessas cartas, que conceberam a Ferrajoli enquadrá-las como partícipes de uma mesma geração, são os seguintes.

Essas constituições refletem o início de uma terceira fase do constitucionalismo, considerando a primeira a fase das constituições flexíveis (séculos XVIII e XIX) e a segunda a fase das constituições rígidas surgidas após a segunda guerra mundial. Além disso, são extensas, o que acentua a característica da rigidez.

De acordo com Sergio e Daniela Cademartori (2014), como novidade primordial, tais constituições possuem um complexo e articulado sistema de garantias e de funções e instituições de garantia, e, de acordo com o Luigi Ferrajoli (2007, p. 869), a partir delas, impõe-se uma reconsideração da esfera pública.

Essa reconsideração implica numa nova e essencial distinção entre funções e instituições de governo e funções e instituições de garantia. Cademartori ensina que essa distinção funda-se sobre a diversidade das fontes de legitimação dessas garantias e funções. As funções e instituições de governo fundam-se na representatividade política (sejam executivas ou legislativas) e na sujeição à lei. As funções e instituições de garantia fundam-se na universalidade dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

A seguir, então, arrola-se funções e instituições de garantias comuns às constituições denominadas por Ferrajoli de terceira geração, dentre as quais estão aquelas no novo constitucionalismo latino-americano.

a) Extrema rigidez.

b) Amplo catálogo de direitos.

c) Vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais. Por exemplo, nos artigos 336 e 359 da Constituição da Colômbia e artigos 85, 86 e 103 da Constituição da Venezuela.

d) Ministério Público voltado à defesa dos direitos fundamentais.

e) Defensorias públicas em posição igualitária aos Ministérios públicos, especialmente quando esses exercem o papel da acusação pública.

f) Instituições de garantia de direitos políticos. Nesse caso as constituições do novo constitucionalismo diferem-se da brasileira. Esta tem o órgão eleitoral, competente para assegurar os direitos políticos vinculado ao poder judiciário, enquanto aquelas têm órgãos autônomos e independentes.

Assim, verifica-se compatível e existente nas constituições do Novo Constitucionalismo Latino-americano, instituições de governo e de garantia, nos moldes propostos por Luigi Ferrajoli. Há plena vinculação da atividade pública à normas rígidas previstas constitucionalmente, com conteúdo suficiente para que sejam auto-aplicáveis e aplicadas como regras. Ademais, a representatividade política e a presença da Lei fundamentam as instituições, capacitando e obrigando os correlatos entes públicos a obedecerem os seus comandos, inclusive para a tomada de ações positivas, fazendo o que a norma exige para a tutela do direito invocado.

5.4 O TRATAMENTO DO DIREITO À ÁGUA NO CONSTITUCIONALISMO SUL-AMERICANO

No âmbito internacional o direito à água foi reconhecido como “direito humano” em julho de 2010, através da Assembleia Geral das Nações Unidas, na Resolução da Assembleia Geral A/RES/64/292. Nesse marco, a ONU reconhece formalmente o direito à água e ao saneamento e reconhece que a água potável, limpa e o saneamento são essenciais para a concretização de todos os direitos humanos. A Resolução solicita aos Estados e às organizações internacionais que assegurem esse direito a todos.

Em setembro de 2010, na Resolução do Conselho dos Direitos Humanos A/HRC/RES/15/9, a ONU integra os direitos à água e ao saneamento ao direito internacional e ratifica que esses direitos são vinculativos para os Estados que a compõem. Nesse desiderato apela aos Estados e às organizações internacionais que providenciem recursos para que se garanta a todos, água potável e saneamento.

Porém, no âmbito das Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), além do reconhecimento da condição de direito humano, a água é reconhecida como um direito da natureza, superando-se o engano concernente à ideia da

ilimitabilidade das fontes de água, a qual, juntamente à ignorância sobre a sua origem, à privatização dos serviços, à ineficiência na gestão, à existência de normas meramente referenciais e principiológicas, enfim, à ética antropocêntrica, estabeleceram uma crise hídrica que afeta bilhões de pessoas.

Nesse sentido, sobre essas Constituições, diz Germana de Oliveira Moraes (2013, p.133):

“evidencia-se a positivação, sob a forma de diversos princípios, nos textos normativos, da indissociável relação de interdependência e complementaridade entre os seres vivos, o que leva a qualificá-lo mais adequadamente de constitucionalismo ecocêntrico”

É sobre a cultura do Bem viver (Buen vivir ou viver bien) que se assenta o Novo Constitucionalismo da América Latina, cultura que tem na forma de viver dos povos indígenas ancestrais do continente o seu paradigma, qual seja, o “paradigma comunitário da cultura da vida para viver bem”. Esse, por sua vez, se estabelece sobre uma forma de viver que visa a uma prática constante de respeito, harmonia e equilíbrio com tudo o que existe, compreendendo-se que tudo na vista está interconectado, interdependente e interrelacionado (MAMANI, 2010).

Por consequência dessa ética ecocêntrica, a água, enquanto bem fundamental para garantia da vida, pode ser compreendida como objeto de direitos fundamentais correlatos, tal como o direito à vida, ou à saúde. Isso ocorre no Novo Constitucionalismo Latino-Americano; porém, as normas contidas nas constituições desses países vão além, atribuindo à água, enquanto parte da natureza, na forma de rios, lagos, bacias, etc, a condição de sujeito de direito.

Ainda é importante destacar que na Bolívia, em 2010, já como consequência da positivação constitucional dos direitos da natureza, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra, realizada de acordo e a partir da Conferência Mundial dos Povos sobre Mudanças Climáticas e os Direitos da Mãe Terra. De acordo com essa declaração, a natureza, o planeta Terra, ou a Pachamama, tem direitos inalienáveis e transcendentais em relação aos direitos humanos.

São arrolados na declaração direitos da natureza que são inéditos e avançados, tais como o direito à regeneração da bio-capacidade, direito a processos vitais livres das influências e transformações humanas, entre outros. Calha transcrever:

A Mãe Terra e todos os seres que a compõe possuem os seguintes direitos inerentes: Direito da Vida e a existir; Direito a ser respeitados; Direito à regeneração da sua bio-capacidade e continuação dos seu ciclos e processos vitais livre das alterações humanas; Direito a manter a sua identidade e integridade como seres diferenciados, autorregulados e inter-relacionados; Direito da água como fonte de vida; Direito ao ar limpo; Direito da saúde integral; Direito de estar livre da contaminação, poluição e resíduos tóxicos ou radioativos; Direito a não ser alterada geneticamente e modificada na sua estrutura, ameaçando assim a sua integridade ou funcionamento vital e saudável; Direito a uma plena e pronta restauração depois de violações aos direitos reconhecidos nesta Declaração e causados pelas atividades humanas; Cada ser tem o direito a um lugar e a desempenhar o seu papel na Mãe Terra para o seu funcionamento harmônico; Todos os seres possuem o direito ao bem estar e a viver livre de tortura ou trato cruel por parte dos seres humanos.³⁴

Observa-se que o direito relativo à água está inserto na declaração como “direito da água como fonte de vida”. Foi inserida, desta forma, de acordo com o Bem Viver, para a proteção da natureza como um sujeito de direito do qual dependemos para garantir o nosso próprio direito à vida e à saúde. Para o Direito há um deslocamento do homem do centro, substituído pela natureza.

Portanto, a água, em especial é considerada fonte de vida. Vê-se, claramente, a vinculação da água ao direito à vida. Para além da consideração da filosofia do Bem Viver, que atribuiu à natureza, portanto, à água estatuto de sujeito de direito, o fato é que a água potável transforma-se em bem, quando passa pelos processos necessários para o seu consumo.

Todas as considerações do Bem Viver são fundamentais para que a natureza, fonte da vida, seja preservada. Então, nesse âmbito, novos direitos são criados:

[...] o surgimento e a existência dos 'novos' direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante de novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente. Ainda que o chamamos de 'novos' direitos nem sempre sejam inteiramente 'novos', na verdade, por vezes, o 'novo' é o modo de obter direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial –, mas provém de um processo de lutas específicas e conquista das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída. Assim, a conceituação de 'novos' direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social,

³⁴ Trata-se da redação do artigo 2.1.º da Conferência mundial dos povos sobre mudanças climáticas e os direito da Mãe Terra de 2010;

advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente.

Nesse sentido, emerge uma nova visão, um novo direito à água pelo constitucionalismo biocêntrico:

[...] eleva-se o direito à água a um patamar de direito humano, indissociável do direito à vida e dos demais direitos humanos; emancipa-o da concepção econômica da água como recurso ou bem de capital necessário à produção e refém da lógica do mercado, considerando-a patrimônio comum da sociedade; proíbe-se, em consequência, a mercantilização e a privatização dos serviços relativos às águas, e, num passo mais ousado, no Direito Constitucional do Equador, muda-se o tratamento jurídico da água, que de objeto passa a ser sujeito, a partir da compreensão de que a água, como os demais seres vivos, seja componente da natura (Pachamama) e fonte de vida (OLIVEIRA, 2013, p. 123)

Portanto, no novo constitucionalismo latino-americano são direitos humanos "[...] os bens imprescindíveis à manutenção da vida" e esses são, nesse prisma, considerados "patrimônios comuns" (WOLKMER, AUGUSTIN, 2012, p. 51).

Esse reposicionamento dos patrimônios comuns pode ser observado, de igual forma, na teoria de bens fundamentais de Luigi Ferrajoli. Segundo o mestre italiano, são bens fundamentais aqueles objetos de direitos fundamentais, que são essenciais para a vida.

Nesse novel constitucionalismo da América Latina a percepção econômica dos bens da natureza é substituída pela ideia de que eles passam ser considerados bens comuns, e, mais do que isso, de gestão da comunidade, de forma democrática e nas bases de participação política das novas constituições. Enfraquece-se "[...] o gerenciamento ambiental tecnocrático (via estatismo ou ordem privada)" e o direito humano à água passa a abranger "[...] todos os seres vivos bem como as gerações futuras" (WOLKMER, AUGUSTIN, 2012, p. 51).

Daí, observa-se que no âmbito das normas constitucionais referidas, a água é abordada em três dimensões: enquanto direito, enquanto bem de direito (objeto do direito a ser contemplado, sem o qual o direito não se realiza) e como sujeito de direito, na medida em que é parte essencial da natureza.

5.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO DIREITO À ÁGUA NOS TRIBUNAIS DA AMÉRICA LATINA

A jurisprudência dos países latino-americanos tem produzido decisões importantes a respeito do direito à água potável.

Na esfera da Bolívia e do Equador, a tarefa do juiz constitucional não exige a tarefa da interpretação do direito, pois as normas relativas à água (como direito, como objeto de direito e como sujeito de direito) contemplam expressamente a tutela a ser prestada.

No caso da Colômbia e da Argentina, o julgador constitucional vale-se da interpretação do arcabouço normativo, inclusive invocando a observância de direito internacional, para a declaração da água enquanto um direito humano, porquanto as constituições desses países não são taxativos a esse respeito.

5.5.1 Jurisprudência na Bolívia

Na Constituição da Bolívia o direito à água é considerado, indistintamente, um direito fundamental e um direito humano (MOSTAJO, 2013). No âmbito do Tribunal Constitucional, analisando-se a sentença número 0156/2010-R, verifica-se nessa decisão a definição do conteúdo mínimo do direito à água potável, estabelecido de acordo com a Observação geral n. 15 de 2002, do Comitê de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais.

Ademais, o Tribunal boliviano também diferenciou a dupla função que tem o direito à água potável – individual e coletivo. Nesse sentido³⁵:

“[...] el derecho de agua es un derecho individual como comunitario colectivo, por lo tanto nos es admisible la prevalencia del ejercicio de este derecho de un grupo colectivo por sobre el interés particular y tampoco puede darse lo contrario; es decir, el favoritismo del interés particular sobre el comunitario, por ello, el derecho fundamental al agua se encuentra consagrado tanto dentro del catalogo de derechos fundamentales de las personas, como también de cierto modo, en los derechos de las naciones y pueblos indígena, originario campesinos, lo cual em la práctica no es una contradicción, ya que por una parte surge la justicia em igualdad de condiciones com respecto a la

³⁵ Trecho da sentença constitucional número 0156/2010-R, do Tribunal Constitucional da Bolívia, de 17 de maio. Obtida do *Revista Boliviana de Derecho Nacional e Internacional* em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26970.pdf>. Acesso em 20/11/2015.

distribución de agua y de otros beneficios entre los distintos grupos y sectores de la sociedad, y por otra, la distribución se basará em decisiones autónomas conforme los derechos indígena originário campesinos según las formas organizativas propias y las concepciones particulares em cada cultura.

É importante ressaltar o protagonismo da Bolívia, quiçá o detentor da constituição mais representativa do novo constitucionalismo latino-americano, no exercício de uma liderança a respeito do tema, que Pedro Arrojo, destaca como notável.³⁶ A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a proposta do governo do Estado Plurinacional da Bolívia, declarando o direito à água e ao saneamento como um direito humano, na Resolução 64/292 de 28 de julho de 2010, acima referida.

Nesse sentido, é clara uma tendência mundial de reconhecimento constitucional do direito à água, a partir da aprovação da Observação Geral n. 15 de 2002, do Comitê de Direitos Economicos, Sociais e Culturais, o qual interpreta os artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais, ao estabelecer que a água é uma garantia indispensável para assegurar um nível de vida adequado e que não pode ser desassociado do mais alto nível possível de saúde.

5.5.2 Jurisprudência na Colômbia

Diferentemente do que ocorre nos casos da Bolívia e do Equador, cujas constituições expressam em mais de um artigo o direito à água, a Constituição da Colômbia não reconhece, expressamente, o direito à água como um direito fundamental.

Entretanto, a normatividade colombiana permite que sua exigibilidade direta, através de ações constitucionais, seja postulada em conexão com outros direitos fundamentais, ou através da aplicação do conceito de bloco de constitucionalidade, segundo o qual deveres e direitos constitucionais devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia.

³⁶ Entrevista para o jornal La Razón, de La Paz. Acesso em 22/11/2015. 'Bolívia es líder mundial en derecho al agua'. En: La Razón. La Paz. 16 de junio de 2013. http://www.la-razon.com/sociedad/Bolivia-lider-mundial-derecho-agua_0_1852014867.html

Considerando a ratificação da Colômbia da Observação n. 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, sobre o direito humano à água, tem-se o primeiro critério de interpretação do direito à água enquanto norma constitucional verificado na jurisprudência analisada.

O segundo advém da sentença da Corte Constitucional C-150/2003, que estabelece um “marco de exceção para a suspensão dos serviços públicos domiciliares, definindo que estes não podem ser suspensos quando afetarem direitos constitucionais de populações em estado de debilidade manifesta em decorrência da sua condição econômica, física ou mental (GUTIERREZ, 2014, p. 27-28).

Assim, a sentença da Corte Constitucional da Colômbia T-158/1992 é o marco paradigmático que norteia a direção da jurisprudência colombiana e que acolheu os dois critérios acima referidos. Esta determinou que:

En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela.

Na sentença T-143, também do tribunal constitucional da Colômbia, verifica-se a presença da noção de mínimo vital, a qual é frequentemente aplicada nas decisões daquele tribunal. Ademais, essa decisão também é considerada um marco porque nela se resolve a ação de tutela de uma comunidade indígena, que por causas naturais perdeu parte do seu sistema de aquedutos e assim requerem o cumprimento de acordos que mantém com a prefeitura, para que essa garanta o serviço de aquedutos, que levam água à comunidade. A decisão tutela o direito fundamental ao consumo de água potável e ordena que a prefeitura de Puerto López e o governo de Meta ofertem as quantidades de água necessárias e, em integração e consenso com as comunidades indígenas elabore-se uma política pública de fornecimento.

Recorta-se trecho da decisão:

Por lo mismo, si se admite que el derecho al consumo de cantidades mínimas de agua potable está sujeto a la regulación que haga de él el complejo institucional que conforma en definitiva el Estado de la democracia normal, se está poniendo en riesgo —en realidad— el sustento material que le otorga valor al sistema de gobierno popular, representado por la democracia

constitucional. El respeto y la protección del derecho a consumir cantidades mínimas, indispensables para vivir dignamente, de agua potable es, entonces, una forma de garantizar la democracia constitucional y de evitar que se destruyan sus fundamentos. Por esa razón, las instituciones estatales deben procurarles a los habitantes del territorio nacional una forma de acceder a cantidades básicas del precioso líquido.

Nesse mesmo sentido, reconhecendo o direito fundamental à água, são as sentenças da Corte Constitucional da Colômbia, T-740/11, T-790/14.

5.5.3 Jurisprudência no Equador

No Equador, a Corte Constitucional julgou (expediente n. 0063-14-JP) uma Ação de Proteção, declarando que a seguinte decisão, prolatada pelo Terceiro tribunal de Garantias Penais de Azuay, estava correta e deveria ser mantida:

El Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay resolvió declarar con lugar la acción de protección presentada por Jorge Enrique Quille Serrano y declaró vulnerado el derecho al agua y a un ambiente sano incluido dentro del *sumak kawsay*, argumentando que: a) Al momento de vender un inmueble se lo hace con los servicios de agua y luz, sin que se exija cesión de derechos alguna, al respecto el inciso primero del artículo 5 de la Ley de Aguas con absoluta claridad previene: “Por derecho de aprovechamiento se entenderá la autorización administrativa, intransferible, para el uso de las aguas con los requisitos prescritos en esta Ley; salvo el caso de transferencia de dominio, con la sola presentación del título de propiedad del predio por parte de su adquirente, el CNRH traspasará automáticamente la concesión del derecho de uso del agua en forma total o proporcional a la superficie vendida al nuevo titular”. b) La decisión del Proyecto Nero, violenta el derecho constitucional del agua, consagrado en la Constitución en los artículos 12 y 318 dentro del marco de los derechos humanos y el creciente reconocimiento de los Estados en sus constituciones, ya que el acceso al agua es uno de los objetivos de desarrollo del milenio de acuerdo al Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU. c) Respecto a la alegación de la defensa, que en el Reglamento y el Estatuto del Proyecto Nero, exige que para la transferencia del derecho de agua, debe constar en la escritura de compra venta del inmueble o caso contrario existir una cesión de derechos, representa en esencia la tradición y el abuso del *ius positivismo*. d) El agua es la esencia de la vida, el agua potable y el saneamiento son indispensables para la vida y la salud, y fundamentales para la dignidad de toda persona. A nivel mundial existe una marcada preocupación porque millones de personas carecen de acceso a fuentes de agua potable, siendo las causas básicas de la actual crisis del agua las desigualdades y la disparidad en las relaciones de poder de quienes manejan el suministro del agua, agravados por la disminución de los recursos hídricos por los cambios climáticos, el mal uso y despilfarro de los servicios de agua y la contaminación ambiental. e) Esta violación del derecho fundamental del agua, resulta de las actuaciones del Directorio de Aguas del Proyecto Nero y la resolución del Presidente-Administrador del Proyecto Nero contenida en el oficio N° 0498-DPAPN-2013, de fecha 27 de agosto de 2013, decisión que de conformidad con el numeral 3 del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional, proviene de un prestador de servicio público que violó los derechos humanos y garantías constitucionales.

A decisão é exemplar quanto à aplicação dos preceitos constitucionais oriundos do Bem Viver e do reconhecimento da fundamentalidade do direito à água enquanto bem essencial para a vida.

Logo na introdução o julgador declara que a questão está posta dentro do *sumak kawsay* (a filosofia do Bem Viver), demonstrando claramente a aplicação efetiva da ordem constitucional renovada diante do paradigma indígena, ou seja, conforme a legitimidade popular conferida à Constituição.

No item “a”, o juiz aborda uma lei ordinária, de cunho administrativo, que regula a matéria. No item “b”, a decisão deixa clara a abordagem e aplicação da norma constitucional regente, que nos artigos 12 e 318 consagra o direito à água. O artigo 12³⁷ está incluído e é o primeiro arrolado no Capítulo segundo da Constituição do Equador, que trata dos Direitos do bem viver. Dispõe que o direito humano à água é fundamental e irrenunciável e que a água constitui patrimônio nacional estratégico de uso público e essencial para a vida.

Quanto ao artigo 12 referido na sentença, Acosta (2010, p. 20) refere que a sua transcendência é múltipla. O reconhecimento dos direitos à água enquanto direito humano superou a visão mercantil da água e recuperou a posição do usuário, ou seja, ele passa a ser considerado cidadão, ao invés de consumidor, ou de cliente, que é aquele que pode pagar. Enquanto bem nacional estratégico, recuperou-se a função do Estado na disposição dos serviços de água; função, segundo Acosta, que pode ser exercida pelo Estado com eficiência. Como patrimônio, o constituinte pensou na água com vistas ao futuro, liberando-a das pressões de curto prazo definidas pelo mercado e pela especulação financeira. E, finalmente, como componente da natureza, sujeita de direitos, se reconheceu a importância da água como elemento essencial para a vida de todas as espécies, tal como apontam os direitos da natureza.

Observa-se uma aproximação bastante nítida desses conceitos de água com a teoria dos bens fundamentais de Luigi Ferrajoli, na medida em que a norma trata da água também como patrimônio, ou seja, como um objeto do direito humano à vida,

³⁷ Art. 12.- El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

ou seja, alinha-se ao conceito de bem fundamental de Ferrajoli, contraposto ao de bem patrimonial. Segundo o jus-filósofo italiano os bens fundamentais são:

bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade e ainda, os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados essenciais ou salva-vidas e similares.

Com efeito, ainda que o artigo 12 também se refira à água como um “patrimônio”, os demais conceitos referentes a direito humano contidos na norma tornam nítido que o conceito atribuído ao direito à água não condiz rigorosamente com o substantivo “patrimônio” aplicado no texto, eis que é considerada como direito humano fundamental e irrenunciável, bem como, quando se refere a patrimônio, trata-o como inalienável, imprescritível, não embargável e essencial à vida. Quando Ferrajoli, por sua vez, diz que a água é um bem fundamental, objeto de tantos outros direitos fundamentais, e que deve estar excluído da lógica do mercado, alinha-se ao conceito de água do artigo 12 da Constituição Equatoriana, havendo clara pertinência conceitual e temática.

Ainda quanto aos preceitos da letra “b” da decisão, há expressa menção ao marco dos direitos humanos que reconhece o direito à água como tal e ainda sobre o sistema da ONU de proteção dos direitos humanos.

Na letra “c”, a sentença faz menção ao “abuso do jus-positivismo” e da “tradição”. Essa referência parece advir da oposição da ideia de direito formal com a noção de direito material, ou seja, a crítica ao jus-positivismo parte do pressuposto de que as duas normas afastadas (o “regulamento” e o “Estatuto do projeto Nero”) estabelecem rigorismo formal que viola o direito material condizente à água, enquanto direito humano fundamental. Os regulamentos infraconstitucionais exigiriam para que o direito à água fosse respeitado, mediante a manutenção dos serviços, além da prova da transferência da propriedade, que o serviço de água também estivesse inscrito na escritura de transferência do domínio do imóvel.

A letra “d” da sentença retoma o paradigma do bem viver e todos os valores que o informam, na medida em que centraliza a água enquanto direito essencial à vida, declarando a água potável e o saneamento como indispensáveis à vida e à saúde e fundamentais para a realização da dignidade.

Ao fim, declara inconstitucional a atuação do órgão administrativo e a resolução do presidente do órgão administrativo.

A decisão é exemplar para os fins do presente trabalho, na medida em que é atravessada pela normatividade no novo constitucionalismo latino-americano em diversos aspectos (respeito à natureza, garantia dos direitos humanos fundamentais, respeito à normatividade internacional, efetividade dos direitos constitucionais) assim como demonstra a prática e o funcionamento das instituições de garantia postas na Constituição do Equador de 2008.

Outra decisão prolatada pela Corte Constitucional do Equador, que é qualitativamente destacável, dentre as dezenas encontradas com o reconhecimento da água enquanto direito humano e, via de consequência, obrigando ao ente responsável para seu fornecimento, é a sentença n. 002-15-DEE-CC, caso n. 0004-12-EE, de 29 de abril de 2015. Nela a Corte Constitucional analisa a constitucionalidade do decreto presidencial n. 1090 que declarou estado de exceção no âmbito dos serviços públicos de água potável na província de El Oro, no Equador.

O decreto impugnado, fundamentado no artigo 12 da Constituição³⁸, determinou intervenção do Ministério de Desenvolvimento Urbano e de Moradia sobre as competências municipais, a fim de que os serviços de fornecimento de água aos habitantes da localidade fossem prestados com qualidade e eficiência, eis que a empresa de economia mista Triple Oro, prestava o serviço com graves deficiência, comprometendo seriamente a saúde da população.

O tribunal constitucional, após analisar a admissibilidade do recurso, de definir o conceito de estado de exceção de acordo com o artigo 27 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, de delimitar a matéria em discussão, declarou constitucional o decreto declaratório de estado de exceção, para que fosse cumprido o dever do estado de garantir aos habitantes os direitos à água, a saúde, a um meio ambiente sadio e, de modo geral, a uma vida digna.

Também é exemplo no âmbito equatoriano a decisão proferida no expediente n. 0099-13-JP da Corte Constitucional, que declarou inconstitucional o corte de fornecimento de água praticado pela Junta de Água Potável Regional de Mesaloma, por considera-la sem fundamento e sem motivação suficiente para praticá-lo.

³⁸ Artigo 12 da Constituição do Equador de 2008, que afirma que o direito de acesso à água é fundamental e irrenunciável.

5.5.4 Jurisprudência na Argentina e na África do Sul

Na dissertação de mestrado de Elizabeth Restrepo Gutiérrez³⁹, faz-se uma análise da jurisprudência da Colômbia a respeito do acesso à água potável para o consumo humano. Nele a autora refere-se ao direito comparado trazendo à baila jurisprudência de dois países que, se por motivos diversos não são ou não podem ser considerados dignos representantes do novo constitucionalismo latino-americano, também demonstram avanços dignos de nota e que pela pertinência temática calham no presente trabalho. Por isso, mas por também representarem posições de vanguarda e alinhados ao reconhecimento do direito humano à água, merecem o devido destaque.

A título comparativo, a África do Sul, também dotada de uma recente Constituição, de 1996, prolatou através do seu Tribunal Supremo uma decisão reconhecida pela ONU, no caso Mazibuko contra a cidade de Johannesburg. Na decisão, inicialmente, foi vedada a prática municipal que instalava medidores de água que limitavam o consumo diário, por pessoa, a 25 litros, ou 6.000 litros por mês. O Tribunal decidiu que esse procedimento era inconstitucional, porquanto poderia violar o direito à água da pessoa, tendo em conta que não podia verificar a capacidade de pagamento. Nessa mesma decisão, o tribunal ordenou que o município de Phiri fornecesse, gratuitamente, 50 litros de água por pessoa ao dia. A decisão, então, foi recorrida e a Corte Suprema de Apelações definiu que 42 litros diários de água por pessoa seriam suficientes. Todavia, o Tribunal Constitucional, ao dar a última palavra, reformou a decisão que proibia o uso de medidores para água paga antecipadamente e manteve a obrigação de fornecimento gratuito de 25 litros de água diariamente. (GUTIERREZ, 2014, p. 20).

Na Argentina, no caso “Menores Comunidad Paynemil”, em cuja ação de amparo se buscava garantir o direito à saúde de crianças de comunidades aborígenes, ameaçada por um acidente de contaminação hídrica por mercúrio e chumbo, se ordenou a provisão de 250 litros de água potável diariamente por habitante da comunidade. O caso, levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos devido ao descumprimento dessa sentença que ordenava a distribuição de água, resultou em um acordo que obrigou a empresa condenada a construir uma

³⁹ GUTIERREZ, Elizabeth Restrepo. Analisis jurisprudencial del acceso al agua potable para el consumo humano. Universidad Nacional de Colombia. Medellín, 2014.

estação de tratamento de água potável na localidade. Já na sentença de 6 de maio de 2009, do precedente “Vallejos Ripoll, Carlos M. v. Aguas Corrientes S.A”, o tribunal argentino (Câmara de Apelações no Civil e Comercial de Corrientes, Sala IV) julgou procedente a ação de amparo para ordenar que a empresa concessionária do serviços de água cessasse os cortes no fornecimento e reabilitasse imediatamente o serviço, pois, o Estado, através do Poder Judiciário, tem a obrigação de assegurar o acesso das pessoas à água potável, porque se trata de um direito humano fundamental que nasce na Constituição Nacional. (GUTIERREZ, 2014, p. 17).

Diante da análise dessas decisões e de outras tantas obtidas nos sites dos tribunais da Colômbia, do Equador, da Bolívia, bem como da dissertação apresentada por Elizabeth Restrepo Gutiérrez, que fez uma análise empírica da jurisprudência colombiana a respeito do acesso à água potável para o consumo humano, é verificável que os tribunais constitucionais desses países, bem como alguns tribunais regionais, tal como ocorre na Argentina, têm aplicado as regras constitucionais referentes aos direito sobre água de forma direta, valendo-se, inclusive das regras constitucionais qe vinculam o julgador a observá-las.

No que tange à amostragem obtida através do trabalho de Gutiérrez, observa-se que no caso colombiano a corte constitucional construiu uma sólida linha jurisprudencial que define o acesso à água potável e ao saneamento como um direito fundamental. Todavia, problemas no cumprimento das decisões e na reincidência do corte de fornecimento nos casos de faltas de pagamento tem mitigado a efetividade das normas. O quadro, entretanto, é positivo.

No âmbito do Equador e da Bolívia, a amostragem é reduzida. Porém, como se observou alhures, a vinculação do julgador à norma constitucional que tem conteúdo subsumível ao caso concreto, tem vinculado as decisões ao reconhecimento do direito.

6 CONCLUSÃO

A Assembleia Geral da ONU reconheceu, em meados de 2010, os direitos à água potável e saneamento básico como direitos humanos, com força normativa no âmbito internacional (ONU, 2010).

Além disso, a Resolução 64/292 também convocou todas as nações e organizações internacionais a disporem recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologias, através da assistência internacional e cooperação, destinando-os, especialmente, a países em desenvolvimento, para garantir a universalidade do acesso a toda a população (ONU, 2010).

Mesmo diante do reconhecimento do sistema internacional de direitos humanos como um direito humano, a água, especialmente o acesso a ela, permanece no âmbito internacional desprovida de garantias e, se a consagração legal dos direitos humanos à água é relativamente fácil, a etapa seguinte, de concretização em nível mundial desses direitos é muito mais complexa.

Na América Latina, os progressos foram significativos nas últimas décadas. Apesar de que ainda hoje cerca de 40 milhões de pessoas não têm acesso à água segura para consumo e de que 117 milhões de pessoas não têm instalações sanitárias adequadas (OPAS, 2011, p. 10-11), a meta dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), de redução de 50% do número de pessoas sem acesso à água melhorada já foi alcançada. Porém, os ODMs não abrangem toda a problemática do acesso à água, crucial para vida e dignidade das pessoas, pois não considera a qualidade dos serviços, suas acessibilidade financeira e até mesmo a distância que deve ser corrida por uma pessoa para acessar à fonte de água (IPEA, p. 12, 2015).

A estes problemas a normatividade internacional não alcança, pois lhe falta a regulamentação necessária que só os espaços políticos regionais podem cumprir e até mesmo oferecer.

Ademais, essa ausência de normatividade forte, de instituições de governo e de garantias no âmbito internacional, viabiliza que retrocessos possam ser instaurados, tal como se verificou no Fórum Mundial da Água realizado em Marselha, na França, em 2012, mediante a assinatura de documentos que tendem a viabilizar a mercantilização, inclusive nos mercados financeiros, da água.

Por outro lado, verifica-se mediante uma testagem realizada pelo referencial teórico do garantismo, que no Novo Constitucionalismo Latino-Americano, através do resgate das culturas autóctones, ocorre um fenômeno de reposicionamento democrático da sociedade, na medida em que a soberania popular levou para o âmbito das constituições políticas dos países a concretização expressa de direitos sociais e da natureza até então sonogados, tanto na esfera das legislações, quanto na prática dos governos.

Do ponto de vista juspositivista as Constituições do Equador e da Bolívia arrolam expressamente, como direitos irrenunciáveis e inalienáveis dos cidadãos, o acesso à água potável, bem como a proteção da água enquanto natureza (sujeito) e direito humano. Também aproximam a normatividade constitucional da resposta axiológica de Luigi Ferrajoli, na medida em que asseguram a dignidade da pessoa, a igualdade e a paz, todos valores ético-políticos oriundos da cultura do Bem Viver. Teoricamente, no Constitucionalismo Latino-americano, todos os direitos constitucionalizados são fundamentais, e assim devem ser observados.

Quanto à eventual incompatibilidade entre direitos fundamentais e relativismo cultural, a própria elaboração, validade e vigência das constituições do Equador e da Bolívia que refundam o Estado no marco do plurinacionalismo são uma resposta que afasta a alegação. Veja-se que ao submeter os tribunais ao controle de constitucionalidade, que está vinculado a um constitucionalismo rígido, cuja carta arrola um número elevado de direitos individuais e sociais – todos os que estão consagrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos – o novel paradigma afasta a colisão dessas ideais.

Ademais, conforme afirma Ferrajoli, os direitos são fundamentais quando se identificam com as “leis dos mais fracos” opostas diante da lei do mais forte, quer dizer, diante da lei do estado de natureza, ou da ausência de direitos. Portanto, para que os mais fracos sejam tutelados perante às leis dos mais fortes (política, física, social e economicamente), é necessário transformar suas liberdades e a sua sobrevivência em direitos indisponíveis à aquisição ou garantidos contra a violação por privados e pelo Estado, estabelecendo tais liberdades e necessidades de sobrevivência como direitos fundamentais, de forma rígida e universal (FERRAJOLI, 2001, p. 362). É exatamente isso o que fazem as constituições em referência, que se dirigem, especialmente, à proteção dos povos – maiorias inclusive – que historicamente foram discriminados e tratados com discriminação e subjugação.

Nesse diapasão, a água, enquanto elemento essencial à vida, e delineada como um desses direitos indisponíveis e que devem ser garantidos aos cidadãos. Identifica-se, nesse sentido, que o constitucionalismo em estudo é farto ao relatar todos os direitos à água e da água, porque além de trata-la como um bem objeto de direito (um bem fundamental, portanto), considera-a sujeito de direitos oponíveis a outrem.

A verificação empírica do funcionamento desse sistema de garantias no âmbito dos tribunais constitucionais, que por sua natureza julgam o cumprimento das políticas de Estado, foi satisfatória. Ainda que a amostragem dos dados analisados seja relativamente pequena frente ao tamanho do problema – 117 milhões de latino-americanos não tem acesso à água potável ou ao saneamento básico – considerando-se que as constituições e os tribunais constitucionais do Equador e da Bolívia são muito novos (2009 e 2008, respectivamente), o resultado qualitativo demonstra que o direito humano à água potável é vinculado e concretizados nas decisões reclamadas pelos cidadãos.

Por fim, para encontrar uma nova solução para os seus profundos problemas de desigualdade social e econômica, de desvinculação da vida humana da vida da natureza, que nos aliena de nós mesmos, as culturas nativas da América da Latina lograram êxito em consolidar suas culturas ao lado das heranças culturais ocidentais. A observação do sistema constitucional da América Latina – reformulado a partir do Sumak Kawsay – através da teoria garantista e dos bens fundamentais de Luigi Ferrajoli, é exemplar e ratifica a solução da cosmovisão da Pachamama.

Essa mesma cosmovisão do Bem Viver, integradora do homem à natureza, demonstra que a solução de um mundo melhor, pacífico e feliz, ao contrário do que fizeram os europeus quando chegaram à América, suprimindo através da força e da violência as epistemologias nativas, não se dará através da negação de todas as conquistas sociais europeias, especialmente aquelas provenientes das modernas democracias garantidoras da esfera do indecidível, onde justamente se encontram os Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **El agua, un derecho humano fundamental**. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comp.). *Agua: Un derecho humano fundamental*. Quito: Abya-yala, 2010. p. 07-46.

AMARILES. David Restrepo. **Entre originalidade institucional y recepción filosófica: Apuntes críticos sobre el nuevo modelo constitucional latino americano**. In Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo Y Desarrollo. Vol. 4. No. 7. Enero-Junio, 2009.

ARROJO, Pedro. **El reto ético de la nueva cultura del agua**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2006.

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL. **Ley marco de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien**. 2012. Disponível em: <<http://comunicacion.presidencia.gob.bo/docprensa/pdf/20121015-11-53-28.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL. **Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolívia**. 2009. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, Nova Edição. 7ª reimpressão.

_____. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma Abordagem Garantista**. 2.^a ed. atualizada e ampliada. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

_____, S. U. ; CADEMARTORI, D. **El Agua como un derecho fundamental y el derecho al agua potable como un derecho humano fundamental: una propuesta teórica de políticas públicas**. *Juridicas*, v. 11, p. 117-137, 2015.

_____, S. U. ; CADEMARTORI, D. **Da tradição ocidental de constitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: análise das garantias constitucionais**. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)* (Cessou em 2007. Cont. ISSN 2175-0491 *Novos Estudos Jurídicos (Online)*), v. 19, p. 42-64, 2014.

CADEMARTORI, Sérgio Uquhart de. A água como bem fundamental social dentro do modelo de decrescimento. **Revista internacional de direito ambiental**. Imprensa: Caxias do Sul, RS, Plenum, 2012. Referência: v. 2, n. 5, p. 289–300, maio/ago., 2013. Disponível em <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2013;1000982092>. Acesso em 15/08/2014

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Edições Almedina, 7.^a edição (2.^a reimpressão), 2006.

CARBONELL, Miguel. Org. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 4.^a ed., 2009.

COMANDUCCI, Pietro. **Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un analisis Metateórico**. In CARBONELL, org. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 4.^a ed., 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética, direito, moral e religião no mundo moderno. 2.^a ed. rev. São Paulo: Companhia das letras, 2008.

_____. A afirmação história dos direitos humanos. 7.^a edição. 3.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

Constitución de la República del Ecuador. Disponível no site: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_d_e_bolsillo.pdf. Acesso em: 17 out. 2015.

Constitucion de la Republica Bolivariana de Venezuela Disponível no site: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf. Acesso em: 17 out. 2015.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 02 mai. 2014.

Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1.ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

DALLA CORTE, Thaís. **A (re)definição do direito à água no século xxi: perspectiva sob os enfoques da justiça e da governança ambiental**. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/133225>. Acesso em 10 nov. 2015.

DALMAU, Rubén Martínez. **Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia**. In La Tendencia: Revista de análises político. ILDIS-FES, p. 37-41. Quito, 2009.

_____ ; PASTOR, RV. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal**. RM - Revista general de derecho público comparado, 2011.

DECISÃO T – 740/11 – R DA COLÔMBIA. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-740-11.htm> Acesso em 08/11/2015

FERRAJOLI, Luigi. **La ley del más débil**. Tradución de P. A. Ibáñez e A. Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2.^a ed. rev. e ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Principia Iuris**. Roma-bari: Laterza, 2007.

_____. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. **Derecho y razón**, 9.^a ed. Madrid, Trotta, 2009.

_____. **Por uma carta dos bens fundamentais**. Tradução de CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio. Sequência, n. 60, p. 29-73, jul. 2010, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

_____. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Edição digital. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade; Alexandre Morais da Rosa; Alfredo Copetti Neto; Carlos Luiz Strapazzon; João Maurício Adeodato; Rafael Tomaz de Oliveira; Sérgio Cademartori; orgs. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana**. In: Congresso Nacional do Ministério Público. Florianópolis, Palestra, 26 de novembro de 2009. Disponível em http://www.fmp.com.br/anexos_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc. Acesso em 05 dez. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4.^a edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes**. CEPAL. Séries Políticas Sociales N. 153. Publicação das Nações Unidas. Santiago, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6.^a edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GUTIÉRREZ, Elizabeth Restrepo. **Análisis jurisprudencial del acceso al agua potable para el consume humano**. Monografia apresentada pela autora como requisito parcial para obtenção de título de mestre em meio ambiente e desenvolvimento na Universidade Nacional da Colômbia. Medellín, 2014. Disponível em <http://www.bdigital.unal.edu.co/47232/1/43841255.2015.pdf>. Acesso em 10 jul. 2015.

HART. Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the Separation of Law and Morals. Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 593-629. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1338225>. Acesso em 15 fev. 2014.

IPEA. **O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica** / editores: José Esteban Castro, Léo Heller, Maria da Piedade Morais. – Brasília : Ipea, 2015.

MAMANI, Fernando Huanacuni. **Buen Vivir/Vivir Bien: filosofias, políticas, estratégias y experiencias regionales andinas**. Lima: CAOI, 2010.

MAMANI, Fernando Huanacuni. **El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008**. Alter Justitia, n. 1, 2008.

MORAES, Germana de Oliveira. **O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas**. In: Revista da faculdade de direito, Fortaleza, v. 34, n. 1, jan.jun./2013. p.123-155.

MOSTAJO, Jorge. **El derecho humano al agua: su reconocimiento y contenido**. En: Revista Boliviana de Derecho Nacional e Internacional. Acesso em 10 nov. 2015. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26970.pdf>.

Novo Código Civil e Comercial da Argentina de 2015. <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>. Acesso em 28 out. 2015.

ONU. **O Direito Humano à Água e ao Saneamento. Marcos**. Disponível em http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf. Acesso em 14 out. 2015.

ONU. **The human right to water and sanitation. Resolution A/RES/64/292**. New York: UN, 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/Lu2wyD>>. Acesso em 14 out. 2015.

OPS – ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. **Agua y saneamiento: evidencias para políticas públicas con enfoque en derechos humanos y resultados en salud pública**. Washington: OPS, 2011.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **Consideraciones sobre la estructura y la garantía de los derechos sociales.** In *Constitucionalismo em debate: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori*, vol. II. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Francisco Carlos Duarte, organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil.** 2.^a ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de Maria Cristina De Cicco.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo. Orgs. **Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Direitos humanos e globalização.** Disponível em <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/DireitosHumanos2003-2004>. 2. ed. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010. Acesso em 09 set. 2014.

_____. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações.** Tradução Ivone Fernandes Morcillo Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

SANCHÍS, Luis Prieto. **FERRAJOLI Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA. ENSAYO DE INTERPRETACIÓN DE ALGUNAS DIVERGENCIAS.** DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011

_____. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN JUDICIAL. AFDUAM 5, 2001, pp. 201-228.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **Retos de una nueva institucionalidad estatal.** In *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, org. Ramiro Ávila Santamaria. 1.^a edição. Série Justicia Y Derechos Humanos, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza, **Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Contexto Internacional. Vol. 23, n. 1, jan. jun/2001, pp. 7-34.

_____; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul: Introdução.** In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul.* São Paulo: Cortez, 2010. p. 15-27.

_____. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur.** Lima: RELAJU, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11.^a edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Editorial, terceira reimpressão, 2001.

STRECK, Lênio Luiz / MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 7.^a edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

UNESCO. **Resolução 64/692 da Assembleia Geral das Nações Unidas**. Disponível em: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SC/images/WWDR2015ExecutiveSummary_POR_web.pdf. Acesso em 20/04/2015.

VICIANO PASTOR, R; MARTÍNEZ DALMAU, R. Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICION, 2010

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Pensar. Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza: v.16, n. 02, jul/dez. 2011.

_____, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

_____, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; Wolkmer, Maria de Fátima. **O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina**. Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis, Florianópolis, vol. 09, n. 01, p. 51-69, jan./jun. 2012. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2012v9n1p51/22506>. Acesso em 12/01/2015.

WOLKMER, Maria de Fátima; MELO, Milena Petters. Orgs. **Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões Multidisciplinares**. Disponível em https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/CRISE_AMBIENTAL_EDUCS_E_BOOK.pdf. Acesso em 25 ago. 2015. Caxias do Sul, RS: Educus, 2012.

ZAFFARONI, E. R., **La Pachamama y el Humano**. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo y Ed. Colihue, 2012.

ANEXO A – DECISÃO EXP. 0063-14-JP DO EQUADOR



SALA DE SELECCIÓN
Ficha de Relevancia Constitucional

DATOS GENERALES				
No. de Expediente Corte Constitucional	0063-14-JP			
Juzgado de Procedencia	TERCER TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY			
Tipo de Acción	JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN			

PRONUNCIAMIENTO				
	Nro. de Expediente	Dependencia	Acepta	Rechaza
Juez 1er Nivel	01903-2013-0223	TRIBUNAL TERCERO DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY	X	
Juez Apelación				

PARÁMETROS SENTENCIA					
Accionante:	Presunto Afectado:	Accionado:	Decisión:	Vulneración de Derecho Alegada:	Derecho Vulnerado:
Natural / Individual / Masculino		Jurídica / Público	Acepta	Derecho al Agua	Ambiente Sano Derecho al Agua

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL
I. HECHOS RELEVANTES
<p>El señor Jorge Enrique Quille Serrano presentó acción de protección en contra de la actuación del Directorio de Aguas del Proyecto Nero, por considerar que la misma vulnera su derecho constitucional al agua. De la sentencia analizada se pueden señalar los siguientes acontecimientos: a) El accionante manifestó, que el 9 de noviembre de 2012 compró al señor Félix Aurelio Morocho Chica, un terreno con todos los derechos y anexos ubicado en el sector de Rumiloma de la parroquia Turi, lugar donde el Proyecto Nero suministra el agua potable, e indicó que ese terreno, a su vez fue comprado por el señor Morocho el 10 de junio de 2008 al señor Vicente Zhagui y su esposa con derecho de agua. b) Asimismo explicó, que de forma clandestina el medidor de agua fue retirado de su propiedad y al acudir a pedir explicaciones en el proyecto antes mencionado, le indicaron que el derecho de agua le pertenece a Tránsito Mercedes Barreto Quinde, cónyuge de Vicente Zhagui, quienes fueron los primeros vendedores, por lo cual cuestionó el hecho de que esperaran cinco años para quitarle el derecho y no se lo quitaran a Félix Aurelio Morocho Chica quien le vendió el terreno, pues este último tuvo el derecho de agua desde el año 2008 al 2012. c) De igual manera señaló, que en el Proyecto Nero le explicaron que ellos tienen un Reglamento Interno que les permite autorizar el traslado del derecho del agua, entendiéndose que ese derecho va con el terreno y no con la persona, ya que al momento que se solicita el agua le piden la escritura y no la cédula. d) También expresó, que con los antecedentes relatados, acudió al Proyecto Nero para que se le restituya su derecho al agua, pero ellos de forma tajante respondieron que no existe cesión de derechos de agua de parte de</p>

Tránsito Mercedes Barreto Quinde y Vicente Gerardo Zhagui Barreto a favor del señor Félix Aurelio Morocho Chica, por tanto, el Directorio decidió que el accionante debe quedarse sin derecho al agua potable. e) En este sentido refirió, que ante estas negativas acudió a la Secretaría Nacional del Agua, SENAGUA, empero, dicha entidad tenía una confusión porque para resolver necesitaba primero el pronunciamiento de la señora Tránsito Barreto, para saber si la misma había vendido el terreno con el derecho de agua realizándose un acta del particular. f) La parte accionada manifestó, que el Proyecto Nero es comunitario, autónomo, sin fines de lucro y está conformado por 46 comunidades locales y los trámites se canalizan por intermedio de ellos. g) Asimismo añadió, que el accionante no es usuario del Proyecto Nero sino la señora Barreto, por ello tienen un reglamento y estatuto que rige los destinos del proyecto, los mismos que fueron aprobados por el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, hoy SENAGUA, en este sentido, el artículo 13 del Estatuto del Directorio de Agua del Proyecto Nero establece que: "es usuario del agua aquel que tiene adjudicado su derecho o ha ingresado como socio o usuario previo el cumplimiento de requisitos legales y administrativos, pudiendo participar en la reuniones de la asamblea general del comité local, salvo el caso que se acordare sesionar en forma reservada". h) De igual manera señaló, que el Proyecto Nero nunca dispuso cortar el agua, que la podía suspender pero no lo hizo, por lo que, no existe mala fe, ya que cuando comparecieron al llamado de SENAGUA, se comprometieron a restituir como así lo hicieron el servicio provisional, mientras resolvían el pleito entre los señores Quille y Morocho y la señora Barreto. i) También alegó, que la posición del Proyecto Nero no es negar el agua, porque es un derecho constitucional, pero se deben cumplir los requisitos y se debe pagar el servicio del agua según las categorías, por lo tanto, en este caso no existe violación de derechos constitucionales.

II. DESCRIPCIÓN BREVE DE LA SENTENCIA EMITIDA POR EL/LOS JUECES QUE CONOCIERON LA CAUSA

El Tribunal Tercero de Garantías Penales del Azuay resolvió declarar con lugar la acción de protección presentada por Jorge Enrique Quille Serrano y declaró vulnerado el derecho al agua y a un ambiente sano incluido dentro del *sumak kawsay*, argumentando que: a) Al momento de vender un inmueble se lo hace con los servicios de agua y luz, sin que se exija cesión de derechos alguna, al respecto el inciso primero del artículo 5 de la Ley de Aguas con absoluta claridad previene: " Por derecho de aprovechamiento se entenderá la autorización administrativa, intransferible, para el uso de las aguas con los requisitos prescritos en esta Ley; salvo el caso de transferencia de dominio, con la sola presentación del título de propiedad del predio por parte de su adquirente, el CNRH traspasará automáticamente la concesión del derecho de uso del agua en forma total o proporcional a la superficie vendida al nuevo titular". b) La decisión del Proyecto Nero, violenta el derecho constitucional del agua, consagrado en la Constitución en los artículos 12 y 318 dentro del marco de los derechos humanos y el creciente reconocimiento de los Estados en sus constituciones, ya que el acceso al agua es uno de los objetivos de desarrollo del milenio de acuerdo al Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU. c) Respecto a la alegación de la defensa, que en el Reglamento y el Estatuto del Proyecto Nero, exige que para la transferencia del derecho de agua, debe constar en la escritura de compra venta del inmueble o caso contrario existir una cesión de derechos, representa en esencia la tradición y el abuso del *ius positivismo*. d) El agua es la esencia de la vida, el agua potable y el saneamiento son indispensables para la vida y la salud, y fundamentales para la dignidad de toda persona. A nivel mundial existe una marcada preocupación porque millones de personas carecen de acceso a fuentes de agua potable, siendo las causas básicas de la actual crisis del agua las desigualdades y la disparidad en las relaciones de poder de quienes manejan el suministro del agua, agravados por la disminución de los recursos hídricos por los cambios climáticos, el mal uso y despilfarro de los servicios de agua y la contaminación ambiental. e) Esta violación del derecho fundamental del agua, resulta de las actuaciones del Directorio de Aguas del Proyecto Nero y la resolución del Presidente-Administrador del Proyecto Nero contenida en el oficio N° 0498-DPAPN-2013, de fecha 27 de agosto de 2013, decisión que de conformidad con el numeral 3 del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, proviene de un prestador de servicio público que violó los derechos humanos y garantías constitucionales.

III: OBSERVACIONES:

IV. ARGUMENTOS SOBRE LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

GRAVEDAD.- Se tendrá en cuenta la gravedad del caso (Vulneración del derecho frente a la dignidad de la persona) y que las vías judiciales ordinarias no sean idóneas para la reparación del derecho.	NO
NOVEDAD DEL CASO.- Que sea un caso inédito en relación a los derechos y garantías establecidos en la Constitución.	NO

FALTA DE PRECEDENTE JUDICIAL.- Que la Corte Constitucional no haya emitido pronunciamientos referentes al problema jurídico general en casos similares, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (22 de Octubre del 2009).	NO
CAMBIO DE PRECEDENTE.- De haber precedente judicial y cuando sea necesario cambiar dicho precedente.	NO
INCUMPLIMIENTO DE PRECEDENTE.- Cuando los jueces y juezas han inobservado los pronunciamientos dictados por la Corte Constitucional, a partir de la vigencia de la Ley. Se consideran precedente las sentencias y dictámenes.	NO
RELEVANCIA NACIONAL.- El acontecimiento, por su naturaleza y características, genera un impacto social, económico o político ligado a una afectación de la vigencia de los derechos.	NO

ANEXO B – DECISÃO 002-15-DEE-CC DO EQUADOR



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

Quito, D.M., 29 de abril de 2015

DICTAMEN N.º 002-15-DEE-CC

CASO N.º 0004-12-EE

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

El señor economista Rafael Correa Delgado, presidente constitucional de la República del Ecuador, al amparo del artículo 166 de la Constitución de la República, envió al presidente de la Corte Constitucional, mediante oficio N.º T.6363-SNJ-12-324, de 09 de marzo de 2012, la notificación de la declaratoria del estado de excepción en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos, para la provisión de los servicios de agua potable y alcantarillado, en los cantones de Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro.

La Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, recibió la notificación de la Presidencia de la República el 12 de marzo de 2012, y de conformidad con lo que establece el inciso segundo del cuarto artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, vigente en aquel momento, certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

El Pleno del Organismo el 27 de marzo de 2012 procedió al sorteo de las causas, correspondiéndole sustanciar la presente causa al juez constitucional Patricio Pazmiño Freire, conforme consta en el memorando de la Secretaría General de la Corte Constitucional N.º 046-CC-SA-SG del 28 de marzo de 2012, por el cual se remite el expediente del caso.



Caso N.º 0004-12/EE

Página 3 de 20

descentralizado, en forma temporal y subsidiaria, hasta tanto se haya superado la causa que motivó la medida;

Que según lo dispuesto en el Artículo 164 de la Constitución de la República, el Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio o en parte de él, entre otras razones, en caso de calamidad pública;

Que el último inciso del Artículo 157 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización establece que, en caso de estado de emergencia declarada, un nivel de gobierno puede asumir subsidiariamente las competencias de otro, sin necesidad de autorización previa del Consejo Nacional de Competencias;

Que, tal como consta en el informe anexo al oficio No. MIDUVI-D-PJC-2012-146 de 1 de marzo de 2012, realizado por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, MIDUVI, se han confirmado graves deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado, que se encuentra a cargo de la Compañía de Economía Mixta TRIPLE ORO, en los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, lo que compromete seriamente la salud de sus habitantes;

Que es urgente y necesario intervenir inmediatamente para procurar reducir los efectos de la referida deficiente prestación de los mencionados servicios públicos, asumiendo subsidiariamente las competencias en esta materia y en dicha circunscripción territorial;

Y,

En ejercicio de la facultad establecida en el Artículo 164 de la Constitución de la República,

Decreta:

Artículo 1.- Declárase el Estado de Excepción en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos, para la provisión de los servicios de agua potable y alcantarillado, en los cantones de Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro.

Artículo 2.- El Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda deberá asumir subsidiariamente las competencias actualmente ejercidas por las Municipalidades de Machala, Pasaje y El Guabo, para procurar que se provea a los habitantes de las localidades antedichas los servicios señalados, con el cumplimiento de los parámetros básicos de calidad y eficiencia.

Artículo 3.- La duración del antedicho Estado de Excepción será de 60 días, contados a partir de la suscripción de este Decreto Ejecutivo.

Artículo 4.- El Ministerio de Finanzas deberá asignar los recursos necesarios para atender la situación que motiva el presente Estado de Excepción.

Artículo 5.- Notifíquese esta declaratoria de excepción a la Asamblea Nacional, Corte Constitucional y Consejo Nacional de Competencias.

Caso N.º 0004-12-EE

Página 2 de 20

El 06 de noviembre de 2012 se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces de la primera Corte Constitucional, integrada conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República.

De conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno del Organismo el 11 de diciembre de 2012, le correspondió la sustanciación de la causa a la jueza constitucional Ruth Seni Pinoargote. En tal sentido, mediante memorando N.º 023-CCE-SG-SUS-2012 del 17 de diciembre de 2012, la Secretaría General de este Organismo le remitió el caso.

El 03 de enero de 2013, a las 09:00, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de la presente causa y dispuso que se continúe con la sustanciación de la misma.

Norma objeto del pronunciamiento de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional examina la constitucionalidad del decreto ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012, que contiene la declaratoria del estado de excepción en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos, para la provisión de los servicios de agua potable y alcantarillado, en los cantones de Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, por medio del cual se ordena la movilización económica y militar en los referidos cantones, a fin de que los organismos del Estado ejecuten las acciones necesarias para superar esta contingencia. El texto del referido decreto es el siguiente:

N.º 1090

RAFAEL CORREA DELGADO
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que conforme al Artículo 12 de la Constitución de la República, el derecho de acceso al agua es fundamental e irrenunciable;

Que, adicionalmente, en dicho Artículo se establece que el agua constituye un patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida;

Que según el número 4 del Artículo 264 de la Constitución de la República, los gobiernos municipales tienen competencia para prestar, entre otros, los servicios públicos de agua potable y alcantarillado;

Que, sin embargo, tal como señala el Artículo 268 de la Constitución de la República, excepcionalmente la Ley puede determinar los casos en que por omisión o deficiente ejecución de una competencia, se puede intervenir en la gestión del gobierno autónomo

Caso N.º 0004-12-EE

Página 4 de 20

Artículo 6.- Se dispone la movilización del personal que requiera el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, entre otros, el personal de la Compañía de Economía Mixta TRIPLE ORO, así como también de las Fuerzas Armadas, para que presten su colaboración en todo lo que se requiera, a pedido del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, para la ejecución de las medidas necesarias que permitan superar el Estado de Excepción.

Artículo 7.- Se garantiza la estabilidad laboral de los trabajadores que actualmente prestan sus servicios para la Compañía de Economía Mixta TRIPLE ORO.

Artículo 8.- Este Decreto Ejecutivo entrará en vigencia a partir de la presente fecha, perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a los nueve días del mes de marzo de dos mil doce.

Rafael Correa Delgado
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

II. CONSIDERACIONES y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 436 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 119 a 125 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y de acuerdo con el artículo 73 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional.

De conformidad con la normativa constitucional antes enunciada, corresponde a la Corte Constitucional emitir su pronunciamiento con respecto a la constitucionalidad o no de los artículos que forman parte del decreto ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012, con la finalidad de garantizar la plena vigencia de los derechos constitucionales y salvaguardar la división de las funciones del Estado ecuatoriano.

Naturaleza jurídica del estado de excepción

El estado de excepción es un mecanismo o arreglo normativo-constitucional con que cuentan los Estados democráticos para solucionar problemas y defender los derechos de los ciudadanos que viven dentro del territorio nacional frente al



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

Caso N.º 004-13-EE

Página 5 de 20

acercamiento de eventos fortuitos, en virtud de los cuales podrían verse afectados, y que además, resulte imposible protegerlos con los mecanismos jurídico-institucionales regulares acogidos en la normativa constitucional y legal.

Cabe señalar que, tanto en el Derecho Internacional como en el derecho interno, el estado de excepción implica la suspensión o limitación del ejercicio de determinados derechos, sin que esto signifique que aquella facultad sea desmedida. En efecto, en el Derecho Internacional la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 27 señala lo siguiente:

Art. 27- Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva N.º OC-8-87 puntualiza que los Estados tienen el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, por lo que el único fin de la declaratoria de estado de excepción es el respeto de los derechos humanos, la defensa de la sociedad en democracia y de las instituciones del Estado¹. Así mismo, nos indica que "como ha quedado dicho, en condiciones de grave emergencia es lícito suspender

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva N.º OC-8-87, "El Hábeas Corpus bajo la suspensión de garantías", del 30 de enero de 1987. Párrafo 20.

Caso N.º 004-13-EE

Página 6 de 20

temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado¹².

En este sentido, conforme al criterio expuesto en la citada opinión consultiva, si bien la suspensión de garantías puede ser una medida necesaria, no obstante la misma debe operar en el marco del paradigma democrático y no puede hablarse de una suspensión de la titularidad de los derechos sino, en todo caso, de su ejercicio.

En el derecho interno, tal suspensión de derechos se encuentra regulada en el artículo 165 de la Constitución de la República que establece:

Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

En armonía con la norma constitucional que precede, esta Corte Constitucional en el dictamen N.º 001-13-DEE-CC³, con respecto a la figura jurídica-constitucional del estado de excepción, ha expresado lo siguiente:

Los fines de la declaratoria del estado de excepción deben materializarse en la consecución de la normalidad institucional del Estado en épocas de crisis evitando o atenuando las amenazas a la existencia de la sociedad organizada y de sus ciudadanos que la integran en forma colectiva e individual. Entonces, el estado de excepción se erige como el mecanismo a ser implementado ante la presencia de situaciones apremiantes o de graves vulneraciones del orden público, cuya incidencia inminente pudiera atentar contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado y el normal desenvolvimiento de las actividades y convivencia de la población.

Desde esta perspectiva, la declaratoria de estado de excepción tiene como fin lograr la normalidad institucional del Estado de derecho en épocas de crisis, ya sea evitando o mitigando las amenazas a la propia existencia de la sociedad organizada como un todo y de los ciudadanos que la componen concebidos en su individualidad.



¹² *Ibid.*, párrafo 27.

¹³ Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen N.º 001-13-DEE-CC del 04 de septiembre de 2013, caso N.º 0006-12-EE.



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

Caso N.º 004-12-EE

Página 7 de 20

**Determinación de los problemas jurídicos a ser examinados en el presente
CASO**

En razón de los criterios que anteceden, concierne a este Organismo Constitucional determinar los problemas jurídicos constitucionales y legales cuya respuesta es necesaria para emitir un pronunciamiento en el caso bajo examen:

1. El Decreto Ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012 ¿cumple con los requisitos formales establecidos en el artículo 166 de la Constitución de la República y en los artículos 120 y 122 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional?
2. El Decreto Ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012 ¿cumple con los requisitos materiales establecidos en los artículos 121 y 123 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional?

Argumentación de los problemas jurídicos

Control Formal

1. El Decreto Ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012 ¿cumple con los requisitos formales establecidos en el artículo 166 de la Constitución de la República y en los artículos 120 y 122 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional?

En lo referente al control constitucional de forma del decreto declaratorio del estado de excepción, el artículo 166 de la Constitución de la República dispone que el presidente constitucional de la República notificará la declaratoria del estado de excepción y enviará el texto del decreto correspondiente a la Corte Constitucional y a la Asamblea Nacional dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, para efectos de su control de constitucionalidad. En el presente caso el Decreto Ejecutivo N.º 1090, mediante el cual se emite la declaratoria del estado de excepción en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos, para la provisión de los servicios de agua potable y alcantarillado, en los cantones de Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, fue notificado dentro de los plazos establecidos para ello.

Con idéntico criterio, se debe determinar si el decreto ejecutivo objeto de control constitucional se encuentra conforme a lo que establece el artículo 164 de la

Constitución de la República⁴ y los artículos 120 y 122 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en los cuales se establecen las causales y los requisitos de forma que deben contener los decretos de declaratoria de estado de excepción, estos son los siguientes:

a) Identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca

En el texto del decreto ejecutivo objeto del presente análisis constitucional, se observa que el presidente constitucional de la República emitió la declaratoria del estado de excepción en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos, para la provisión de los servicios de agua potable y alcantarillado, en los cantones de Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, con la finalidad de que se provea a los habitantes de las localidades antedichas los servicios señalados, con el cumplimiento de los parámetros básicos de calidad y eficiencia así, contrarrestar la calamidad pública suscitada en los cantones indicados.

Pues bien, de la lectura del referido decreto, se colige que la causal invocada por el presidente Rafael Correa Delgado para la expedición del estado de excepción se encasilla dentro de las causales contempladas en el artículo 164 de la Constitución de la República, por tanto, el presidente de la República ha cumplido con esta solemnidad. En tal sentido, se ha dado cumplimiento con lo previsto en el artículo 120 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

b) Justificación de la declaratoria

El presidente constitucional del Ecuador, mediante el decreto ejecutivo N.º 1090 expone sus razones para emitir la declaratoria de estado de excepción en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos, para la provisión de los servicios de agua potable y alcantarillado, en los cantones de Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, pues del análisis del referido decreto se colige que en virtud de ello se pretende reducir los efectos provenientes de la deficiente prestación de los mencionados servicios públicos por parte de la compañía de economía mixta

⁴ Constitución de la República del Ecuador, artículo 164.- La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado.

El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el período de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

Caso N.º 0004-E2-EE

Página 9 de 20

TRIPLE ORO, asumiendo subsidiariamente las competencias en esta materia y en dicha circunscripción territorial.

Por consiguiente, las razones precitadas justifican el cumplimiento de lo determinado en el numeral 2 del artículo 120 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

c) Ámbito territorial y temporal de la declaratoria

La norma constitucional contenida en el artículo 164 establece que la declaratoria puede hacerse extensiva a todo el territorio de la República o únicamente a una parte de este. En el decreto analizado se observa que el ámbito territorial de aplicación de la declaratoria del estado de excepción es únicamente en una parte del territorio nacional, esto es, los cantones de Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro.

Así mismo, se establece que el periodo de duración de la declaratoria del estado de excepción es de sesenta días a partir de la suscripción del presente decreto ejecutivo.

d) Derechos que sean susceptibles de limitación, cuando fuere el caso

El artículo 165 de la Constitución de la República determina los derechos que el presidente de la República puede suspender o limitar, sin embargo, el decreto ejecutivo objeto de análisis no contempla derechos susceptibles de limitación, por lo tanto se concluye que la presente situación no amerita suspensión ni limitación de derechos constitucionales, lo cual guarda conformidad con el inciso primero del artículo 165 de la Constitución, en concordancia con el numeral 4 del artículo 120 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

e) Las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales

Del análisis del decreto se determina que esta declaratoria ha sido notificada a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y al Consejo Nacional de Competencias, dándose cumplimiento a lo que dispone el artículo 166 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 120 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Dentro de este control formal, es obligación de la Corte Constitucional analizar si las medidas adoptadas con fundamento en la declaratoria del estado de excepción

cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 122 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

a) Que se ordenen mediante decreto ejecutivo, de acuerdo con las formalidades que establece el sistema jurídico

El Decreto Ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012, que contiene la declaratoria del estado de excepción en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos, para la provisión de los servicios de agua potable y alcantarillado, en los cantones de Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, fue suscrito por el presidente de la República, en virtud de aquello, se considera cumplido lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución de la República.

b) Que se enmarquen dentro de las competencias materiales, espaciales y temporales de los estados de excepción

Sobre la base de las observaciones antes formuladas se colige que las competencias materiales, espaciales y temporales constan especificadas en el Decreto Ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012, esto porque las medidas adoptadas están destinadas a reducir los efectos de las graves deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado, que se encuentran a cargo de la compañía de economía mixta TRIPLE ORO, en los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, lo que compromete seriamente la salud de sus habitantes, medidas estas que tienen un periodo del estado de excepción de sesenta días, contados a partir de la suscripción del decreto ejecutivo antes enunciado.

Control material

2. El Decreto Ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012 ¿cumple con los requisitos materiales establecidos en los artículos 121 y 123 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional?

A fin de determinar la constitucionalidad material del estado de excepción es conveniente realizar un análisis bajo los parámetros del artículo 121 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Corte Constitucional realizará un control material de la declaratoria del estado de excepción, para lo cual verificará al menos lo siguiente:

✓

a) Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia

Consta en el considerando séptimo del decreto en análisis que mediante el informe anexo al oficio N.º MIDUVI-D-PJC-2012-146 del 01 de marzo de 2012, realizado por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (MIDUVI), se han confirmado graves deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado, que se encuentran a cargo de la compañía de economía mixta TRIPLE ORO, en los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, lo que compromete seriamente la salud de sus habitantes, razón por la que es urgente y necesario intervenir inmediatamente para procurar reducir los efectos de esta deficiente prestación de los mencionados servicios públicos.

En aquel sentido, se señala que de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Constitución de la República, el derecho de acceso al agua es fundamental e irrenunciable por cuanto el agua constituye un patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, sumado a lo cual, el derecho al agua es fundamental para el pleno goce de los otros derechos.

En este contexto y conforme a las disposiciones constitucionales antes expresadas, la situación descrita ha generado calamidad pública en la población de la circunscripción territorial indicada, lo cual exige del Estado, a través del presidente de la República, declarar el estado de excepción en los términos referidos en el Decreto que se analiza.

b) Que los hechos constitutivos de la declaratoria configuren una agresión, un conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural

En el caso *sub examine*, las circunstancias que han motivado la declaratoria del estado de excepción están dadas por la graves deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado por parte de la compañía de economía mixta TRIPLE ORO, en los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, lo cual ha causado afectaciones graves a la salud de sus habitantes, generando con ello calamidad pública en esta zona.

Frente a estos hechos, se requiere ejecutar acciones urgentes para procurar reducir y eliminar los efectos de la referida deficiente prestación de los mencionados servicios públicos, para lo cual se dispone que el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda asuma subsidiariamente las competencias actualmente ejercidas por las Municipalidades de Machala, Pasaje y El Guabo, para procurar que se provea a los

habitantes de las localidades antedichas los servicios señalados, con el cumplimiento de los parámetros básicos de calidad y eficiencia.

En consecuencia, queda justificada la declaratoria del estado de excepción a través del decreto ejecutivo materia de este análisis, en tanto busca la ejecución de las acciones necesarias para eliminar y neutralizar las deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado en los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro.

c) Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario

Es indiscutible que las deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado en los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, por parte de la compañía de economía mixta TRIPLE ORO, se requiere que el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda movilice al personal de la compañía de economía mixta TRIPLE ORO y al de las Fuerzas Armadas, para que presten su colaboración en todo lo que se requiera para la ejecución de las medidas necesarias que permitan superar la situación fáctica que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción.

d) Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República

Conforme lo manifestado en líneas precedentes, el límite temporal de la presente declaratoria de estado de excepción es de sesenta días, contados desde la emisión de la misma, señalándose como límite espacial los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, lo cual cumple con los principios que rigen a la institución jurídico-constitucional del estado de excepción previsto en el artículo 164 de la Constitución de la República.

Con respecto al control material de las medidas adoptadas con fundamento en la declaratoria del estado de excepción, establecidas en el artículo 123 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- d*
- i) Que sean estrictamente necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, y que las medidas ordinarias sean insuficientes para el logro de este objetivo**



Caso N.º 0004-12-EE

Página 13 de 20

Las medidas establecidas en el Decreto Ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012 son necesarias para afrontar las graves deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado en los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, que compromete seriamente la salud de sus habitantes. Así, es imprescindible que el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda asuma subsidiariamente las competencias que, en circunstancias normales, son ejercidas por las municipalidades de Machala, Pasaje y El Guabo, a fin de procurar que se provea a los habitantes de las localidades antedichas los servicios señalados, con el cumplimiento de los parámetros básicos de calidad y eficiencia.

Para el efecto, es pertinente que se le haya otorgado al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda la facultad para movilizar al personal de la compañía de economía mixta TRIPLE ORO, así como también de las Fuerzas Armadas, para que presten su colaboración en todo lo que se requiera, lo cual coadyuva en la ejecución de las medidas necesarias que permitan superar la contingencia que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción.

En este sentido, los hechos que han originado la declaratoria del estado de excepción están dados, según el legitimado activo, por calamidad pública, en tal virtud corresponde a esta Corte determinar la ocurrencia de esta causa, para lo cual se realizan las siguientes consideraciones.

Para determinar si la declaratoria de estado de excepción es justificada debe realizarse un análisis empleando el principio de razonabilidad, ya que el estado de necesidad no legitima cualquier pedido, sino una situación de verdadera connotación y gravedad interna.

Los artículos dos, cuatro y seis del decreto ejecutivo *sub judice*, señalan:

Artículo 2.- El Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda deberá asumir subsidiariamente las competencias actualmente ejercidas por las Municipalidades de Machala, Pasaje y El Guabo, para procurar que se provea a los habitantes de las localidades antedichas los servicios señalados, con el cumplimiento de los parámetros básicos de calidad y eficiencia.

Artículo 4.- El Ministerio de Finanzas deberá asignar los recursos necesarios para atender la situación que motiva el presente Estado de Excepción.

Artículo 6.- Se dispone la movilización del personal que requiera el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, entre otros, el personal de la Compañía de Economía Mixta TRIPLE ORO, así como también de las Fuerzas Armadas, para que presten su colaboración en todo lo que se requiera, a pedido del Ministerio de Desarrollo Urbano y

Caso N.º 0004-12-EE

Página 14 de 20

Vivienda, para la ejecución de las medidas necesarias que permitan superar el Estado de Excepción.

Como se puede advertir, los artículos invocados guardan armonía con el texto constitucional, en el que se consagra como uno de los principales deberes del Estado ecuatoriano, entre otros, garantizar a sus habitantes los derechos a la salud, al agua, a una vida digna y a un hábitat seguro y saludable.

En este sentido, vemos que el artículo 3 de la Constitución de la República imputa como deberes del Estado, entre otros, garantizar el efectivo goce de los derechos consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, de manera especial, la salud y el agua para sus habitantes. En concordancia con dicha norma, el artículo 12 *ibidem* reconoce que el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable, por cuanto constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida del ser humano.

Sumado a dichas normas, el artículo 32 de la Constitución reconoce que la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos, los derechos al agua, a la alimentación, a la educación, a la cultura física, al trabajo, a la seguridad social, a los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

Por consiguiente, es razonable que el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda asuma subsidiariamente las competencias ejercidas, normalmente, por las municipalidades de Machala, Pasaje y El Guabo, para procurar que se provea a la población de las localidades aludidas los servicios en mención, con el cumplimiento de los parámetros básicos de calidad y eficiencia.

En igual sentido, es necesaria la movilización del personal de la compañía de economía mixta TRIPLE ORO, así como también de las Fuerzas Armadas, para que presten su colaboración en todo lo que se requiera, con la finalidad de ejecutar las medidas necesarias que permitan superar los hechos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.

Así mismo, al encontramos en una situación excepcional, para el cumplimiento de la movilización del personal que requiera el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, se debe contar con los recursos económicos necesarios que permitan subsanar esta emergencia, por lo que siendo el Ministerio de Finanzas el organismo encargado de proveer de recursos a las distintas instituciones estatales, la

Caso N.º 004-12-EE

Página 15 de 20

disposición acontecida en el artículo 4 del decreto en análisis es razonable y proporcional a las necesidades actuales.

En este contexto, las medidas adoptadas en el decreto que se analiza se encuentran debidamente justificadas, en razón de ser proporcionales y razonables, ya que se adecuan a las exigencias y necesidades de las personas afectadas por las deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado por parte de la compañía de economía mixta TRIPLE ORO. Aquello guarda concordancia con los artículos 164 y 165 numeral 4 de la Constitución de la República.

Lo dicho guarda relación con el numeral 2 del artículo 165 de la Constitución, que faculta al presidente de la República, una vez declarado el estado de excepción, a utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, con la salvedad de los rubros correspondientes a salud y educación, y para llevar adelante este embate se requiere que el Ministerio de Finanzas del Ecuador sitúe los recursos suficientes que permitan hacer frente a esta situación excepcional.

En virtud de aquello, la declaratoria de estado de excepción obedeció a una situación de necesidad dada la emergente situación por la que atraviesan los pobladores de los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, en virtud de la deficiente prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado por parte de la compañía de economía mixta TRIPLE ORO.

ii) Que sean proporcionales al hecho que dio lugar a la declaratoria

Con fundamento en todo lo expuesto, resulta proporcional la declaratoria del estado de excepción, únicamente en los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, puesto que es en esta circunscripción territorial donde se hace necesaria la adopción de este mecanismo constitucional, en virtud del cual es posible contrarrestar, cesar y eliminar las graves deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado, por parte de la Compañía de Economía Mixta TRIPLE ORO, y así restablecer el acceso libre y sin restricciones de los pobladores del sector a los derechos al agua, a la salud, a una vida digna, a un medio ambiente sano, entre otros.

Como lo destaca Alberto Ricardo Dalla Via,

...la emergencia se encuentra comprendida dentro de los límites de la Constitución y no fuera de ella. En tal sentido la necesidad como acontecimiento excepcional e imprevisible



Caso N.º 0004-12-EE

Página 17 de 20

8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad.⁷

De ahí que resulte necesario diferenciar un estado de excepción en el cual se puede establecer la suspensión o los límites del ejercicio de los derechos antes mencionados, o simplemente un estado de excepción que adopte únicamente medidas específicas. Es por ello que en el caso de calamidad pública o desastre natural, esta Corte creería innecesario el limitar el ejercicio de derechos. Por lo antedicho y en la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva N.º OC-8/87 ha expresado que:

...El análisis jurídico del citado artículo 27 y de la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales. Se aplica únicamente "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte". Aun entonces, autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación". Las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar "discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social..."⁸

Como se puede advertir, es posible diferenciar las causas que originan los estados de excepción en los cuales por un lado se pueden establecer la suspensión o limitación al ejercicio de los derechos, como en los casos de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, pudiendo hacerlo o no. Mientras en casos como los de calamidad pública o desastre natural, esta suspensión sería inadecuada e inoportuna.

En consecuencia, en el caso *sub examine* se podía o no, suspender o limitar, el ejercicio de los derechos que menciona la Constitución de la República, sin perjuicio de afectar la constitucionalidad del presente Decreto Ejecutivo, esto por cuanto como hemos visto, la limitación de los derechos, inclusive en un régimen de excepcionalidad, debe ser racional y proporcional a la situación de emergencia que se encuentre al momento de la declaratoria.

Por tanto, la declaratoria de estado de excepción contenida en el Decreto Ejecutivo N.º 1090 guarda relación con lo que dispone la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se exige que se fundamente la pertinencia de los estados de excepción por medio de la razonabilidad y proporcionalidad, lo cual en el caso *sub*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N.º OC-8-87. Párrafo 19.

examine, ha sido explícito en el referido decreto ejecutivo puesto a conocimiento de la Corte Constitucional.

iii) Que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria y las medidas adoptadas

La relación de causalidad se da en tanto la emisión del decreto ejecutivo que se examina, es consecuencia de las graves deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado, lo cual ha ocasionado a los habitantes de los cantones Machala, Pasaje y El Guabo de la provincia de El Oro, una limitación al acceso libre de los derechos al agua, a la salud, a una vida digna y a un medio ambiente sano.

iv) Que sean idóneas para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria

La idoneidad de las medidas adoptadas en el decreto ejecutivo N.º 1090 se encuentran justificadas en virtud que han sido implementados los medios necesarios orientados a contrarrestar, cesar y eliminar las graves deficiencias en la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado, pues constituye un deber del Estado, entre otros, garantizar a sus habitantes los derechos al agua, a la salud, a un medio ambiente sano y, en general, a una vida digna.

En efecto, compete al Estado garantizar el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir –*sumak kawsay*– preservando los ecosistemas, la biodiversidad y previniendo el daño ambiental. De esta forma, el decreto ejecutivo materia de análisis, goza de idoneidad porque fue emitido por el presidente de la República, con la facultad dispuesta en el artículo 164 de la Constitución de la República y que su temporalidad es de sesenta días, a partir de sus suscripción.

v) Que no exista otra medida que genere un menor impacto en términos de derechos y garantías

En las medidas adoptadas en el Decreto Ejecutivo N.º 1090, por su naturaleza, no aparecen contenidos que afectan ni restrinjan derechos y garantías constitucionales. Más bien, en el artículo 7 del decreto en mención, se garantiza la estabilidad laboral de los trabajadores que prestan sus servicios para la compañía de economía mixta TRIPLE ORO, por tanto, no cabe remitirse en el caso *sub examine* a este requisito.

vi) Que no afecten el núcleo esencial de los derechos constitucionales y se respeten el conjunto de derechos intangibles

Conforme se desprende del texto del Decreto Ejecutivo materia de este control, no se evidencia ninguna afectación o vulneración al núcleo esencial de los derechos constitucionales, menos que exista un irrespeto al conjunto de derechos intangibles.

vii) Que no se interrumpa ni se altere el normal funcionamiento del Estado

Por la naturaleza y contenido del Decreto Ejecutivo N.º 1090, puede comprobarse que su incidencia no ha interrumpido ni ha alterado el normal funcionamiento institucional del Estado ecuatoriano.

En atención al análisis efectuado, la Corte Constitucional advierte que las medidas adoptadas para la declaratoria del estado de excepción contenido en el Decreto Ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012, que hacen relación a la declaratoria del estado de excepción bajo análisis, tienen fundamento claramente en los hechos que se plantean para la solución de la problemática suscitada, razón por la cual, la emisión de aquellos gozan de constitucionalidad, en tanto se respetan los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad, además de ser plenamente idóneas y proporcionales al fin que se persigue. Su necesidad es evidente y con su adopción no se exceden los límites constitucionales impuestos en la Constitución del 2008 y los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, aun en tiempo de normalidad y cumpliendo con los requisitos de materialidad y formalidad.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide el siguiente:

DICTAMEN


1.- Emitir dictamen favorable de constitucionalidad respecto a la declaratoria de estado de excepción, contenida en el decreto ejecutivo N.º 1090 del 09 de marzo de 2012, dictado por el economista Rafael Correa Delgado en calidad de presidente constitucional de la República del Ecuador.





Caso N.º 0004-12-EE

Página 20 de 20

2.- Notifíquese, publíquese y cúmplase.



Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE



Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

RAZÓN.- Sientó por tal, que el dictamen que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con seis votos de las señoras juezas y señores jueces: Marcelo Jaramillo Villa, María del Carmen Maldonado Sánchez, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de los jueces Antonio Gagliardo Looor, Wendy Molina Andrade y Manuel Viteri Olvera en sesión del 29 de abril de 2015. Lo certifico.



JPCH



Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

CASO Nro. 0004-12-EE

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue suscrita por el Juez Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional, el día jueves 14 de mayo del dos mil quince.- Lo certifico.

IPCH/LFJ


Patricio Pazmiño Freire
Secretario General



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

CASO Nro. 0004-12-EE

RAZÓN. Siento por tal que, en la ciudad de Quito, a los catorce días del mes de mayo del dos mil quince, se notificó con copia certificada de la dictamen 002-15-DDE-CC de 29 de abril del 2015, al señor economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador en la casilla constitucional 001; conforme consta de los documentos adjuntos.- Lo certifico.-



Jaime Pozo Chalmorro
Secretario General

JPC/H/mmm



GUIA DE CASILLEROS CONSTITUCIONALES No. 243

ACTOR	CASILLA CONSTITUCIONAL GENERAL	DEMANDADO/TERCER INTERESADO	CASILLA CONSTITUCIONAL GENERAL	NRO. DE CASO	FECHA DE RESO. SENT. DICT. PROV. O AUTOS
ECONOMISTA RAFAEL CORREA DELGADO, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA	001 ✓			0004-12-EE	DICTÁMEN 002-15-DEE-CC
HNA. ELSIE MONGE, DIRECTORA EJECUTIVA DE LA COMISIÓN ECUMÉNICA DE DERECHOS HUMANOS Y ALEXANDRA ALMEIDA, PRESIDENTA DE ACCIÓN ECOLÓGICA	082	MINISTRO RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES	023 ✓ Y 802 ✓	0009-10-AN Y 0003-12-AN ACUMULADOS	PROVIDENCIA DE 14 DE MAYO DE 2015
		DEFENSORÍA DEL PUEBLO	024 ✓		
		JUAN RAÚL GUAÑA PILATAXI, COORDINADOR JURÍDICO DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE	017 ✓		
		PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO	018 ✓		

Total de Boletas: (07) **Siete**

Quito, D.M., mayo 14 del 2015


Marlene Mendieta M.
**ASISTENTE CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA GENERAL**

CASILLEROS CONSTITUCIONALES

Fecha: 16.05.15

Hora: 16:45

Total Boletas: 07

T. Mendieta

ANEXO C – DECISÃO 009913 - JP DO EQUADOR



SALA DE SELECCIÓN
Ficha de Relevancia Constitucional

DATOS GENERALES				
No. de Expediente Corte Constitucional	0099-13-JP			
Juzgado de Procedencia	JUZGADO DÉCIMO DE LO CIVIL DE CAÑAR			
Tipo de Acción	JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN			

PRONUNCIAMIENTO				
	Nro. de Expediente	Dependencia	Acepta	Rechaza
Juez 1er Nivel	17-2013	JUZGADO DÉCIMO DE LO CIVIL DE CAÑAR	X	
Juez Apelación				

PARÁMETROS SENTENCIA					
Accionante:	Presunto Afectado:	Accionado:	Decisión:	Vulneración de Derecho Alegada:	Derecho Vulnerado:
Natural / Individual / Femenino		Jurídica / Privado	Acepta	Vida Digna Derecho al Agua	Derecho al Agua

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL
I. HECHOS RELEVANTES
Svetlana Plekhanova presentó acción de protección en contra del Presidente de la Junta de Agua Potable Regional de Mesaloma, indicando que estuvo casada con el señor Víctor Manuel Crespo Crespo y que obtuvo medidas de amparo en contra de este ciudadano por agresiones físicas. Adicionalmente, la Comisaria de la Familia del cantón Azogues dispuso la salida del agresor del inmueble donde vivían. Como retaliación a esta situación, el padre de Víctor Manuel Crespo Crespo, quien es Vocal de la Junta de Agua de Mesaloma, procedió a retirar el medidor de agua y a dejar sin servicio del vital líquido al inmueble que ella habita. Por lo que, presentó una queja ante el Defensor del Pueblo de Cañar, quien envió una comunicación a la antes mencionada Junta de Agua, conminándoles a reinstalar el servicio, pero la Junta contestó al Defensor que ellos son una entidad autónoma que no administran fondos públicos y que por lo tanto, nadie tiene injerencia en dicha entidad y que “ellos son los dueños del agua” y que si persiste en su actitud tomarían medidas más drásticas. La accionante solicita que en sentencia se ordene la restitución del servicio de agua potable a su vivienda y se ordene vigilancia policial para evitar que continúen los atropellos.
II. DESCRIPCIÓN BREVE DE LA SENTENCIA EMITIDA POR EL/LOS JUECES QUE CONOCIERON LA CAUSA
El juez Décimo de lo Civil de Cañar resolvió declarar con lugar la acción de protección y dejó sin efecto la medida dispuesta por el señor Presidente de la Junta de Agua Potable Regional de Mesaloma de que se le corte el agua

a la accionante, por lo que, ordenó la reinstalación en forma inmediata del medidor de agua y todo lo que haga falta para que la vivienda ahora ocupada por la accionante vuelva a tener el servicio. La referida autoridad jurisdiccional arribó a esa conclusión sosteniendo que el acto de la autoridad accionada viene a ser ilegítimo, porque no existe un debido fundamento ni la suficiente motivación en su ejecución, por lo contrario, se advierte que se está actuando a propósito en perjuicio de la actora.

III: OBSERVACIONES:

IV. ARGUMENTOS SOBRE LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

GRAVEDAD.- Se tendrá en cuenta la gravedad del caso (Vulneración del derecho frente a la dignidad de la persona) y que las vías judiciales ordinarias no sean idóneas para la reparación del derecho.	SI
NOVEDAD DEL CASO.- Que sea un caso inédito en relación a los derechos y garantías establecidos en la Constitución.	NO
FALTA DE PRECEDENTE JUDICIAL.- Que la Corte Constitucional no haya emitido pronunciamientos referentes al problema jurídico general en casos similares, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (22 de Octubre del 2009).	SI
CAMBIO DE PRECEDENTE.- De haber precedente judicial y cuando sea necesario cambiar dicho precedente.	NO
INCUMPLIMIENTO DE PRECEDENTE.- Cuando los jueces y juezas han inobservado los pronunciamientos dictados por la Corte Constitucional, a partir de la vigencia de la Ley. Se consideran precedente las sentencias y dictámenes.	NO
RELEVANCIA NACIONAL.- El acontecimiento, por su naturaleza y características, genera un impacto social, económico o político ligado a una afectación de la vigencia de los derechos.	NO

ANEXO D – DECISÃO T – 740/11 – R DA COLÔMBIA

Sentencia T-740/11

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Concepto y fundamento

El agua se considera como un derecho fundamental y, se define, de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como “el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico”. El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

SERVICIO DE AGUA POTABLE-Hace parte de los servicios públicos domiciliarios

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Protección internacional

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues esta normatividad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, se erige como normas con rango constitucional o como standards internacionales que sirven como pautas de interpretación de los derechos que hacen parte del sistema jurídico colombiano.

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA EN EL DERECHO COMPARADO- Reconocimiento

En el Derecho Comparado existen numerosos Estados que ya sea, por vía constitucional, legal o jurisprudencial han favorecido la protección del acceso al agua en términos de derecho fundamental, lo cual ha generado un amplio repertorio de normas de diferente vinculatoriedad que han precisado los contornos jurídicos del derecho al agua hasta dotarlo de un nivel de concreción equivalente al de otros derechos tradicionales.

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Contenido y obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua de conformidad con el bloque de constitucionalidad

La obligación de cumplir está encaminada a que el Estado realice acciones positivas con el fin de facilitar, proporcionar y promover la plena efectividad del derecho por medio de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales, que posibiliten a los individuos y comunidades el disfrute del derecho al agua potable e impone al Estado que adopte medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho al agua, tome medidas para que se difunda información adecuada sobre el uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua y garantice el acceso a una cantidad suficiente salubre, aceptable y accesible para el uso personal y doméstico de agua, en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición.

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Obligaciones del Estado para garantizar disponibilidad, accesibilidad y calidad del servicio del agua

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Jurisprudencia constitucional**EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-No pueden suspender el servicio del agua a sujetos de especial protección**

Cuando la suspensión del servicio tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos, afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad o a los establecimientos de especial protección constitucional, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden y, según las circunstancias del caso, deben adoptar la decisión de continuar prestando el servicio a un usuario moroso. Respecto del corte del servicio de acueducto a los sujetos de especial protección constitucional, la medida se torna especialmente desproporcionada, ya que aunque ésta persigue un fin constitucionalmente legítimo, que es la garantía de la prestación eficiente, continúa e ininterrumpida de los servicios públicos a todos los usuarios y es idónea para alcanzar el objetivo perseguido, los beneficios obtenidos con su aplicación son menores que los sacrificios a que son expuestos los titulares del derecho fundamental al agua.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-En caso de incumplimiento en el pago del servicio de agua, debe elaborar acuerdos de pago, teniendo en cuenta la capacidad de pago de los usuarios

Ante el incumplimiento en el pago de más de dos periodos consecutivos de facturación, la empresa del servicio público de acueducto deberá, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, informar la situación crediticia del usuario y el procedimiento a seguir para que éste pueda ponerse al día en sus obligaciones. Para tal fin, en caso de que la persona a la que se le preste el servicio no pueda cancelar de manera inmediata la deuda, dicha entidad debe mantener la prestación del servicio y con la aquiescencia de éste, deberá elaborar acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles teniendo en cuenta la capacidad económica del usurario, con el objetivo de que la pueda ponerse al día con el pago de las obligaciones causadas por el consumo del referido servicio público. Tener en cuenta la capacidad de pago de los usuarios al momento de la elaboración de los mencionados acuerdos busca dar posibilidades efectivas a éstos para saldar las deudas que ha contraído por la prestación del servicio público, pues de no ser así, los acuerdos serían

fórmulas vacías o ilusorias que nunca darían una solución adecuada a la situación que se presenta, generando con ello una afrenta a los derechos fundamentales de los usuarios.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Si los acuerdos de pago son incumplidos, la Empresa debe instalar un restrictor en el flujo del agua que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA DE USUARIOS QUE SON SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Empresa de servicio público de acueducto podrá ejercer acciones judiciales para recuperar deuda

La empresa encargada del servicio público de acueducto, podrá, con el objetivo de recuperar las cantidades adeudadas por el usuario, ejercer las acciones judiciales correspondientes. Con ello se concilian el principio de solidaridad que inspira la prestación de los servicios públicos, por una parte y el derecho fundamental al agua de los usuarios que son sujetos de especial protección y que se encuentran en imposibilidad de pago, por otra, pues se garantiza el acceso a unas cantidades mínimas de agua a esta población que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, de conformidad con los postulados expuestos por la jurisprudencia constitucional y se asegura el recaudo de los recursos que son necesarios para la operatividad del sistema.

SUBSIDIO EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Concesión por la Nación y entidades territoriales previo cumplimiento de requisitos para personas que habitan en estratos 1, 2 y excepcionalmente 3

DERECHO AL AGUA POTABLE-Orden al Acueducto para que reconecte el servicio de agua donde residen sujetos de especial protección constitucional y garantice el suministro diario por lo menos de 50 litros de agua potable por persona

Referencia: expediente T-2.438.462

Acción de tutela instaurada por María Isabel Ortiz contra Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. tres (3) de octubre de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, María Victoria Calle Correa, Luís Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia), en la acción de tutela instaurada por María Isabel Ortiz contra Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII.

I. ANTECEDENTES

El pasado ocho (8) de agosto de dos mil nueve (2009) la ciudadana María Isabel Ortiz interpuso acción de tutela ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al acceso a los servicios públicos, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la igualdad, los cuales fueron, en su opinión, han sido vulnerados por la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- La señora María Isabel Ortiz adeuda a la Junta Administradora del acueducto JUAN XXIII la suma de \$521.719,00; por este motivo le fue suspendido el suministro agua desde enero de 2009. (folios 1 y 24, cuaderno 2)

2. A raíz de la interrupción del servicio, la peticionaria, en aras de satisfacer sus necesidades de saneamiento básico y alimentación, ha utilizado el agua de un “charco” que queda a 20 minutos de su casa. (folio 1, cuaderno 2)

3.- La accionante, de 54 años de edad, pertenece al SISBEN 1, y padece de una enfermedad que le impide trabajar (folio 1 y 3, cuaderno 2)

4.- La actora es madre cabeza de familia y tiene a su cargo a Anderson Ortiz y Juan Esteban Ortiz, de 10 y 15 años de edad respectivamente (folio 3 y 4, cuaderno 2).

Solicitud de Tutela

5.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana María Isabel Ortiz solicitó la protección de sus derechos fundamentales al acceso a los servicios públicos, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la igualdad que considera vulnerados por la demandada al negarse a prestarle el servicio de acueducto. En consecuencia, pide que se restablezca el mencionado servicio público (folio 2, cuaderno 2).

Respuesta de la entidad demandada

6.- La parte accionada por medio de escrito del 11 de septiembre de 2009, respondió la acción de tutela de la referencia y solicitó denegar el recurso de amparo (folio 17, cuaderno 2).

7.-Indicó que la suspensión del servicio se debe al incumplimiento por parte de la demandante del artículo 140 de la ley 142 de 1994 y de la cláusula 13 del contrato de condiciones uniformes, el cual establece es causal de suspensión: *“No pagar antes de la fecha señalada en la factura, para la suspensión del servicio, sin que ésta exceda en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que esta sea bimestral y de tres períodos cuando ésta sea mensual, salvo que medie reclamación o recurso interpuesto, del artículo 140 de la ley 142 de 1994”*. (folio 17, cuaderno 2)

8.- También señaló que la accionante, debido a su situación socioeconómica es acreedora de un subsidio del 70% sobre el valor de la factura mensual, obligación que está siendo asumida directamente por la entidad prestadora del servicio de acueducto sin recibir ningún reconocimiento del ente municipal, departamental o nacional. (Folio 17, cuaderno 2)

9.- Por último, manifestó que unilateralmente ha fraccionado la deuda en cuotas mínimas, con el objetivo de brindarle facilidades de pago a la peticionaria de la obligación insoluta. (Folio 17, cuaderno 2)

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de única instancia

10.- El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) denegó el amparo solicitado pues consideró que la acción de tutela no debe ser utilizada

como un instrumento para evadir las obligaciones contractuales derivadas de la prestación del servicio público de acueducto. (Folio 49, cuaderno 2).

Trámite de revisión

11.- El magistrado sustanciador, por medio de auto del 8 de marzo de 2010, ordenó comisionar al Personero del Municipio De Guarne (Antioquia) para que interrogara a la accionante sobre: (i) cuál es el origen de sus ingresos económicos; (ii) cuál es el monto al que ascienden actualmente estos ingresos; (iii) si algún miembro de su familia percibe un ingreso y contribuye con el al sostenimiento económico del núcleo familiar; (iv) cuáles son sus obligaciones económicas personales y familiares; y si (v) padece de alguna enfermedad que le impida trabajar.

12.- El día 18 de marzo de 2010, la peticionaria absolvió el interrogatorio e indico: en primer lugar, que en ella esta radicado el sostenimiento del hogar y que el único ingreso con el que cuenta para solventar todas sus obligaciones son treinta mil pesos (\$30.000) que le hacia entrega Familias en Acción. Sin embargo debido a que su hijo no se encuentra estudiando ya no cuenta con estos recursos.

En segundo lugar, sostuvo que sus ingresos no le alcanzan para sufragar todas sus deudas, pues solo en el servicio de agua y alcantarillado y energía eléctrica debe pagar alrededor de treinta y dos mil pesos (\$32.000), suma que supera los ingresos percibidos. Además de lo anterior señaló que pertenece al SISBEN 1.

13.- En el mismo auto, se solicito a la Junta Administradora del Acueducto JUANXXIII que, informara de manera detallada y justificada sobre (i) La naturaleza jurídica de la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII (ii) Cuántos usuarios hacen parte del acueducto veredal JUAN XXIII (iii) Cuántos de

estos usuarios son beneficiarios de algún subsidio por parte de la Junta Administradora del Acueducto y en que monto, especificar de manera detallada; (iv) Cuántos de estos usuarios se encuentran en mora con sus obligaciones contractuales; (v) ¿Cuántos de estos usuarios se encuentran en situación de no pago?; (vi) La situación económica de la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII, refiera específicamente si ésta actualmente registra un superávit o déficit de caja; (vii) El funcionamiento de cada uno de los subsidios del otorgados a los usuarios del Acueducto JUAN XXIII, haciendo especial referencia al ofrecido a la actora; (viii) El origen de los recursos que se destinan al financiamiento de los subsidios.

14.- La referida entidad prestadora del servicio público de acueducto manifestó que *“cuenta actualmente 1061 suscriptores con un promedio de 5 usuarios por cada uno, para un total de 5300 usuarios aproximadamente”* de los cuales sólo *“104 suscriptores tienen cuentas vencidas”*

Aunado a lo anterior, indicó que *“no se ha recibido ningún subsidio de entes gubernamentales, dados los atrasos para que el Estado a nivel local adecue los estratos y transfiera los subsidios con base a lo definido por la ley a partir de la Constitución de los Fondos de solidaridad e ingresos [Sic]”*

15.- Finalmente se instó al Municipio de Guarne (Antioquia) para que, informara de manera detallada y justificada si (i) éste transfiere algún tipo de recursos para subsidiar el servicio de acueducto al municipio de Guarne (Antioquia); (ii) Cuál es distribución de éstos para zona rural y para zona urbana; (iii) Cuál es el monto de estos; (iv); Cuánto de éstos se destinan específicamente a la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII; (v) El municipio concede subsidios directamente a los usuarios de servicios públicos, si es así cuál es el porcentaje dependiendo del estrato.

A pesar de ser notificado del auto en cuestión, esta entidad no se pronunció

sobre el amparo que se tramitaba ante esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII vulneró los derechos fundamentales al acceso a los servicios públicos, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la igualdad de la señora María Isabel Ortiz y su núcleo familiar al negarse a prestarle el servicio de acueducto, debido al incumplimiento en los pagos del mencionado servicio público.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) concepto y Fundamento del derecho fundamental al agua; (ii) reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Internacional; (iii) reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Comparado; (iv) contenido del derecho fundamental al agua y obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua de conformidad con el bloque de constitucionalidad; (v) reconocimiento del derecho fundamental al agua en la Jurisprudencia Constitucional y luego (vi) se referirá al estudio del caso concreto.

3. Concepto y Fundamento del derecho fundamental al agua.

El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en

condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El Título VII del Capítulo V de la Constitución, denominado “*de la finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos*” enmarca el régimen constitucional de los servicios públicos. En éste se establece una vinculación esencial entre el Estado social de derecho y la prestación de los servicios públicos, así en el artículo 365 se indica:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”. (Negrillas fuera del texto)

Siguiendo esta línea y respecto del servicio de agua, el artículo 366, señala:

“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.” (Negrillas fuera del texto)

El servicio de agua potable es de “*aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas*”⁴⁰, por lo que hace parte de los denominados servicios públicos domiciliarios, especie dentro del género servicio públicos.

Respecto de estos, el artículo 367 de la Carta Política se ocupa de la siguiente manera:

La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales el legislador expidió la Ley 142 de 1994, la cual se aplica, de acuerdo con el artículo 1 de la misma a los servicios públicos domiciliarios de **acueducto**, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Por lo que su funcionamiento debe circunscribirse a esta.

Aunado a lo anterior, el artículo 4 de la mencionada ley establece que cada uno de los servicios señalados en el artículo precedente son servicios públicos esenciales.

De otro lado, el agua se considera, también como un derecho fundamental y,

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T 578 de 1992.

se define, de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como *“el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico”*.⁴¹

El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. Esta necesidad es universal, por cuanto todos y cada uno de los hombre y mujeres, independientemente de la raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, del lugar que se encuentre o la posición social que tenga, requiere de este recurso para su subsistencia; es inalterable, pues nunca se logrará hacerla desaparecer, ni tampoco reducirla mas allá de los topes biológicos y es objetiva, ya que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o está ligado a un concepto indeterminado preestablecido, sino que se instituye como condición ineludible para cada una de las personas que integran el conglomerado social, lo cual la erige como una necesidad normativa y por tanto se constituye el fundamento del derecho fundamental al agua.

Así lo ha reconocido esta Corporación en las sentencias T-578 de 1992, T- 140 de 1994 y T- 207 de 1995 en las que manifestó: *“el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas, salubridad pública o salud, es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela”*. En este mismo sentido, en otra oportunidad, señaló que: *“Así la falta de prestación [del servicio de acueducto] también está llamada a constituir una posible violación de derecho que tienen todas las personas a vivir una vida digna”*^{42 43} (negrillas fuera del texto)

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues esta normatividad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, se erige como normas con rango constitucional o como *standards internacionales* que sirven

⁴¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T 1104 de 2005.

⁴³ Corte Constitucional Sentencias T-539 de 1993, T-244 de 1994, T-523 de 1994, T-092 de 1995, T-379 de 1995, T-413 de 1995, T-410 de 2003, T-1104 de 2005, T-270 de 2007, T-022 de 2008, T-888 de 2008 y T- 381 de 2009.

como pautas de interpretación de los derechos que hacen parte del sistema jurídico colombiano.

4. Reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Internacional

Atendiendo que el agua es un elemento indispensable para cubrir las necesidades humanas básicas y que constituye una condición indispensable para alcanzar una vida digna, la sociedad internacional ha realizado sendos esfuerzos para lograr el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano.

Muestra de esto, es la multiplicidad de instrumentos internacionales que abordado el tema del derecho al agua, que forman el estándar internacional. Con el objetivo de mostrar el panorama actual, se hará un análisis de los documentos emanados del Sistema Universal e Interamericano de Protección Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

4.1 Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

Con la entrada en vigor de la Carta San Francisco y la creación de la Organización de las Naciones Unidas se le otorgó carácter internacional a los derechos humanos, reconociendo así que no son un asunto exclusivo de los Estados sino que competen a la sociedad internacional.

La estructura de este sistema de protección consiste en dos tipos de mecanismos: (i) Los mecanismos creados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas o Carta de San Francisco o que hayan sido autorizados ya sea por la Asamblea General, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) o por la Comisión de Derechos Humanos y (ii) los mecanismos basados en tratados internacionales, como el Comité de Derechos Humanos – creado por el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos-, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - formado bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (PIDESC), el Comité para la eliminación de la Discriminación Racial - Instituido por la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación, entre otros.

(i) Los mecanismos creados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas

- La Resolución AG/ 10967 de la Asamblea General de Naciones Unidas adoptada, el 28 de julio de 2010, instó a los Estados y organizaciones internacionales para que proporcionaran los recursos financieros necesarios, mejoraran las capacidades y la transferencia de tecnología, especialmente en los países en desarrollo, e intensificaran los esfuerzos para proporcionar agua limpia y pura, potable, accesible y asequible y saneamiento para todos.

(ii) los mecanismos basados en tratados internacionales

- La Observación General No. 15 emitida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano encargado de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), es uno de los más grandes avances en el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano. En ésta, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconoce que el derecho al agua no está expresamente consagrado en el PIDESC. Sin embargo, se encuentra implícito en el derecho a vida en condiciones adecuadas y en el derecho a la salud consagrados en el artículo 11⁴⁴ y 12⁴⁵ de mencionado Pacto, respectivamente.

⁴⁴ Artículo 11, PIDESC: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

⁴⁵ Artículo 12, PIDESC: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

En efecto, el Comité sostuvo que el acceso al agua salubre es sin duda una de las garantías esenciales para asegurar el nivel de vida adecuado, en cuanto condición indispensable para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo, cocina, higiene personal e higiene doméstica.

Adicionalmente, se señala que el derecho al agua es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de otros derechos, verbigracia “*el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a la alimentación); para asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud); para procurarse la vida (derecho al trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural)*”⁴⁶

Aunado a lo anterior, se encuentra aquellos instrumentos internacionales como las declaraciones, resoluciones o planes de acción, que son adoptados en Conferencias Internacionales de las Naciones Unidas o que son elaborados por organismos que hacen parte de esta organización internacional como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) o por los Relatores Espaciales, nombrados por la Comisión de Derechos Humanos. Que conforman, lo que se conoce como *Soft Law*.

(iii) Soft Law

- La Declaración de Mar del Plata, elaborada por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua en 1977, es el primer llamamiento a los Estados para que realizaran evaluaciones nacionales de sus recursos hídricos y desarrollaran planes y políticas nacionales dirigidas a satisfacer las necesidades de agua potable de toda la población.

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

⁴⁶ Aniza García; *El Derecho Humano al Agua*; Editorial Trotta S.A.; Madrid; 2008. 177

Aunado a lo anterior reconoció que todas las personas y pueblos tienen derecho a disponer de agua potable de calidad y en cantidad suficiente para satisfacer sus necesidades básicas. Así en su preámbulo se señala: *“todos los pueblos, cualquiera su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen **derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas**”*. (Negrillas fuera del texto)

- La Declaración de Dublín, aprobada durante la Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente de 1992 puso de presente la amenaza que suponen la escasez y el uso abusivo del “agua dulce” para el desarrollo sostenible, para la protección del medio ambiente y de los ecosistemas, para el desarrollo industrial, la seguridad alimentaria, la salud y el Bienestar humano.

Siguiendo este lineamiento y los postulados establecidos en la Declaración de Mar del Plata, consagró en el principio No. 4 que: *“es esencial reconocer ante todo el **derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible**”*. (Negrillas fuera del texto)

- La Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente de 1992, la cual se elaboró junto con el Plan de Acción Agenda 21, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, constituyen uno de los principales instrumentos internacionales que regulan este tema.

En éste último instrumento internacional se resaltó la importancia del agua para la vida y la necesidad de su preservación, tanto así que se reservó un capítulo exclusivo para abordar esta problemática. El Capítulo 18 consagra como objetivo general velar porque se mantenga un suministro suficiente de agua de buena calidad para toda la población del planeta, y preservar al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las actividades humanas a los límites de la

capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua.

Literalmente se señaló: *“El agua se necesita en todos los aspectos de la vida. El objetivo general es velar por que se mantenga su **suministro suficiente de agua de buena calidad para toda la población del planeta**”*. Además el párrafo 18.47 dispuso: *“todos los pueblos, cualquiera que sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, **tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas**”*. (Negrillas fuera del texto)

- El Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de 1994, también hace una referencia explícita al derecho al agua en el Principio No. 2, el cual sostiene: *“los seres humanos [...] tienen el derecho a un adecuado estándar de vida para sí y sus familias, incluyendo alimentación, vestido, vivienda, **agua**, y saneamiento adecuados”*. (Negrillas fuera del texto)
- La Declaración del Milenio de Naciones Unidas señala expresamente que es necesario poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos, formulando estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local, que promuevan un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado.

Para tal fin, los Estados se comprometieron a cumplir, para el año 2015, varias metas, dentro de las que se encuentra una bastante concreta con relación con el acceso al agua potable: *“19. Decidimos, asimismo: Reducir a la mitad, para el año 2015, [...] el porcentaje de personas que carezcan de acceso de agua potable o que no puedan costearlo”*

- En el informe del año 2000, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) tuvo ocasión de pronunciarse sobre el derecho al agua. En particular intentó dar una definición concreta del acceso al agua potable

y el acceso al saneamiento. Con respecto al primero de estos conceptos, indicó que *“se trataría de la proporción de la población que emplea alguno de los siguientes tipos de suministro de agua para beber: agua procedente de tuberías, fuentes públicas, bombas, pozos (protegidos o cubiertos) o fuentes protegidas”*⁴⁷. Así mismo, identificó el acceso al saneamiento con el porcentaje de población que utiliza adecuadas instalaciones sanitarias, como la conexión de desagües o sistemas de fosa séptica, letrinas de cisterna, letrinas de fosa simple o de fosa ventilada mejoradas, en todo caso, se considera que un sistema de eliminación de excrementos es adecuado si permite evitar eficazmente que las personas, los animales o los insectos entren en contacto de los excrementos.

- Adicionalmente, el PNUD en su informe del 2001 que *“por población que utiliza fuentes de agua potable, debe entenderse el porcentaje [de personas] que goza de un acceso razonable a un volumen adecuado de agua de beber de fuentes de agua potable; **el acceso razonable** se define como una disponibilidad de al menos 20 litros por persona y día, procedentes de una fuente situada en un radio de un kilómetro de distancia desde la vivienda del usuario. Estas fuentes de agua potable pueden adoptar cualquiera de estas modalidades: conexiones domiciliarias, fuentes públicas, pozos perforados dotados de bombas manuales, pozos excavados protegidos, manantiales protegidos, y agua de lluvia recogida en cisterna (se excluyen los vendedores de agua, los camiones cisterna, los pozos y manantiales sin protección).”*⁴⁸
- Sin duda, es el informe sobre Desarrollo Humano de 2003 el que tiene una mayor incidencia en el tema del agua y los avances para alcanzar los Objetivos del Milenio en esta materia. En éste el PNUD aclara que el hambre no se reduce a la falta de alimentos disponibles, sino que es un problema de déficit del derecho al alimento y de privación de los servicios básicos, entre ellos, **el acceso al agua potable y al saneamiento adecuado** que no sólo son cruciales para supervivencia del ser humano, sino también para la conservación del medio ambiente, para la seguridad alimentaria y para el desarrollo sostenible.
- El Informe sobre la relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de

⁴⁷ Aniza García; *El Derecho Humano al Agua*; Editorial Trotta S.A.; Madrid; 2008.157.

⁴⁸ *Ibidem*.

agua potable y servicios de saneamiento⁴⁹ reconoció “*el derecho de cada mujer, hombre y niño a disponer de agua potable y saneamiento*”, por cuanto, el agua es un recurso vital para el ser humano.

Concretamente, indicó: “***el derecho a disponer de agua potable es el derecho que tiene cada persona a disponer de la cantidad de agua necesaria para satisfacer las necesidades fundamentales. Este derecho se refiere al acceso que debe tener una familia a servicios de abastecimiento de agua potable y de saneamiento de aguas servidas administrado por organismos públicos o privados***” (negrilla fuera del texto)

Adicionalmente, dicho informe sostuvo, que “*cualquier obstáculo al ejercicio del derecho a disponer de agua y saneamiento dificulta el ejercicio de todos los derechos económicos, sociales y culturales en su conjunto, y limita las posibilidades de participar en condiciones de igualdad del derecho al desarrollo y a un medio ambiente sano*”

- La Organización Mundial para la Salud (OMS) en su informe sobre *la cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud* señaló que la cantidad de agua mínima que una persona necesita para la satisfacción de las necesidades básicas es de 50 litros de agua al día.

4.2 Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Aunque, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, ni en el Protocolo Adicional a la Convención Americana o Protocolo de San Salvador, se hace mención expresa al derecho al agua, podría decirse, haciendo una interpretación sistemática de estos instrumentos, este se encuentra implícito en el artículo 4 de la Convención Americana, por cuanto el no acceso al agua impide la consecución de una existencia digna y en el artículo 11 del Protocolo

⁴⁹ Informe elaborado por el Relator Espacial, nombrado por la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas

de San Salvador, el cual establece: *“Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”*, pues la prestación de agua es uno de los principales servicios públicos básicos.⁵⁰

En las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de igual modo, sólo se han podido encontrar referencias indirectas al derecho al agua, vinculándolo con el derecho a la vida. En ese sentido los casos de mayor relevancia se refieren a dos comunidades indígenas paraguayas que fueron desplazadas de sus territorios ancestrales a tierras con menos recursos naturales para su subsistencia.

En el caso de Yakye Axa contra Paraguay de 2005, la Corte Interamericana después de reconocer que el derecho a la vida *“comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”*⁵¹ señaló que la imposibilidad de acceder al agua limpia afecta el derecho a la Comunidad a una existencia digna y otros derechos como la educación y la identidad cultural.

*“Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y **el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos** , como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran está directamente vinculado con la obtención de alimento y acceso al agua limpia”*⁵² (negritas fuera del texto)

⁵⁰ Elizabeth Salmón, Pedro Villanueva; *Los (tímidos) aportes del derecho internacional a la construcción del derecho humano al agua*; Revista No. 45 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH); San José de Costa Rica, 2006; pp. 261.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yakye Axa contra Paraguay.

⁵² *Ibidem*

En las reparaciones dispuestas por la Corte a favor de la Comunidad Yakye Axa, se indicó: *“En vista de lo anterior, el tribunal dispone que, mientras la comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la comunidad”*⁵³ (negritas fuera del texto)

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay de 2006, la Corte Interamericana vinculó una vez más el acceso al agua con el derecho a la vida. En sus consideraciones, este organismo judicial señaló: *“en el presente caso, junto con la carencia de tierra, la vida de los miembros de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa se caracteriza por [...] las precarias condiciones de sus vivienda y entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales”*⁵⁴ y posteriormente concluyó: *“por todo lo anterior, la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por cuanto no ha adoptado las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la Comunidad”*⁵⁵ (negritas fuera del texto)

4.3 Derecho Internacional Humanitario

Las normas internacionales que regulan el respeto de los derechos humanos durante los conflictos armados también contemplan provisiones relacionadas con el derecho al agua.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Sawhoyamaxa contra Paraguay

⁵⁵ *Ibidem*

El Convenio III de Ginebra, de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra contiene 3 artículos que abordan de manera explícita el derecho al agua:

Artículo 20: *“La Potencia detenedora proporcionará a los prisioneros de guerra evacuados **agua potable** y alimentos en cantidad suficiente así como ropa y la necesaria asistencia médica; tomará las oportunas precauciones para garantizar su seguridad durante la evacuación y hará, lo antes posible, la lista de los prisioneros evacuados.”*

Artículo 26: *“La Potencia detenedora proporcionará a los prisioneros de guerra que trabajen los necesarios suplementos de alimentación para realizar las faenas que se les asignen. Se suministrará a los prisioneros de guerra suficiente **agua potable**. Está autorizado el consumo de tabaco.”*

Artículo 29: *“Además, y sin perjuicio de los baños y de las duchas que debe haber en los campamentos, se proporcionará a los prisioneros de guerra **agua** y jabón en cantidad suficiente para el aseo corporal diario y para lavar la ropa; con esta finalidad dispondrán de las instalaciones, de las facilidades y del tiempo necesarios”.*

En el Convenio IV de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, se encuentra 3 disposiciones que aluden al derecho al agua de los civiles:

Artículo 85: *“Los internados dispondrán, día y noche, de instalaciones sanitarias que se avengan con las normas de la higiene y que estén en constante estado de limpieza. Se les proporcionará suficiente **agua** y jabón para el aseo diario y para lavar la ropa; a este respecto,*

dispondrán de las instalaciones y de las facilidades necesarias. Tendrán, además, instalaciones de duchas o de baños. Se les dará el tiempo necesario para el aseo personal y para los trabajos de limpieza”

Artículo 89: *“Se les proporcionará suficiente agua potable.”*

Artículo 127: *“La Potencia detenedora proporcionará a los internados, durante el traslado, agua potable y alimentos en cantidad, calidad y variedad suficientes para mantenerlos en buen estado de salud, así como ropa, alojamiento conveniente y la asistencia médica necesaria. Tomará las oportunas medidas de precaución para garantizar su seguridad durante el traslado y hará, antes de su salida, la lista completa de los internados trasladados”.*

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la Protección de la Víctimas de Conflictos Armados Internacionales:

Artículo 127: *“Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de **agua potable** y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito. Sin embargo, bajo ninguna circunstancia se permiten acciones militares “cuyo resultado previsible sea dejar tan desprovista de víveres o de agua a la población civil que ésta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse.”*

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de víctimas de conflictos armados sin carácter internacional

*Artículo 5: “las personas a que se refiere el presente párrafo recibirán, en la misma medida que la población local, alimentos y **agua potable** y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado”*

Artículo 14: “Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.”

El hecho que, por definición, el DIH reconozca y proteja los derechos humanos en situaciones de conflicto armado y que, por otro lado, contenga disposiciones expresas relacionadas con circunstancias en la que asiste a las personas que no participan directamente en las hostilidades un derecho al agua, permiten concluir que el DIH reconoce un derecho humano al agua, si bien de manera indirecta y restringida, a cierta categoría particular de personas.

5. Reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Comparado

En los últimos años, en el Derecho Comparado existen numerosos Estados que ya sea, por vía constitucional, legal o jurisprudencial han favorecido la protección del acceso al agua en términos de derecho fundamental, lo cual ha generado un amplio repertorio de normas de diferente vinculatoriedad que

han precisado los contornos jurídicos del derecho al agua hasta dotarlo de un nivel de concreción equivalente al de otros derechos tradicionales.

A continuación se estudiarán de manera selectiva aquellos Estados, que a juicio de esta Corporación, se consideran más relevantes.

Bélgica

El Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional del Estado Federal de Bélgica en sentencia 036 de 1998 reconoció la existencia de un derecho al agua. Esta Corporación señaló que este derecho *“se deriva del artículo 23 de la Constitución y de capítulo 18 del Programa 21 aprobado en junio de 1992 en Río de Janeiro por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”*

Francia

En el Estado Francés *“el derecho al agua no tiene como tal, rango de principio u objetivo de valor constitucional, sino que se considera que emana de las normas que pertenecen al bloque de constitucionalidad⁵⁶ y de la jurisprudencia de Consejo Constitucional”⁵⁷*

Este derecho, considera el Consejo Constitucional, que está vinculado indirectamente a dos normas constitucionales: el derecho a la vivienda digna y a la protección de la salud pública los cuales tienen rango constitucional en virtud de los párrafos 10 y 11 del preámbulo de la Constitución.

⁵⁶ La expresión *“Bloque de Constitucionalidad”* en Francia es utilizada para designar el conjunto de normas y principios superiores con las que se cotejan las disposiciones que se someten a control de constitucionalidad al Consejo Constitucional. Este se encuentra conformado por: (i) El preámbulo de la Constitución; (ii) La Constitución Francesa de 1958; la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; (iii) El preámbulo de la Constitución de 1946 -iv República-; (iv) Los Principios Fundamentales reconocidos por la Leyes de la República; (v) La Carta de Medio Ambiente. Para más información ver, Laura Ospina Mejía; Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

⁵⁷ Traducción Propia. *L'eau et son droit; Études et documents du Conseil d'État*, Paris; 2010.

Italia

En sentencia No. 259 de 1996 la Corte Constitucional Italiana sostuvo que *“el agua es un bien primario en la vida del hombre, configurado como recurso para salvaguardar, caracterizado por ser un **derecho fundamental tendiente a mantener integro el patrimonio ambiental**”*

Sudáfrica

La Constitución Política de la República de Sudáfrica, en el artículo 27, literal b consagra el derecho al agua como derecho constitucional., en los siguientes términos:

“27. Salud, alimento, agua y seguridad social (1) Todos gozan de derecho de tener acceso a:

(a) servicios de salud, incluso de salud reproductiva; y

*(b) **suficiente alimento y agua; y***

(c) la seguridad social incluso, si no son capaces de auto abastecerse así mismo y sus dependientes, a la asistencia social apropiada.

(2) El estado debe tomar medidas legislativas y otras, dentro de los recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de este derecho.

(3) A nadie se le puede negar la atención médica de emergencia”
(Negrilla fuera del texto)⁵⁸.

⁵⁸ Traducción propia. “27. Health food, water and social security (1) All shall enjoy the right to have access to: (A) health, including reproductive health and (B) sufficient food and water, and (C) social security even if they are unable to auto supplies themselves and their dependents, appropriate social assistance. (2) the state must take legislative and other measures, within existing resources available to achieve the progressive realization of this right (3) No one shall be denied emergency medical care ”

Como desarrollo de la referida disposición constitucional el Estado sudafricano ha promulgado un sin número de leyes para la protección de este derecho, dentro de estas se encuentran la *National Water Act 36 of 1998*, *Water Services Act 108 of 1997*, *Norms and standards in Respecto f tariffs of Water Services 20 July 2001*, entre otras.

De especial importancia es la *Water Services Act 108 of 1997*, pues en la sección 3⁵⁹ se establece que *“todo individuo tiene derecho a acceder a servicios de agua y saneamiento básicos”* y que *“toda institución que gestione los servicios de agua debe adoptar medidas razonables para la realización de estos derechos”*. La sección 4.3 estipula que los procedimientos para la suspensión de los servicios de agua deben: (i) *“ser justos y equitativos”*; (ii) *“comunicar debidamente que tales acciones se van a llevar a cabo, brindándole al afectado la posibilidad de interponer un recurso”*; y (iii) *“evitar que a un individuo se le niegue el acceso a los servicios de agua básicos por impago, siempre que pueda demostrar con la conformidad de la autoridad que los gestiona, que es incapaz de hacerse cargo del pago de dichos servicios básicos”*⁶⁰.

⁵⁹ Traducción propia. *Water Services Act 108 of 1997, section 3* Right of access to basic water supply and basic sanitation

- (1) Everyone has a right of access to basic water supply and basic sanitation.
- (2) Every water services institution must take reasonable measures to realize these rights.
- (3) Every water services authority must, in its water services development plan provide for measures to realize these rights.
- (4) The rights mentioned in this section are subject to the limitations contained in this Act.

⁶⁰ Traducción propia. *Water Services Act 108 of 1997, section 4* Conditions for provision of water services

4. (1) Water services must be provided in terms of conditions set by the water services provider.
- (2) These conditions must:
 - (a) be accessible to the public;
 - (b) accord with conditions for the provision of water services contained in bylaws made by the water services authority having jurisdiction in the area in question; and
 - (c) provide for:
 - (i) the technical conditions of existing or proposed extensions of supply;
 - (ii) the determination and structure of tariffs;
 - (iii) the conditions for payment;
 - (iv) the circumstances under which water services may be limited or discontinued;

Como se observa, la antedicha normatividad no solo establece un procedimiento al que ha de ceñirse la administración o el particular que cumpla este servicio, sino que además estipula que aún, teniendo en cuenta todas las actuaciones debidas, no se le podrá negar a ningún ciudadano el servicio de acueducto por el hecho del no pago.

Uno de los casos mas representativos que se ha tramitado ante el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, es el *Lindiwe Mazibuko contra Johannesburgo y otros*. En éste 5 residentes de Phiri (soweto) en condiciones de extrema pobreza demandaron a la ciudad de Johannesburgo, la empresa de acueducto de la misma ciudad y al Ministerio de Agua y Silvicultura, por cuanto el servicio de agua prepago los ponía en situación de vulnerabilidad cuando finalizaba su cupo y por que el agua que recibían no era suficiente para atender sus necesidades básicas.

En este fallo, dicho tribunal ordenó que mientras estuviera pendiente la reformulación de la política de agua de la ciudad de Johannesburgo, todo

-
- (v) procedures for limiting or discontinuing water services: and
 - (vi) measures to promote water conservation and demand management.
 - (3) Procedures for the limitation or discontinuation of water services must:
 - (a) be fair and equitable;
 - (b) provide for reasonable notice of intention to limit or discontinue water services and for an opportunity to make representations. Unless:
 - (i) other consumers would be prejudiced;
 - (ii) there is an emergency situation; or
 - (iii) the consumer has interfered with a limited or discontinued service; and
 - (c) not result in a person being denied access to basic water services for non-payment, where that person proves, to the satisfaction of the relevant water services authority, that he or she is unable to pay for basic services,
 - (4) Every person who uses water services provided by a water services provider does so subject to any duplicable condition set by that water services provider.
 - (5) Where one water services institution provides water services to another water services institution, it may not limit or discontinue those services for reasons of non-payment, unless it has given at least 30 days' notice in writing of its intention to 50 limit water services or 60 days' notice in writing of its intention to discontinue those water services to:
 - (a) the other water services institution;
 - (b) the relevant Province; and
 - (c) the Minister.

usuario de la localidad de Phiri que este registrado como indigente debía recibir sin costo 42 litros de agua por día por cada miembro de su grupo familiar.

Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica, ha reconocido, en diferentes oportunidades⁶¹, el derecho fundamental al agua potable como parte integrante de su ordenamiento jurídico, a pesar de que este no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, pues en opinión de dicho tribunal el derecho en mención se *“deriv[a] de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y a la vivienda digna, entre otros”*⁶².

Dentro de las múltiples consideraciones expuestas por la jurisprudencia en torno al derecho al agua de la máxima autoridad del Poder Judicial Costarricense, establece que la suspensión del servicio de acueducto se considera una violación *prima facie* de los derechos que son el sustrato del referido derecho.

Así las cosas, indica que para que pueda realizarse la interrupción del suministro de agua por incumplimiento en el pago de dicho servicio deben cumplirse dos requisitos, a saber: (i) *“informar previamente al usuario sobre la deuda que tiene en mora con la institución”*; e (ii) *“instalar una fuente de agua pública en las cercanías del inmueble al que se le cortó el servicio”*⁶³.

Los mencionados requisitos buscan que el usuario no quede en una situación tal que no pueda cubrir sus necesidades básicas, debido a la falta de suministro de agua potable, pues busca dar una nueva oportunidad de pago en condiciones mas favorables al deudor y en caso de que este no tenga los

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional; Sentencias 04394; 13326, 9629, 11045, entre otras.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional; Sentencia 04394.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional; Sentencia 9629 de 2002

recursos necesarios para saldar la suma adeudada siempre podrá contar con una fuente pública que brinde el “*suministro urgente de agua*”.⁶⁴

Argentina

El poder judicial de la Republica de Argentina haciendo uso de la cláusula de apertura de la Constitución consagrada en el numeral 22 del artículo 75 de la Carta Política⁶⁵, que otorga jerarquía constitucional a los tratados

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional; Sentencia 11045 de 2001

⁶⁵ Constitución Política de Argentina; artículo 75: Corresponde al Congreso:

1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.

2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

4. Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación.

5. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.

6. Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales.

7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación.

8. Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

9. Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios.

10. Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas.

11. Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación.

12. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con

sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

14. Arreglar y establecer los correos generales de la Nación.

15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias.

16. Proveer a la seguridad de las fronteras

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

20. Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales.

21. Admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a nueva elección.

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

internacionales sobre derechos humanos, ha establecido que el acceso al servicio de agua es un derecho fundamental.

Para esto, ha recurrido a los lineamientos consagrados en Observación No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que se afirma que este derecho encuentra fundamento en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁶⁶

A manera de ejemplo, La Sala II de la Corte Suprema de Mendoza, en el caso de *Villavechía de Pérez Lasala, Teresa contra Obras Sanitarias de Mendoza*, del 5 de febrero de 1990, señaló que la prestación de servicios de agua potable y

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.

26. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

27. Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.

28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.

29. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

30. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

31. Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires.

Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

32. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

⁶⁶ Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, Causa 584-08 del 30 de Octubre de 2008.

cloacas es de primera y vital necesidad, de uso obligatorio para todo beneficiario posible.⁶⁷

En el mismo la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata en el caso *AIDECON contra OSSE M.D.P.* de 27 de abril de 1998, indicó que el corte inmediato de los servicios de agua por falta de pago es abusivo⁶⁸.

Así mismo, el Juzgado de Primera Instancia de Paz de Moreno, Provincia de Buenos Aires, en el caso *Usuarios y consumidores en defensa de sus derechos contra Aguas del Gran Gobierno de Buenos Aires*, de 21 de agosto de 2002, declaró inexecutable la norma que permitía el corte de agua por falta de pago del servicio domiciliario de acueducto y ordeno a la entidad demandada acabar con los referidos cortes y reconectar el servicio a quienes hubieran se les hubiera suspendido el mismo⁶⁹.

Finalmente, la Juez Sustituta de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, en el caso *Quevedo, Miguel Andrés y otros contra Aguas Cordobesas S.A.*, de 8 de abril de 2002, en el que se estableció que el corte del servicio de agua potable por incumplimiento en el pago es manifiestamente ilegal, por lo que la entidad demandada tiene la obligación de proveer una cantidad mínima de agua a los afectados⁷⁰.

Aunado a lo anterior, se ha implementado senda normatividad para la salvaguardia de este derecho, dentro de ésta se encuentra el Decreto 878 de 2003, el cual establece en el literal b del artículo 61, el procedimiento para el corte del servicio de acueducto:

⁶⁷ Abramovich V. y Courtis C., *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado Constitucional*; Estudios del Puerto; Buenos Aires; 2006.

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ *Ibidem*

“La Entidad Prestadora al proceder al corte del servicio, deberá observar el cumplimiento de las pautas que a continuación se establecen:

a) Se deberá en todo momento considerar la protección de la salud pública, entendiéndose como tal que la Entidad Prestadora no podrá ejercer directamente esta facultad respecto de hospitales y sanatorios, sean estos públicos o privados.

Se deberá aplicar similar criterio a cualquier otra entidad en la que el corte implique, a juicio del OCABA, probabilidades de alteración a la salud pública.

b) En el caso de Usuarios residenciales, el corte del servicio no podrá ser total, debiendo la Entidad Prestadora garantizar un abastecimiento mínimo vital.” [...] (Negrillas fuera del texto)

Bolivia

La Constitución Política de la Republica de Bolivia incorpora dentro de su texto, el derecho fundamental al agua potable en varios de sus artículos. El artículo 16 establece: *“Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación”* y en el artículo 20 consagra que: *“Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones [...] III. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley”.*

Ecuador

La Republica del Ecuador en el artículo 12 de su Constitución consagra el derecho al agua en los siguientes términos: *“El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.*

Perú

El Tribunal Constitucional de la República del Perú en sentencia 6546 de 2006 esgrimió que el derecho al agua potable es un derecho constitucional no enumerado, en particular indicó: *“En el caso específico del derecho al agua potable, considero que aunque dicho atributo no se encuentra consagrado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone, sin embargo, perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos y en la medida en que no exista norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y que a nivel internacional aún se encuentren pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, se hace permisible acudir, para la efecto, a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. **Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización antes descrita posibilitaría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento estaría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho**”* (Negrillas fuera del texto)

En este orden de ideas, los Sistemas Internacionales de protección de los Derechos Humanos muestran un claro avance en materia del reconocimiento del derecho fundamental al agua potable. En el Sistema Universal se ha recalcado el carácter autónomo de éste. Más tímido ha sido el aporte de los Sistemas Regionales, pues la afectación de este derecho debe ser puesta de manifiesto en función la afectación de otros derechos humanos.

Por su parte, muchos de los Estados miembros de la Sociedad Internacional han reconocido la iusfundamentalidad del derecho al agua potable. Unos han constitucionalizado éste derecho brindándole con ello, las garantías de: reserva de ley; generalidad y universalidad: contenido mínimo y esencial, progresividad y prohibición de regresividad. Otros, por su parte han admitido su carácter

fundamental por vía jurisprudencial o legal definiendo así su alcance y contenido.

6. Contenido del derecho fundamental al agua y obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua de conformidad con el bloque de constitucionalidad

Respecto del contenido obligacional del derecho al agua, como el de todos los derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que: *“existen tres tipos de obligaciones: “respetar”, “proteger” y cumplir” [...]. A su vez, este último deber relacionado con “hacer efectivo” el derecho se subdivide en tres: facilitar proporcionar y promover”*.⁷¹

La *obligación de respetar* implica el deber por parte del Estado de abstenerse de interferir, obstaculizar, o impedir el ejercicio de cualquier derecho, es decir que este ente *“no adopte medidas que impidan el acceso a los derechos o menoscaben el disfrute de los mismos”*⁷².

De esta manera, la *obligación de respeto* en lo que respecta al derecho al agua se configura como un deber de abstención por parte del Estado, con el objetivo de que el Estado se abstenga de injerir directa o indirectamente de manera negativa en el disfrute del derecho a disponer de agua potable. Lo que significa evitar medidas que obstaculicen o impidan la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo, así como de grupos o colectividades que buscan satisfacer sus necesidades básicas, concretamente en el goce del derecho al agua potable

⁷¹ AAVV; *Protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema interamericano*; Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José de Costa Rica, 2008. pp. 130.

⁷² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General 12, Observación General 12, Observación General No. 14, entre otras.

Así las cosas, dicha obligación prohíbe al Estado o a quien obre en su nombre: (i) toda práctica o actividades que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad; (ii) inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua; (iii) reducir o contaminar ilícitamente el agua como por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o botaderos municipales que contaminen fuentes hídricas o mediante el empleo y los ensayos de armas de cualquier tipo, y (iv) limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva.

La obligación de *proteger*, por su parte, implica el deber “*adoptar las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros*”⁷³, es decir, esta obligación se concreta, en un deber del Estado de regular el comportamiento de terceros, ya sean individuos, grupos, empresas y otras entidades, con el objetivo de impedir que estos interfieran o menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho.

Esta obligación implica (i) la adopción de medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten de forma no equitativa los recursos de agua; (ii) demanda a los Estados impedir que terceros menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables, cuando estos controlen los servicios de suministro de agua; y (iii) exige la promulgación de legislación en aras de la protección y funcionamiento eficaz del sistema judicial con el fin de resguardar el goce del derecho al agua potable frente a afectaciones provenientes de terceros⁷⁴.

⁷³ Héctor Faúndez Ledesma; *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*; Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José de Costa Rica, 2004 pp. 77.

⁷⁴ En la Observación General No.15 se señala, sobre este último deber que “los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables”. De conformidad con el Pacto y con la

La obligación de cumplir “requiere que se reconozcan los derechos en los sistemas legales y se adopten políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos”⁷⁵, ésta se subdivide en las obligaciones de facilitar que “consiste en el deber de iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso al derecho o su disfrute, o ayudar a los particulares para lograr tales fines”⁷⁶. El deber de *promover* implica “realizar acciones tendientes a difundir, educar, o capacitar a la población para el ejercicio de los mismos”⁷⁷. Por último, surge la obligación de *proporcionar* que supone asegurar que el titular del derecho “[acceda] al bien protegido por un derecho cuando un grupo o individuo por circunstancias ajenas a su control, no pueda disfrutar el mismo”⁷⁸.

En este orden de ideas, la obligación de cumplir está encaminada a que el Estado realice acciones positivas con el fin de facilitar, proporcionar y promover la plena efectividad del derecho por medio de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales, que posibiliten a los individuos y comunidades el disfrute del derecho al agua potable e impone al Estado que adopte medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho al agua, tome medidas para que se difunda información adecuada sobre el uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua y garantice el acceso a una cantidad suficiente salubre, aceptable y accesible para el uso personal y doméstico de agua, en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición.

Observación No.15, y en aras de impedir estos abusos, debe establecerse un sistema normativo eficaz que prevea una supervisión independiente, una verdadera participación pública y la imposición de multas por el incumplimiento

⁷⁵ AAVV; Protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema interamericano. cit. pp. 131.

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ *Ibidem*

⁷⁸ *Ibidem*

Aunado a lo anterior, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 15, indicó que respecto al derecho al agua se predicen ciertas obligaciones específicas como son: (i) la disponibilidad, (ii) la accesibilidad y (iii) la calidad.

- (i) La *disponibilidad* hace referencia a la cantidad suficiente del líquido vital necesario para la supervivencia humana; a la regularidad en el suministro o distribución del recurso hídrico; y a la sostenibilidad del mismo. En palabras del Comité de Derechos Económicos esta obligación implica que “*el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos*”.⁷⁹

Este nivel obligacional, como se señaló anteriormente, consta de tres dimensiones, a saber: (i) *cantidad*; (ii) *periodicidad o continuidad del servicio de agua*; y (iii) *la sostenibilidad del recurso hídrico*.

- La primera dimensión de la obligación de disponibilidad conmina a los Estados a brindar una *cantidad* suficiente de agua, como mínimo para satisfacer las necesidades básicas de bebida, alimentación o cocción de alimentos, la limpieza y el saneamiento de las personas que habitan en su jurisdicción. La Organización Mundial de la Salud ha señalado que la *cantidad* necesaria para este fin es de “*50 litros por persona al día*”⁸⁰

Así las cosas, 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 agua⁸¹; (ii) facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de

⁷⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

⁸⁰ Organización Mundial para la Salud (OMS), Informe sobre *la cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud* y ONU/WWAP (Naciones Unidas/Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos). 2003. *1er Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo: Agua para todos, agua para la vida*. París, Nueva York y Oxford. UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) y Berghahn Books.

⁸¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

medios suficientes⁸²; 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^{83 84}.

- Así mismo, la disponibilidad se encuentra relacionada con la *regularidad* en el acceso al servicio de agua potable, es decir, que “*la periodicidad del suministro de agua sea suficiente para los usos personales y domésticos*”⁸⁵

Este subnivel obligacional insta al Estado a: (i) abstenerse de interrumpir o desconectar de manera arbitraria o injustificada los servicios o instalaciones de agua⁸⁶; (ii) regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua⁸⁷; (iii) garantizar que los establecimientos penitenciario y servicios de salud cuenten con agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas⁸⁸; y (iv) asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes⁸⁹
90.

- Finalmente, la disponibilidad incluye el concepto de *sostenibilidad* del recurso hídrico, dirigido a que las generaciones presentes y futuras cuenten con agua suficiente para satisfacer sus necesidades básicas.

⁸² *Ibíd*em

⁸³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4.

⁸⁴ Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005.

⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

⁸⁶ *Ibíd*em

⁸⁷ *Ibíd*em

⁸⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14.

⁸⁹ Artículo 365, Constitución Política.

⁹⁰ Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005

- (ii) La *accesibilidad* 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*”⁹¹.

El elemento de accesibilidad presenta cuatro dimensiones interrelacionadas:

- *Accesibilidad física* hace referencia a que el agua y las instalaciones de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. En esta medida debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Además los servicios e instalaciones de agua deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, al ciclo vital, a la cultura y a la intimidad.

La Organización Mundial de la Salud ha señalado que la cantidad de agua que obtiene una persona para satisfacer una persona esta determinada, en gran medida, por la distancia que se debe recoger para obtenerla. De acuerdo a ello, ha clasificado, la accesibilidad del recurso hídrico en cuatro subniveles: (i) no acceso; (ii) acceso básico, (iii) acceso intermedio y (iv) acceso optimo.

Nivel de Servicio	Distancia /Tiempo	Probabilidad de agua recolectada	Necesidades Satisfechas	Intervención y acciones prioritarias
No acceso	Mas de (1) kilómetro o mas de	Bastante bajo. (Por debajo de 5 litros	El Consumo básico se ve comprometido y no puede	Muy alto

⁹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

	treinta (30) minutos de viaje.	por persona al día)	asegurar las prácticas correctas de higiene.	
Acceso Básico	Menos de un (1) kilómetro o menos de treinta (30) minutos de viaje.	No más de 20 litros al día por persona.	Se asegura el consumo básico y la higiene a un nivel primario. Sin embargo, por ejemplo, podría ser insuficiente para lavar la ropa en la casa.	Alto
Acceso Intermedio	Suministro de agua en el inmueble a través de al menos un grifo	En promedio 50 litros al día por persona.	Se asegura el consumo básico y la higiene a un nivel medio.	Bajo
Acceso Óptimo	Suministro de agua en el inmueble a través de múltiples	Entre 100 y 200 litros de agua al día por persona.	Se garantiza un consumo básico de agua y las prácticas correctas de	Muy bajo

	grifos		higiene.	
*Howard G. Bartram; <i>Domestic water quantity level and health</i> ; World Health Organization; Geneva, 2003.				

De acuerdo a lo anterior, la accesibilidad física del recurso hídrico solo se encuentra satisfecha en los niveles intermedio y óptimo, por lo que las principales obligaciones por parte del Estado son (i) garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades⁹²; y (ii) garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar⁹³.

Aunado a lo anterior, el Estado también está obligado, de acuerdo con este subnivel obligacional a: (iii) abstenerse de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva⁹⁴; (iv) abstenerse de generar obstáculos que impliquen la inexistencia de los servicios públicos domiciliarios o impidan su prestación⁹⁵; (v) adoptar medidas para velar por que las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación⁹⁶; (vi) proporcionar o asegurar que los desplazados internos disfruten de libre acceso al agua potable⁹⁷; (vii) adoptar medidas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad⁹⁸; (viii) velar por que no se vea amenazada la seguridad

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-570 de 1992

⁹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

⁹⁷ Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Principio 18

⁹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua⁹⁹; (ix) adoptar medidas para velar por que se suministre agua salubre suficiente a los grupos que tienen dificultades físicas para acceder al agua, como las personas de edad, las personas con discapacidad, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas propensas a desastres y las que viven en zonas áridas y semiáridas o en pequeñas islas¹⁰⁰; (x) facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas¹⁰¹; y (xi) brindar a las personas que no pueden acceder a los servicios públicos de acueducto y alcantarillado los medios y condiciones adecuados para que satisfagan ellas mismas sus necesidades básicas^{102 103}.

- La *Accesibilidad económica* se refiere a que el agua y los servicios e instalaciones deben estar al alcance de todos. Es decir, los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro otros derechos.

El subnivel obligatorio de *accesibilidad* conmina al Estado a: (i) abstenerse de efectuar aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua¹⁰⁴; (ii) abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad¹⁰⁵; (iii) impedir que terceros menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables¹⁰⁶; (iv) establecer un sistema normativo para garantizar el acceso físico al

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Corte Constitucional, Sentencia T-570 de 1992.

¹⁰³ Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005

¹⁰⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*

agua en condiciones de igualdad y a un costo razonable, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento¹⁰⁷; (v) velar por que el agua sea asequible para todos¹⁰⁸; (vi) adoptar las medidas necesarias para que el agua sea asequible, se sugieren: a) la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas. b) políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo. c) suplementos de ingresos¹⁰⁹; y (vii) garantizar que todos los pagos por suministro de agua se basen en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos^{110 111}.

- La *no discriminación* consiste en que el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos internacionalmente.
- El *acceso a la información* comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua. Así se debe tener el derecho de contar con sistemas de información adecuados y oportunos por medio de los cuales sea posible solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con el agua potable y el saneamiento básico.

(iii) La *calidad* significa que 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.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005.

La calidad del agua apta para consumo humano implica la existencia de unas condiciones físico-químicas y bacteriológicas que aseguren su potabilidad, esto garantiza que el agua que se va a consumir tiene el tratamiento y desinfección necesarios para el consumo humano, así como el control de los parámetros microbiológicos del agua, tanto de la distribuida por medio del servicio de acueducto como la de las fuentes superficiales y subterráneas.

Además, el agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

Esta obliga al Estado a: (i) abstenerse de reducir o contaminar ilícitamente el agua¹¹²; (ii) promulgar y hacer cumplir leyes que tengan por objeto evitar la contaminación y la extracción no equitativa del agua¹¹³; (iii) garantizar a la población el suministro efectivo del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad que exigen la Constitución y la ley¹¹⁴; (iv) adoptar medidas para impedir que terceros contaminen o exploten en forma indebida los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de disposición de agua¹¹⁵; (v) proteger los sistemas de distribución de agua de la injerencia indebida, el daño y la destrucción¹¹⁶; (vi) adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados¹¹⁷; (vii) velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas como componente de la higiene ambiental e industrial ¹¹⁸; (viii) garantizar que todos tengan acceso a servicios de tratamiento

¹¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-410 de 2003

¹¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14

adecuados, para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable¹¹⁹; (ix) garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo para garantizar la realización del derecho a la salud pública¹²⁰; (x) llevar a cabo el manejo y disposición de basuras bajo criterios técnicos que protejan el medio ambiente y preserven la salubridad colectiva^{121 122}.

7. Reconocimiento del derecho fundamental al agua en la Jurisprudencia Constitucional

Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación se ha ocupado del derecho al agua. Así existe una larga línea jurisprudencial que comienza con la sentencia T 570 de 1992 y se extiende hasta el presente.

Para efectos de esta sentencia la Sala de Revisión analizará cada una de sentencias enmarcándolas en la clasificación propuesta, es decir organizándolas de acuerdo con las obligaciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad.

a. Disponibilidad

En sentencia T 614 de 2010, la Sala Novena de Revisión determinó que existía una infracción a la obligación de disponibilidad por parte de la Alcaldía Municipal de La Tebaida, Quindío y la Empresa Sanitaria del Quindío S.A. E.S.P, por cuanto esta última entidad suspendió el servicio de

¹¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

¹²⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-207 de 1995

¹²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 1995

¹²² Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005

acueducto a María del Socorro Soto, madre cabeza de familia de 8 hijos y perteneciente al estrato “2 bajo” del municipio de la Tebaida.

En esta oportunidad, este Alto tribunal, con el objetivo de garantizar el acceso al recurso hídrico tanto de los hijos de la actora como de ella misma, dispuso que la Empresa Sanitaria del Quindío S.A. E.S.P, debía adelantar la reconexión del servicio público domiciliario de acueducto en la residencia de María del Socorro Soto, ubicado en el municipio La Tebaida, Quindío

Del mismo modo, en sentencia T-143 de 2010, la Sala Primera de Revisión determinó que existía una vulneración a la obligación de disponibilidad, por cuanto la Administración Municipal no llevó a cabo las acciones necesarias y por el tiempo suficiente para superar la emergencia de acceso al agua, causada por un sismo que destruyó el pozo del cual se abastecía la población indígena Achagua y la quema de la “electrobomba” que surtía de agua al sector La Victoria, territorio en el que habita el Pueblo Indígena Piapoco.

En este caso se ordenó al Alcalde del Municipio de Puerto López y al Gobernador del Meta que, solidariamente, **les brindará a los miembros de los Pueblos Indígenas Achagua y Piapoco, cantidades de agua potable suficiente para satisfacer las necesidades de consumo que, razonablemente se estime, pueden requerir a diario.** Dicho suministro indicó la providencia reseñada debían responder a los siguientes criterios: (i) prestarse hasta que ambos Pueblos contaran con una solución definitiva para sus problemas de desabastecimiento; (ii) a cambio de la prestación del servicio, podría exigírseles a los Pueblos Indígenas una contraprestación dineraria o de otra clase, si y sólo si con ella no les viola su derecho a la autonomía; (iii) y, si ninguna contraprestación posible es útil y lucrativa o compensatoria para el Municipio, la prestación transitoria, de cantidades mínimas de agua, deberá serles ofrecida gratuitamente.

Adicionalmente, aunque relacionada con la obligación de accesibilidad, se dictaminó en la sentencia referida que en el curso de los 2 meses siguientes a la notificación de ésta providencia, debían adoptar un plan real y concreto, en el cual se pudiera identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las cuales habrá de ponerse en marcha el proyecto de política pública de agua en el Resguardo El Turpial -La Victoria, Departamento del Meta.

Igualmente, en sentencia T-381 de 2009, la Sala Sexta de Revisión determinó que existía una vulneración a la obligación de disponibilidad, por cuanto las obras de construcción de un túnel en la autopista Bogotá-Girardot habían secado totalmente las fuentes naturales de agua que se surtían para consumo humano, riego y desarrollo de actividades comerciales y turísticas, lo cual impedía que se garantizara una cantidad suficiente de agua a las personas que se servían de éstas aguas, para la satisfacción de sus necesidades básicas, tales como alimentación, cocción de alimentos, la limpieza y saneamiento básico.

En esta litis se ordenó al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, que designara un comité técnico con el objetivo de que realizara visitas de seguimiento al lugar de construcción del Túnel del Sumapaz, en la Autopista Bogotá - Girardot, y que en un plazo de seis meses contados a partir de la comunicación de dicha providencia, **determine cuál era la solución permanente para garantizar el suministro definitivo de agua potable a los demandantes** residentes en los predios denominados Finca de San Antonio, hoy Guayabamba, y Rocas de Sumapaz – Parcelación Serranías del Sumapaz-, que consta de veintiún (21) parcelas ubicadas en la Vereda Mosquera del Municipio de Melgar, Departamento del Tolima y a la Sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., y que ejecutara la solución adoptada, en los tiempos y con las especificaciones que el Ministerio dictamine.

Asimismo, se dictaminó que mientras se ponía en marcha la solución propuesta, la sociedad demandada **debía asegurar el suministro de agua potable a las personas demandantes residentes en los predios mencionados**, mediante el servicio de carro tanques, si ello fuere necesario a juicio del Ministerio.

En este mismo sentido, en la sentencia T-1104 de 2005 se decidió que la conducta desplegada por las Empresas Públicas de Medellín “EPPM”, quebrantó la obligación de disponibilidad, por cuanto ésta se había negado a conectar la vivienda del accionante al servicio de agua potable, aduciendo que la empresa no cuenta con redes de acueducto necesarias para realizar dicha conexión.

Este tribunal, en el asunto en cuestión, ordenó a las Empresas Públicas de Medellín “EPPM” que conectaran la vivienda del señor Jaime Castro López al servicio público domiciliario de acueducto, realizando todas las obras y todos los estudios técnicos que para ello fueran necesarios.

De igual forma, en la sentencia T-379 de 1995 se determinó que existía una infracción a la obligación de disponibilidad, por cuanto el "ojo de agua" del acueducto Inverhincada, que surte de agua, entre otros, a los residentes en el conjunto los Alcatraces había disminuido ostensiblemente su nivel por la obstrucción del canal Nirvana, debido al aprovechamiento inadecuado de uno de los propietarios ribereños.

En esta oportunidad, la Sala Segunda de Revisión previno al demandado para que en lo sucesivo se abstuviera de ejecutar cualquier acto que implicara menoscabo del derecho de los demandantes a realizar el aprovechamiento de las mencionadas aguas y ordenó *“a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena -CORPAMAG que en el término de seis (6) meses proceda a expedir una reglamentación general actualizada sobre*

el aprovechamiento de las aguas del río Toribio, del Canal Nirvana y del llamado ojo de agua del Acueducto Inverhincada, la cual comprenderá la revisión de las concesiones o mercedes de aguas que se encuentran vigentes.”

Igualmente, en sentencia T-413 de 1995, esta Corporación estableció una trasgresión a la obligación de disponibilidad, por cuanto el tesorero de la junta administradora del acueducto regional “La cuchilla” destinó el agua de éste para explotación piscícola en los predios de él, y permitió junto con el presidente de la junta administradora de tal acueducto que estas aguas también fueran utilizadas para una fábrica de ladrillos, lavado de vehículos y bebederos de animales, por lo cual el agua en muchas ocasiones no llegaba a la casa de los usuarios

En este evento, se instó a la Junta Administradora de tal acueducto, representada por su Presidente, que velara por que el agua fuera primordialmente destinada al uso doméstico y regulara la distribución del agua que sobrara después de atender el uso doméstico adecuado; y ordenó al fontanero que controlara la circulación del agua en tal forma que los usuarios la recibieran en primer lugar y en forma debida para el consumo humano.

Del mismo modo, en la sentencia T-244 de 1994, la Corte determinó que existía una infracción a la obligación de disponibilidad, por cuanto el no cumplimiento por parte de los demandados de la Resolución 449 de 1993 expedida por el INDERENA, en la cual ordenaba la destrucción de las obras construidas sobre el cauce de la quebrada guayabal o salitre, en el predio el descanso, vereda peladeros, afectaba la cantidad de agua que se requiere para satisfacer las necesidades básicas del actor.

En esta ocasión, el juez constitucional decretó una medida de carácter transitorio y una de carácter definitivo. En cuanto a la primera ordenó al INDERENA - Regional Cundinamarca, para que levantara los registros que existen en el embalse construido en el predio "El Descanso", quebrada Guayabal o El Salitre, y que impedían la salida del agua hacia la quebrada.

Respecto a la segunda ordenó “al Gobernador de Cundinamarca para que disponga a la mayor brevedad de los recursos necesarios y provea lo pertinente a efectos de que el Instituto de Aguas de Cundinamarca, proceda dentro de la vigencia del segundo semestre de 1994, a efectuar el estudio, elaboración y ejecución del proyecto de construcción de un acueducto para la vereda de Peladeros”

Respecto al subnivel obligacional de regularidad contenido en la obligación de disponibilidad, la Corte en sentencia T- 539 de 1993 estableció que el ASLO S.A. empresa encargada de prestar el servicio de suministro de agua potable en el municipio de Lórica había vulnerado éste, por cuanto en los barrios “Nueva Colombia” y “Los Andes” el servicio no se presta con la regularidad y continuidad necesarias, dado que en gran parte de los casos no se recibe agua en las viviendas afectadas y cuando el agua llega, no es apta para el consumo humano.

Así las cosas, este tribunal confirmó la sentencia de primera instancia que ordenaba a la Compañía ASLO S.A. adelantar las obras necesarias o tomar las medidas indispensables para que el servicio de agua potable a los citados barrios se prestara con regularidad, presión y calidad aceptables y aptas para el consumo humano.

b. Accesibilidad

En sentencia T-546 de 2009, la Sala Segunda de Revisión determinó que existía una vulneración a la obligación de accesibilidad, por cuanto la Empresa Pública de Neiva E.S.P le suspendió el servicio de acueducto a la señora Carolina Murcia por el incumplimiento en el pago de dicho servicio. No obstante, al encontrar probado que la actora había efectuado reconexiones ilegales de dicho servicio negó el amparo solicitado.

Sobre el particular indico: *“es preciso anotar lo siguiente. Pese a que la Sala denegará la protección y procederá a confirmar las decisiones tomadas por los jueces de instancia, no lo hará por razones similares a las aducidas en las instancias. Los jueces de primera y segunda instancia consideraron que la actuación de la Empresa de Servicios Públicos no violó ningún derecho fundamental, al haber suspendido el servicio público de agua potable. La Corte, en cambio, encuentra que sí fue violado el derecho fundamental al suministro de agua potable, a la vida y a la salud de los niños que habitan en la casa de la tutelante, razón por la cual en casos similares al presente le corresponde a las empresas de servicios públicos domiciliarios garantizar una protección real y efectiva de los mismos, mediante la celebración de acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles que les permitan, a los usuarios de escasos recursos y pertenecientes a estratos bajos de la población, la satisfacción de las obligaciones causadas por el consumo de agua potable, todo ello en procura de la consecución de un desarrollo pleno y armónico de los menores. Pero, **si aún de éste modo, el usuario de servicios públicos incumple con sus obligaciones legítimamente contraídas, en el número consecutivo de veces que fije la ley, y ello se debe a una imposibilidad probada e imprevista de cumplir con ellas, no puede cortarse totalmente el suministro de agua potable cuando en el domicilio viven niños, pues en ese caso lo procedente sería suspender la forma de prestar el servicio público de modo que se les garanticen cantidades mínimas básicas e indispensables de agua potable, para vivir sana y dignamente.** Con todo, tras advertir la Corte que, en el caso concreto, la casa de la tutelante fue reconectada ilegalmente al acueducto, se vio imposibilitada para impartir una orden que suponga la protección de los derechos, pues en ese caso estaría materialmente convalidando una actuación contraria a la*

Carta, la ley y los intereses de los demás usuarios de servicios públicos. Ese es el motivo determinante para negar la protección solicitada” (Negrillas fuera del texto)

De igual modo, en sentencia T- 270 de 2007 esta Corporación estableció que existía una infracción a la obligación de accesibilidad, por cuanto a la señora Flor Enid Jiménez de Correa de 56 años de edad que padecía insuficiencia renal crónica le fueron cortados los servicios públicos de agua y luz por encontrarse en mora en el pago.

En esta oportunidad, la Sala Primera de Revisión considero que la ausencia de estos servicios públicos ponía en grave peligro la vida de la actora, dado que el tratamiento que necesita la demandante para tratar la enfermedad que padece requiere la confluencia de dichos servicios públicos y en consecuencia ordenó la reconexión del servicio público de agua y energía eléctrica en la residencia de la accionante.

c. Calidad

En sentencia T-410 de 2003, la Sala Cuarta de Revisión determino la existencia de una vulneración a la obligación de calidad, por cuanto la Empresa de Servicios Públicos de Versalles, -Departamento del Valle del Cauca- no realizaba ningún tipo de tratamiento para el agua destinada al consumo de población y además no efectuaba labores de mantenimiento y limpieza de los tanques de almacenamiento, lo que hacia que el agua que brindaba este acueducto no fuera potable.

En este caso, esta Corporación ordeno *“al Alcalde Municipal y al Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Versalles –Valle del Cauca que, en lo de su competencia, en un término máximo de treinta (30) días inicien los trámites administrativos, financieros y presupuestales necesarios para que en un plazo no superior a seis (6) meses garanticen al accionante y a la*

población del municipio de Versailles el suministro efectivo del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad que exigen la Constitución y la ley. Los términos anteriores se contarán desde la notificación de esta sentencia”.

En este mismo sentido, en la sentencia T-092 de 1995 se estableció que existía una infracción a la obligación de calidad, por cuanto el agua que nutre el acueducto de la vereda del Patá, municipio de Aipe, Huila posee componentes considerados nocivos para el consumo humano, lo que ha generado problemas de salubridad en los habitantes de dicha vereda y niños, perjuicios en la vida y la salud debido a la gran cantidad de algunos componentes en el agua considerados nocivos para el consumo humano

Este tribunal, en este asunto, confirmo el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva el 24 de octubre de 1994, en segunda instancia, que ordenó que se realizara un acueducto nuevo sobre el Río Patá, previo estudio y análisis del CORPES.

Igualmente, en sentencia T-523 de 1994, esta Corporación estableció una trasgresión a la obligación de calidad, por cuanto la construcción de una porqueriza y varios cultivos en las inmediaciones del nacimiento de las aguas que sirven al acueducto local, ha generado la contaminación de estas y ha afectado a la población con por una infección dermatológica.

En esta ocasión, el juez constitucional ordeno al demandado suspender el funcionamiento de la porqueriza que tiene en el predio donde se encuentran los nacimientos de agua que consumen los habitantes de los llanos de Cuivá, en Yamural, y hasta tanto no ejecute las obras que realmente impidan la llegada de materias fecales a dichas fuentes y previo el lleno las licencias sanitarias y ambientales correspondientes se garantice la pureza del agua desde el nacimiento hasta la bocatoma.

Hechas las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional procede a decidir el caso concreto.

8. El caso concreto

En el caso objeto de estudio, la ciudadana María Isabel Ortiz solicita que por vía de tutela se ordene el restablecimiento del servicio público domiciliario de agua, el cual le fue suspendido por la Junta Administradora del acueducto JUAN XXIII, por el incumplimiento en el pago del valor por aquélla adeudado.

Como quedó establecido en el acápite tercero de esta providencia, el agua además de ser un derecho fundamental es un servicio público domiciliario, por lo que se rige por las disposiciones contenidas en la ley 142 de 1994.

El artículo 128 de la mencionada ley dispone que el contrato de servicios públicos es *“un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a **cambio de un precio en dinero**, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados”* (negritas fuera del texto).

Esta tipificación contractual realizada por el legislador en el artículo en mención, configuró dicho contrato como un acuerdo de voluntades de carácter oneroso, es decir, habilitó a las empresas de servicios públicos a cobrar una tarifa a la parte suscriptora o al usuario, como contraprestación por el bien que suministra.

El carácter oneroso del contrato de condiciones uniformes se explica, en tanto el pago que los usuarios o suscriptores realizan como contraprestación a los

servicios recibidos, permite **(i)** asegurar el equilibrio económico y financiero de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; **(ii)** contribuye al fortalecimiento de las mismas; **(iii)** incentiva la participación de los particulares en el mercado de los servicios públicos, lo cual contribuye a la ampliación de la cobertura en la prestación de los mismos, y **(iv)** permite que el Estado pueda establecer políticas de orden social que permitan asegurar la prestación de los servicios domiciliarios a las personas de escasos recursos; lo anterior, se funda en el principio de solidaridad, el cual, en esta materia, exige que aquellos que gozan de una mayor capacidad de pago contribuyan económicamente para lograr la cobertura del servicio en los estratos menos favorecidos.

Por estas razones, la jurisprudencia de esta Corporación reconoció como propia del contrato de servicios públicos esta característica y señaló que el deber de cumplir con esta obligación contractual es una condición indispensable para garantizar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios públicos a todos los usuarios, pues de estos pagos depende la operatividad del sistema.

En este sentido, la sentencia C- 150 de 2003 indicó que *“la persona que se abstiene de pagar por los servicios públicos que recibe, no sólo incumple sus obligaciones para con las empresas que los prestan, sino que no obra conforme al principio de solidaridad y dificulta que las empresas presten los servicios con criterios de eficiencia (artículo 365 C.P.), lo cual pugna con los principios sociales que consagra la Carta para orientar la prestación, regulación y control de los servicios públicos.”*

El legislador con miras a garantizar la prestación de los servicios públicos en debida forma, estableció en el artículo 18 de la ley 689 de 2001 que modificó el artículo 130 de la ley 142 de 1994, que: *“Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación, **la empresa de servicios públicos estará en la obligación de***

suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma”. Es decir, la mora del usuario en cancelar sus obligaciones permite a la empresa prestadora del servicio proceder al corte y suspensión de éste luego del incumplimiento en el pago de tres facturas (negrillas fuera del texto).

Este Alto Tribunal, al revisar la constitucionalidad del citado artículo, avalo esta medida adoptada por el legislador y sostuvo que “*“el pago de los precios acordados en los contratos de prestación de servicios públicos es una condición indispensable para garantizar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los mismos a los demás usuarios, de lo que se deduce que **debe haber un medio apremiante para desincentivar la falta de pago. Ese medio puede ser la suspensión**”*.”¹²³ (Negrillas fuera del texto).

No obstante, señaló en esta misma sentencia que existen unos límites específicos dentro de los que deben ajustarse el comportamiento de las asociaciones, corporaciones, instituciones o empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al momento de suspender el suministro de algún servicio. En efecto, dichas entidades prestadoras deben (i) seguir ciertos parámetros procedimentales que garanticen el debido proceso de los usuarios; (ii) abstenerse de suspender el servicio cuando se trata de establecimientos de especial protección constitucional, como los son los centros penitenciarios¹²⁴, las instituciones educativas¹²⁵ o los hospitales¹²⁶ o; (iii) **cuando las personas perjudicadas son sujetos de especial protección constitucional**¹²⁷.

Fundamentó el anterior condicionamiento, en que:

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003

¹²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 1994 y T-881 de 2001.

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1994 y T-018 de 1998.

¹²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1205 de 2004.

¹²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003

"Sólo cuando se presenta un riesgo cierto e inminente sobre derechos fundamentales, tanto el interés económico como el principio de solidaridad, deben ceder en términos de oportunidad que no de negación, frente a los intereses que involucran los referidos derechos"

"Esta protección especial torna constitucionalmente injustificada la conducta de las empresas prestadoras de servicios públicos esenciales, que alegando ejercicio de atribuciones legales proceden a efectuar como simples medidas de presión para el pago de sumas adeudadas, racionamientos o suspensiones indefinidas del servicio, en establecimientos penitenciarios, o indiscriminadamente en establecimientos de salud o establecimientos relacionados con la seguridad ciudadana"¹²⁸. (Negrillas fuera del texto)

Así las cosas, cuando la suspensión del servicio tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos, afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad o a los establecimientos de especial protección constitucional, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden y, según las circunstancias del caso, deben adoptar la decisión de continuar prestando el servicio a un usuario moroso.

Respecto del corte del servicio de acueducto a los sujetos de especial protección constitucional, como se comprobara más adelante, la medida se torna especialmente desproporcionada, ya que aunque ésta persigue un fin constitucionalmente legítimo, que es la garantía de la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios públicos a todos los usuarios y es idónea para alcanzar el objetivo perseguido, los beneficios obtenidos con su aplicación son menores que los sacrificios a que son expuestos los titulares del derecho fundamental al agua.

Sobre este último aspecto vale la pena resaltar que, la privación del servicio de

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2001.

agua potable conlleva una grave vulneración de las obligaciones que emanan del derecho fundamental al agua, específicamente las de disponibilidad y accesibilidad, por cuanto en primer lugar, restringe la posibilidad de que este sector de la población, que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, acceda a los servicios e instalaciones del recurso hídrico y en segundo lugar que se limite la disponibilidad de aquel para la satisfacción de las necesidades personales y domésticas, como la preparación de alimentos, la higiene personal y del hogar.

En este orden de ideas, las empresas prestadoras del servicio de acueducto deben brindar soluciones a esta población, para así evitar que esta población vea vulnerado su derecho fundamental al agua debido al desabastecimiento de ésta.

De tal suerte, que ante el incumplimiento en el pago de más de dos periodos consecutivos de facturación, la empresa del servicio público de acueducto deberá, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, informar la situación crediticia del usuario y el procedimiento a seguir para que éste pueda ponerse al día en sus obligaciones. Para tal fin, en caso de que la persona a la que se le preste el servicio no pueda cancelar de manera inmediata la deuda, **dicha entidad debe mantener la prestación del servicio** y con la aquiescencia de éste, deberá elaborar acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles teniendo en cuenta la capacidad económica del usurario, con el objetivo de que la pueda ponerse al día con el pago de las obligaciones causadas por el consumo del referido servicio público.

Tener en cuenta la capacidad de pago de los usuarios al momento de la elaboración de los mencionados acuerdos busca dar posibilidades efectivas a éstos para saldar las deudas que ha contraído por la prestación del servicio público, pues de no ser así, los acuerdos serían fórmulas vacías o ilusorias que nunca darían una solución adecuada a la situación que se presenta, generando con ello una afrenta a los derechos fundamentales de los usuarios.

Si una vez realizados mencionados acuerdos son incumplidos, el usuario manifiesta y prueba que no cuenta con la capacidad económica para hacerse cargo del pago de dicho servicio básico, la empresa prestadora deberá instalar, a cuenta de esta, un restrictor en el flujo del agua que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.

La omisión de alguna de las conductas referidas anteriormente, es decir que no realice los acuerdos de pago con el usuario que se encuentre en mora o que éstos no se adecuen a los parámetros establecidos en esta sentencia o que no garantice el consumo mínimo a aquellas personas que han incumplido con los acuerdos de

pago, por parte de la empresa prestadora del servicio de agua la obligará a asumir la totalidad del costo del servicio hasta que cambie la situación económica del beneficiario del servicio, dado que su conducta atenta contra el derecho al acceso al agua potable y pone en grave riesgo la subsistencia de las personas que requieren de este preciado líquido.

La empresa encargada del servicio público de acueducto, agotado este procedimiento podrá, con el objetivo de recuperar las cantidades adeudadas por el usuario, ejercer las acciones judiciales correspondientes.

Con ello se concilian el principio de solidaridad que inspira la prestación de los servicios públicos, por una parte y el derecho fundamental al agua de los usuarios que son sujetos de especial protección y que se encuentran en imposibilidad de pago, por otra, pues se garantiza el acceso a unas cantidades mínimas de agua a esta población que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, de conformidad con los postulados expuestos por la jurisprudencia constitucional y se asegura el recaudo de los recursos que son necesarios para la operatividad del sistema.

Por otra parte, es necesario resaltar que el artículo 355 de la Constitución Política, modificado por los actos legislativos No. 1 de 2001 y No. 4 de 2007 estableció el denominado *sistema general de participaciones*, el cual es el mecanismo por el cual las entidades territoriales ejercen su derecho a participar en las rentas nacionales.

En éste se dispuso expresamente que **los recursos del Sistema General de Participaciones** de los departamentos, distritos y municipios **se destinarán a la financiación de los servicios públicos a su cargo, dándoles prioridad** al servicio de salud, los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, y **servicios públicos de agua potable y saneamiento básico**, garantizando la prestación y ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.

El legislador, en desarrollo del referido mandato constitucional profirió la Ley 715 de 2001, que posteriormente fue adicionada por la Ley 1176 de 2007, la cual reglamentó, entre otras cosas, todo lo relativo a la distribución de los recursos destinados específicamente a la atención del servicio de agua potable y saneamiento básico.

En ésta se estableció que la participación para agua potable y saneamiento básico ascendería, después de realizar las deducciones contempladas en el parágrafo 2 del artículo 2 de la ley 715 de 2001 y de los parágrafos transitorios 2o y 3o del artículo 4o del Acto Legislativo 04 de 2007, al 5.4% del presupuesto

nacional¹²⁹, el cual se distribuiría 85% para distritos y municipios y el 15% restante para los departamentos y el Distrito Capital, de acuerdo con los criterios de distribución establecidos en el artículo 7 y 8 respectivamente¹³⁰.

Los recursos que se asignen a los distritos y municipios, de acuerdo con el artículo 11 de la ley 1176 de 2007, deberán destinarse a financiar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, en las siguientes actividades: a) **Los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad vigente;** b) Pago del servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, mediante la pignoración de los recursos asignados y demás operaciones financieras autorizadas por la ley; c) Preinversión en diseños, estudios e interventorías para proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico; d) Formulación, implantación y acciones de fortalecimiento de esquemas organizacionales para la administración y operación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, en las zonas urbana y rural; e) Construcción, ampliación, optimización y mejoramiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado, e inversión para la prestación del servicio público de aseo; f) Programas de macro y micromedición; g) Programas de reducción de agua no contabilizada; h) Adquisición de los equipos requeridos para la operación de los sistemas de agua potable y saneamiento básico; i) Participación en la estructuración, implementación e inversión en infraestructura de esquemas regionales de prestación de los municipios.

¹²⁹ Ley 1176 de 2007; Artículo 2o. El artículo 4o de la Ley 715 de 2001, quedará así: “**Artículo 4o. Distribución Sectorial de los Recursos.** El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el párrafo 2o del artículo 2o de la Ley 715 y los párrafos transitorios 2o y 3o del artículo 4o del Acto Legislativo 04 de 2007, se distribuirá entre las participaciones mencionadas en el artículo 3o de la Ley 715, así: 1. Un 58.5% corresponderá a la participación para educación. 2. Un 24.5% corresponderá a la participación para salud. 3. Un 5.4% corresponderá a la participación para agua potable y saneamiento básico. 4. Un 11.6% corresponderá a la participación de propósito general.

¹³⁰ Ley 1176 de 2007; Artículo 6o. . Los recursos del Sistema General de Participaciones correspondientes a la participación para agua potable y saneamiento básico, se distribuirán de la siguiente manera: 1. 85% para distritos y municipios de acuerdo con los criterios de distribución establecidos en el artículo 7o de la presente ley. 2. 15% para los departamentos y el Distrito Capital, de acuerdo con los criterios de distribución establecidos en el artículo 8o de la presente ley.

PARÁGRAFO. Los recursos que por concepto de la distribución departamental que reciba el Distrito Capital se destinarán exclusivamente para el Programa de Saneamiento Ambiental del río Bogotá.

El literal a) del artículo en mención, que es el que interesa para el caso en estudio, desarrolla a su vez el artículo 368 de la Carta, el cual establece: “*La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.*”

El otorgamiento de subsidios, en este contexto, está regulado por el artículo 99 de la ley 142 de 1994, el cual consagra, que las entidades anteriormente reseñadas podrán conceder subsidios de acuerdo a las siguientes reglas: (i) se debe indicar específicamente el tipo de servicio subsidiado; (ii) la entidad prestadora que repartirá el subsidio, (iii) hacerse el reparto entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar; (iv) los subsidios no excederán, en ningún caso, del valor de los consumos básicos o de subsistencia.; (v) La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran. **En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1;** (vi) sólo se otorgarán los subsidios a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los estratos 1 y 2 y las comisiones de regulación definirán las condiciones para otorgarlos al estrato 3.

En este orden de ideas, las entidades territoriales están autorizadas para conceder subsidios a las personas que habitan en los estratos 1, 2 y excepcionalmente al 3, con cargo a la partida para agua potable y saneamiento básico del sistema general de participaciones y de su propio presupuesto, este subsidio no puede ser superior al 50% del costo medio del suministro para estrato 1, que es el que interesa para este caso.

Como se desprende de las pruebas aportadas por la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII, ni el municipio, ni el departamento “*han transferido los subsidios del Estado en esa localidad, ni ingresan recursos de ningún ente o institución benéfica*”¹³¹.

Esta conducta demuestra un abandono por parte de los gobiernos de turno de cada una de las esferas políticas a los habitantes de este sector del país y el

¹³¹ Folio 15, Cuaderno Principal

incumplimiento, conforme al artículo 2 de la Constitución, de los fines esenciales que le han sido conferidos al Estado.

Así las cosas, debido a que el Estado es el principal garante de cada una de las obligaciones que se desprenden del derecho al agua y especialmente la relacionada con la disponibilidad, que obliga al Estado a brindar una *cantidad* suficiente de agua, como mínimo para satisfacer las necesidades básicas de bebida, alimentación o cocción de alimentos, la limpieza y el saneamiento de las personas que habitan en su jurisdicción y de acuerdo con la normatividad precedente que conmina al Estado a brindar subsidios a las personas de mas bajos recursos para este mismo fin, el municipio de Guarne, Antioquia deberá asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua que le sea proporcionado al usuario como garantía mínima del recurso hídrico, ya que su omisión ha generado y tiene la posibilidad de producir futuras afrentas al derecho fundamental al agua potable.

Ahora bien, esta Sala de Revisión, entrará a esclarecer las condiciones personales de los afectados con la suspensión del servicio de acueducto efectuado por parte de la Junta Administradora del Acueducto Veredal Juan XXIII, con el objetivo de determinar si estos son sujetos de especial protección constitucional y si se encuentran bajo los supuestos establecidos por esta Corporación en la sentencia C- 150 de 2003 para inaplicar el artículo 18 de la ley 689 de 2001 que modificó el artículo 130 de la ley 142 de 1994.

La categoría de sujetos de especial protección constitucional surge como emanación directa de la cláusula de Estado social de derecho consagrada por nuestra Carta Política en su artículo 1º, de la inclusión de la igualdad como principio rector de nuestro sistema jurídico y particularmente del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 13 superior, al tenor del cual:

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Se trata entonces, de grupos poblacionales identificados en algunos casos por el constituyente (mujeres en estado de embarazo, madres cabeza de familia,

adultos mayores, niños, adolescentes y discapacitados) y en otros por el juez constitucional (grupos étnicos, personas privadas de la libertad, desplazados, defensores de derechos humanos, reinsertados, entre otros.) que, en atención a sus especiales circunstancias, reclaman a la luz del texto constitucional una protección particularmente vigorosa de sus derechos fundamentales.

En desarrollo de los artículos 13 y 43 de la Carta Magna, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha señalado que las mujeres cabeza de familia son sujetos de especial protección y, por tanto, gozan de una protección reforzada.

Esta garantía especial tiene como fundamento, de acuerdo con los pronunciamientos de esta Corporación, la responsabilidad que la mujer ostenta dentro del hogar, pues se constituye como la única fuente donde se deriva el sustento diario de las personas que dependen de ella¹³².

En el caso concreto, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la señora María Isabel Ortiz debe ser considerada un sujeto de especial protección, pues ella está a cargo de la dirección del hogar, es la encargada del mantenimiento de éste y está a cargo de sus 2 hijos menores.

Adicionalmente la actora manifestó que padece de una enfermedad que le impide trabajar, afirmación que nunca fue desvirtuada por la entidad demandada, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación en desarrollo de la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, se presumen como ciertas, dado que la carga probatoria para desvirtuarlas se invierte a favor del peticionario.

Esta Sala estima que la situación de salud de la peticionaria, hace que confluyan dos circunstancias para que ésta sea considerada como sujeto de especial protección para el Estado por sus condiciones de debilidad manifiesta, pues es madre cabeza de familia y no está en condiciones normales para desempeñar una actividad laboral, y de acuerdo con su propia versión, carece de los medios y posibilidades económicos necesarios para sufragar la deuda contraída con la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII y obtener la reconexión del

¹³² Corte Constitucional, Sentencia T-1183 de 2005.

servicio de agua.

Aunado a lo anterior debe tenerse en cuenta que en el lugar donde fue suspendido el servicio residen dos menores de edad, los cuales también tienen la calidad de sujetos de especial protección.

Esta Corporación ha reconocido a los menores de edad como sujetos de especial protección constitucional, en consideración de que tanto la Constitución Política¹³³ como los tratados internacionales¹³⁴ expresamente consagran la obligación del Estado de proteger de manera especial a los niños. Sobre el particular, en la sentencia SU-225 de 1998, esta Corporación afirmó:

*“En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que **los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. Art. 44).**”* (Negrilla fuera del texto).

Como se ha podido constatar la accionante como sus dos hijos son sujetos de especial protección constitucional, por tanto, se encuentran inscritos bajo una de las causales establecidas por este Alto Tribunal en la sentencia C-150 de 2003 por lo que le está vedado a las entidades prestadoras del servicio suspender el servicio de acueducto, ya que, como se señaló en líneas precedentes, esta medida se torna desproporcionada cuando es aplicada a este tipo población y constituye una afrenta al derecho fundamental al agua potable de éstos.

Es necesario tomar en consideración ahora que la actora no ha podido pagar

¹³³ Artículo 44 de la Constitución Política.

¹³⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos; Convención sobre los Derechos del Niño.

los acuerdos de pago realizados por cuanto éstos no atendieron a la capacidad de pago actual de la peticionaria, esta situación ha traído como consecuencia que la empresa prestadora del servicio de acueducto le haya suspendido el servicio, constituyéndose con eso una vulneración al derecho fundamental al agua potable, de acuerdo con los términos establecidos en esta sentencia. Por ello, dicha entidad, con el fin de garantizar el acceso al agua de la peticionaria y sus hijos menores de edad, deberá: (i) restablecer el flujo de agua potable, (ii) revisar los acuerdos de pago realizados entre las partes, con el objetivo de implementar una fórmula en la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones con la empresa de servicios públicos y en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda deberá (iii) instalar el reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.

No adoptar esta medida en este caso obligaría a mantener una situación que atenta contra el derecho fundamental al agua, específicamente las obligaciones de accesibilidad física y calidad, pues la petente tendría que hacer largos recorridos para conseguir el líquido vital que tanto ella como sus dos hijos requieren para satisfacer sus necesidades básicas de una charca de aguas lluvias la cual no cuenta con la potabilidad requerida para el consumo humano.

En conclusión, el servicio público de acueducto es un servicio de carácter oneroso, por ello la suspensión de éste por el incumplimiento en el pago es constitucionalmente admisible. No obstante, cuando el impago se presente por un usurario que se encuentre bajo la categoría de sujeto de especial protección, la empresa prestadora del servicio de agua deberá realizar los acuerdos de pago con el deudor de la mencionada prestación económica de acuerdo con su capacidad económica. En el evento en que aquél manifieste y pruebe que no puede cumplir con los referidos acuerdos, la empresa de servicios públicos está obligada a garantizar un consumo mínimo de agua, conforme a lo establecido en esta sentencia. Finalmente, la inobservancia de

estas conductas por parte de la entidad encargada del suministro de agua potable impondrá la carga a ésta de asumir la totalidad del servicio hasta tanto se supere las condiciones que impidieron el no pago por el usuario.

En este orden de ideas, esta Sala de Revisión concederá el amparo solicitado por la accionante. En consecuencia, revocará, de acuerdo con las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) y ordenará a la Junta Administradora del Acueducto Juan XXIII que: (i) restablezca el flujo de agua potable, (ii) revise los acuerdos de pago realizados entre la señora María Isabel Ortiz y dicha entidad prestadora del servicio de agua potable, con el objetivo de implementar una fórmula en la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones con ésta y en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda deberá (iii) instalar el reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.- CONCEDER la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) por los motivos expuestos en esta sentencia.

TERCERO.- ORDENAR a la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII : (i) **RESTABLECER** el flujo de agua potable en la vivienda de la accionante, (ii) **REVISAR** los acuerdos de pago realizados entre la señora María Isabel Ortiz y dicha entidad prestadora del servicio de agua potable, con el objetivo de implementar una fórmula en la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones y en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda (iii) **INSTALAR** el reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.

CUARTO.- ORDENAR al municipio de Guarne (Antioquia) asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua que le sea proporcionado a la señora María Isabel Ortiz y su grupo familiar como garantía mínima del recurso hídrico

Líbrese por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ANEXO E – DECISÃO T – 790/14 DA COLÔMBIA**Sentencia T-790/14**

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Contenido y obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua de conformidad con el bloque de constitucionalidad

En nuestra Constitución Política no se consagra expresamente el derecho al agua como un derecho fundamental. Sin embargo, en virtud del contenido del artículo 93 Superior que preceptúa: “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”, esta garantía hace parte del catálogo de derechos fundamentales que cualquier ciudadano puede invocar para solicitar su protección bajo nuestro ordenamiento constitucional, teniendo en cuenta que es reconocida en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como más adelante se analizará. En otras palabras, en virtud de la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, el derecho al agua ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno para enriquecer el capítulo de derechos fundamentales de la Carta Superior.

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE-Naturaleza/**DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA**-Contenido

PRESTACION ADECUADA Y EFICIENTE DE SERVICIOS PUBLICOS-Fin social del Estado

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Obligaciones del Estado para garantizar disponibilidad, accesibilidad, calidad del servicio de agua y no discriminación en la distribución

DERECHO AL AGUA POTABLE-Vulneración por no suministro del servicio de agua a sujeto de especial protección, en especial a niños

Para la Sala, la entidad prestadora del servicio público vulneró el derecho al agua del actor y su núcleo familiar por cuanto, en estos momentos no se les está prestando el servicio de agua potable y, el suministro que realizaron por dos semanas no garantiza la cantidad mínima esencial de agua que requieren para la realización de sus actividades diarias, ni se han previsto otras formas de distribución que garanticen el contenido mínimo del derecho, tales como carro tanques o la construcción de una estación de bombeo. Por ende, esta carencia impide que el accionante y su familia cuenten con el agua potable mínima que les permita llevar a cabo sus planes de vida dentro del Estado Social de Derecho.

DERECHO AL AGUA POTABLE-Orden a Alcaldía realice gestiones necesarias para la construcción de una estación de bombeo en el lugar más adecuado dentro del predio rural donde se encuentra la vivienda del actor para garantizar suministro de agua

DERECHO AL AGUA POTABLE-Orden a Empresa de Servicios Públicos programe y lleve a cabo suministro provisional a través de carro tanques hasta tanto se construya la estación de bombeo para garantizar suministro de agua

Referencia: expediente T- 4.440.691

Acción de Tutela instaurada por Pedro Alcides Enciso Ramírez contra Alcaldía Municipal de San Martín (Meta), la Empresa

de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos (Meta) CAFUCHE S.A. E.S.P. y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Temas: (i) el contenido del derecho fundamental al agua potable, (ii) la prestación de los servicios públicos como una finalidad social del Estado y, (iii) a la luz de las anteriores premisas, se analizará el caso concreto.

Problema jurídico: Corresponde a la Sala analizar si la Alcaldía Municipal de San Martín, Meta, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos, Meta, CAFUCHE S.A. E.S.P. y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, están vulnerando los derechos fundamentales al agua potable, a la vida y a la salud del actor y su núcleo familiar, debido a la negativa de autorizar la instalación del servicio definitivo de acueducto en su vivienda.

Derechos Fundamentales Invocados: Agua potable, vida y salud.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Martha Victoria Sáchica Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia dictada el treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Promiscuo de Familia de San Martín de los Llanos (Meta), que **REVOCÓ** la decisión de primera instancia proferida el cinco (05) de marzo de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Martín de los Llanos (Meta), en el trámite de la acción de tutela incoada por Pedro Alcides Enciso Ramírez contra la Alcaldía Municipal de San Martín de los Llanos, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos (Meta) CAFUCHE S.A. E.S.P. y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

1. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Ocho de 2014 de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1.1. SOLICITUD

El señor **Pedro Alcides Enciso Ramírez**, invocó la protección de sus derechos fundamentales al agua potable, a la vida y a la salud, los cuales considera vulnerados por la Alcaldía Municipal de San Martín, Meta, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos, Meta, CAFUCHE S.A. E.S.P. y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Lo anterior, debido a la negativa de las mismas a garantizar y asegurar la prestación de manera definitiva del servicio de agua potable.

En consecuencia, solicita se ordene a las entidades demandadas que adopten las medidas adecuadas y necesarias para garantizar el suministro de agua potable a él y a su núcleo familiar. En concordancia con lo anterior, pidió que entretanto se accediera a su pretensión principal debía ordenarse a las autoridades accionadas asegurar el acceso a un mínimo de agua potable.

1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

1.2.1. Manifiesta el actor que habita junto con su esposa y sus tres hijos menores de edad, Laura de catorce (14) años de edad, Johan de nueve (9) y Nicole de ocho (8), en el predio denominado Tupinamba, ubicado en San Martín, Meta.

1.2.2. Sostiene que se abastecen de agua mediante un jagüey o aljibe construido aproximadamente hace cincuenta (50) años.

- 1.2.3.** Afirma que el agua extraída de dicho pozo no es apta para el consumo humano pues no cuenta con una planta de tratamiento y debido a ello se producen brotes e infecciones diarreicas, especialmente en los niños.
- 1.2.4.** Asegura que en la época de verano que comienza en el mes de diciembre y se extiende hasta abril, el jagüey se seca, razón por la cual se ven obligados a traer el líquido a diario con canecas o pagando un precio elevado por dicho servicio a los carro tanques que los abastecen.
- 1.2.5.** Aduce que dependiendo el rigor del verano, el caño Piñalito que cruza el inmueble que habitan también se seca.
- 1.2.6.** Sostiene que el inmueble rural donde se encuentran domiciliados se encuentra a menos de 350 metros del molino PROCEARROZ o Carolina que cuenta con el servicio de acueducto suministrado por el Municipio.
- 1.2.7.** El actor realiza una ubicación geográfica del terreno y explica que la casa de habitación se encuentra a un (1) km de distancia en línea recta por la carretera pavimentada que comunica con Granada y que la tubería del acueducto del Ariari, inaugurado en junio de 2013, por el Ministro de Vivienda se encuentra a menos de 50 metros de su casa de residencia.
- 1.2.8.** Afirma que el 24 de octubre de 2013, elevó derecho de petición solicitando a la Alcaldía del Municipio de San Martín Meta y al Secretario de Servicios Públicos del mismo municipio, la instalación del servicio de acueducto en el predio denominado Tupinamba. De igual modo, solicitó que se garantizara el derecho al agua potable para el consumo, la higiene y la preparación de los alimentos del núcleo familiar.
- 1.2.9.** Expone que su solicitud se fundamenta en el hecho de que las redes del acueducto del Municipio se encuentran surtiendo un predio de uso industrial que colinda con el suyo y que técnicamente no es complicado ni costoso extender la red del servicio de acueducto a su casa. Así mismo, manifiesta que no sería complicado extender las redes del acueducto regional del Ariari a su vivienda ya que las tuberías pasan a escasos cincuenta (50) metros del lugar donde habita.

- 1.2.10.** Relata que CAFUCHE S.A. E.S.P., mediante oficio No. CEFPPDFLL 75-2013 del veintinueve (29) de octubre de dos mil trece (2013) resolvió la solicitud del contrato presentada por el interesado y sostuvo que el municipio no tenía planteado extender al sector rural el servicio de agua potable.
- 1.2.11.** Agrega que mediante escrito radicado el seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013), presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el oficio del veintinueve (29) de octubre de dos mil trece (2013), que resolvió de manera negativa la solicitud del contrato presentada.
- 1.2.12.** Alega que la entidad contaba con quince días hábiles que vencían el veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), para darle trámite y respuesta al recurso y que a partir de dicha fecha disponía de cinco días para iniciar la notificación del acto.
- 1.2.13.** Explica que mediante Resolución No, 009 del veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013), la entidad resolvió el recurso de reposición, pero sostiene que había operado la figura del silencio administrativo positivo, si se tiene en cuenta que el plazo para resolver la reposición había expirado.
- 1.2.14.** Asegura que la notificación del recurso de reposición se presentó el cinco (05) de diciembre de dos mil doce (2012), cuando procedía a radicar la solicitud del silencio positivo administrativo.
- 1.2.15.** Aduce que mediante acto calendado el doce (12) de diciembre de dos mil trece (2013), notificado el veintitrés (23) de diciembre de dos mil trece (2013), se negó *“en una posición absurda y antijurídica”* la aplicación del silencio administrativo positivo con el argumento que *“el suscrito no ostenta la calidad de suscriptor o de usuario y que los recursos solo proceden por violación de la ley o de las condiciones uniformes del contrato”*.

1.2.16. Expone que mediante escrito del trece (13) de diciembre de dos mil trece (2013) radicado en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios solicitó que se adoptaran las medidas del caso para *“hacer efectiva la ejecutoriedad del acto administrativo presunto y demás acciones pertinentes para hacer efectiva la ejecutoriedad del acto administrativo presunto y demás acciones pertinentes respecto de un recurso de reposición sobre una negativa del contrato que no fue contestado dentro del plazo del artículo 158 de la Ley 142 de 1994”*.

1.2.17. Manifiesta que al momento de presentar la acción de amparo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no había emitido pronunciamiento alguno respecto del escrito que se había presentado.

1.2.18. Sostiene que efectivamente procede el reconocimiento del silencio administrativo positivo y que existe una violación flagrante a los derechos fundamentales invocados al agua potable, a la vida y a la salud.

1.3. TRASLADO, CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DILIGENCIA DE AMPLIACIÓN

1.3.1. El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Martín de los Llanos Meta, mediante auto del diecinueve (19) febrero de dos mil catorce (2014), admitió la acción de tutela. Igualmente, ordenó la notificación de rigor y libró comunicación a las entidades accionadas para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del recibo de la comunicación, rindieran informe detallado sobre los hechos alegados.

1.3.2. También, ordenó citar al accionante Pedro Alcides Enciso Ramírez, con el fin de aclarar algunos hechos y pretensiones sobre las cuales se fundamenta la demanda.

1.3.3. Respuesta de la Empresa de Servicios Públicos de San Martín de los Llanos CAFUCHES

1.3.3.1. Mediante escrito del veinticuatro (24) de febrero de dos mil catorce (2014), el representante legal de CAFUCHES S.A. E.S.P. se pronunció respecto de la acción de tutela presentada y solicitó que la misma fuera declarada improcedente, teniendo en cuenta que la negativa a la

conexión del servicio está fundamentada en argumentos técnicos y científicos.

- 1.3.3.2.** Indicó que efectivamente por el predio del accionante atraviesa una tubería del Acueducto de Ariari, pero la misma es una línea de conducción en tubería de hierro dúctil de 18 pulgadas con altas presiones lo que no permite conexiones de tipo domiciliario.
- 1.3.3.3.** Señaló que no se han realizado obras de conexión, pero que ello se debe a que no cuentan con recursos suficientes y porque la cobertura de red no permite que se suministre el servicio solicitado.
- 1.3.3.4.** Adujo que la decisión de no aplicar el silencio administrativo positivo obedece a argumentos jurídicos, ya que el accionante no ostenta la calidad de suscriptor o usuario de la empresa y porque los recursos en virtud del artículo 156 de la Ley 142 de 1994 solo pueden interponerse por violación de la ley o de las condiciones uniformes del contrato.

1.3.4. Respuesta de la Alcaldía Municipal del Municipio de San Martín de los Llanos Meta

- 1.3.4.1.** La Alcaldía Municipal de San Martín de los Llanos Meta, mediante escrito del veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014), dio respuesta a la acción de tutela presentada y se opuso a las pretensiones del tutelante.
- 1.3.4.2.** Argumentó que en ningún momento se presentó una violación a los derechos fundamentales del actor, ya que la administración Municipal cumple con las obligaciones de Ley en cuanto a la prestación de los servicios públicos domiciliarios.
- 1.3.4.3.** Manifestó que se han buscado soluciones a la problemática del servicio de acueducto de los predios rurales, sin embargo sostiene que no cuentan con recursos para realizar los proyectos necesarios.
- 1.3.4.4.** Por último, expuso que no hay lugar al reconocimiento del silencio administrativo positivo porque las respuestas a la petición y al recurso presentado se dieron dentro del término señalado en el Código Contencioso Administrativo.

1.3.5. Respuesta de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

- 1.3.5.1.** Mediante escrito del veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014), la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se opuso a las pretensiones del accionante. Al respecto indicó:
- 1.3.5.2.** Sostuvo que los servicios públicos se someten al régimen jurídico consagrado en la Ley 142 de 1994 y establecido como *“un sistema integrado de control social y defensa del usuario frente a las prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, del cual pueden hacer parte todos los suscriptores actuales, potenciales y usuarios de los servicios públicos”*.
- 1.3.5.3.** Realizó una explicación del procedimiento especial para adelantar trámites de silencio administrativo positivo y narró que la solicitud fue presentada por el peticionario data del 13 de diciembre de 2013 con radicado No. 20148150001336 respecto de la respuesta tardía de la empresa CAFUCHES S.A E.S.P.
- 1.3.5.4.** Continuó diciendo que dentro de la averiguación preliminar se estableció que la citada empresa no se encontraba registrada en el sistema de información Orfeo, por lo que se dio trámite a la inclusión para efectos de seguir adelantando la investigación.
- 1.3.5.5.** Manifestó que con posterioridad se profirió el auto No. 20148150001336 del veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014) mediante el cual se inició la investigación por el silencio administrativo positivo y se elevó pliego de cargos contra la empresa por la presunta respuesta tardía.
- 1.3.5.6.** Adujo que al momento de contestar la acción de tutela, el auto mediante el cual se inició la investigación y se elevó pliego de cargos se encontraba en proceso de notificación y que en virtud de lo anterior se ha adelantado el trámite conforme a lo regulado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- 1.3.5.7.** Expuso que la Superintendencia es la encargada de vigilar y controlar las actividades que adelantan las empresas prestadoras, más no tiene a su cargo la prestación del servicio y lo que ello implica.

1.3.5.8. Sostuvo que en ningún momento dicha dependencia ha vulnerado derechos fundamentales del accionante, ya que solo adelantó el trámite de silencio administrativo puesto a su conocimiento.

1.3.5.9. Para terminar, expresó que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial y que la acción de tutela no fue creada para sustituir la protección del Régimen normal de la legalidad.

1.3.6. Diligencia de ampliación de tutela del señor Pedro Alcides Enciso

1.3.6.1. Mediante diligencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil catorce (2014), el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Martín de los Llanos, Meta, recibió la ampliación de la declaración del señor Pedro Alcides Enciso Ramírez. Al respecto indicó el tutelante:

1.3.6.2. Ante el interrogatorio formulado por el despacho el accionante manifestó que desde hace 10 meses se encontraba viviendo en el predio con permiso del propietario del inmueble, el señor Eduardo Parra Cruz.

1.3.6.3. Indicó que es desplazado del municipio de Villanueva Casanare y que desde hacía un tiempo su hija Nicolle de ocho (8) años presentó un brote en la piel por lo que ha tenido que ser llevada al hospital en dos ocasiones.

1.3.6.4. Relató que sus otros hijos presentan el mismo brote y que el predio donde residen queda aproximadamente a un kilómetro de distancia de San Martín de los Llanos.

1.3.6.5. Contestó que el agua llega hasta el molino de arroz Carolina y que a partir de ahí más de diez familias no se benefician del servicio de acueducto.

1.3.6.6. Por último, señaló que debido a que el aljibe se encuentra seco toman el agua de un caño llamado Piñalito que pasa cerca de la vivienda.

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Sentencia de primera instancia, Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Martín de los Llanos, Meta.

1.4.1.1. Mediante sentencia proferida el cinco (05) de marzo de dos mil catorce (2014), el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Martín de los Llanos, Meta, negó por improcedente el amparo de los derechos del accionante. A su vez, convocó al actor para que realizara adecuaciones al aljibe del cual se abastecen y exhortó a la administración municipal para que realizará las labores necesarias para que se expandieran las redes de acueducto hacia las zonas veredales.

1.4.1.2. Indicó que tanto el Municipio de San Martín, como la empresa de servicios públicos CAFUCHE S.A E.S.P, están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto debido a que tienen a su cargo la prestación del servicio público de acueducto.

1.4.1.3. Manifestó que el procedimiento especial para adelantar trámites de silencio administrativo positivo está en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos y por ello se abstiene de realizar pronunciamiento en cualquier sentido.

1.4.1.4. Aseguró que del material probatorio recaudado dentro del trámite se extrae que ni Pedro Alcides Enciso ni el dueño del bien inmueble realizaron los trámites o las gestiones del caso en aras de la conexión del servicio.

1.4.1.5. Por otra parte, señaló que el inmueble donde funciona el molino de Arroz Carolina efectivamente cuenta con el servicio de acueducto pero debido a que su propietario dispuso la compra de tubería e incurrió en el costo de la obra.

1.4.1.6. Resaltó que la empresa CAFUCHES S.A E.S.P obró con diligencia y dio contestación al derecho de petición resolviendo lo solicitado y aseguró que los recursos en cuanto a la violación de la ley o las condiciones uniformes del contrato no aplicaban para el asunto en cuestión pues el actor no cuenta con la calidad de suscriptor ni usuario.

- 1.4.1.7.** Expuso que existen incongruencias en lo expresado por la esposa del actor en la inspección judicial realizada y lo expuesto por el accionante en la diligencia de ampliación, pues mientras la primera señaló que *“en otras ocasiones habían vivido allí, es decir que se habían ido y regresado y que nunca se había secado el aljibe, solo este verano”* el peticionario expresó que es desplazado y que hace tan solo 10 meses se encuentra viviendo en dicha residencia.
- 1.4.1.8.** Agregó que en la diligencia de inspección judicial, la señora Esmeralda Arias, esposa del accionante, sostuvo que en el tiempo de su estadía no se había hecho aseo a la fuente hídrica. Adicionalmente, el despacho constató que el pozo si contaba con agua contrario a lo que se afirmaba.

1.4.2. Impugnación

El accionante mediante escrito radicado el once (11) de marzo de dos mil catorce (2014) impugnó el fallo proferido por el Juez Constitucional de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos:

- 1.4.2.1.** Sostiene que el juez de instancia desconoció que en el inmueble residen menores de edad lo que exime la exigencia del requisito de subsidiariedad.
- 1.4.2.2.** Resalta que el *A Quo* se apartó de la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional que ha salvaguardado los derechos de personas en situaciones similares y ha sostenido que los reglamentos, procedimientos o requisitos exigidos por las entidades prestadoras del servicio no pueden ser obstáculos para negar la prestación del servicio.
- 1.4.2.3.** Aduce que la acción de tutela es el medio idóneo para solicitar el servicio de agua potable, por lo menos de manera transitoria y así mismo, que el factor económico no puede convertirse en un componente a la hora de prestar el servicio.

1.4.2.4. Añade que se debe tener en cuenta su calidad de desplazado y que no es suficiente limpiar el aljibe, pues para potabilizar el agua es necesario realizar procesos químicos. Por lo tanto, resalta que la inspección judicial no es un medio técnico e idóneo para determinar si el agua es potable o no.

1.4.3. Sentencia de segunda instancia- Juzgado Promiscuo de Familia de San Martín de los Llanos, Meta

1.4.3.1. Mediante sentencia del treinta y uno (31) de marzo dos mil catorce (2014), el Juzgado Promiscuo de Familia de San Martín **revocó** la sentencia de instancia. En su lugar, tuteló los derechos al agua, a la vida y a la salud de Pedro Alcides Enciso Ramírez y los demás miembros de su núcleo familiar.

1.4.3.2. Ordenó a la empresa CAFUCHES S.A E.S.P que suministrara el servicio de agua potable mediante carro tanque a la vivienda del accionante por el término de dos semanas contadas a partir de la notificación de la providencia.

1.4.3.3. Del mismo modo, ordenó que dentro de los dos (2) meses siguientes a la comunicación del fallo realizara o contratara los estudios necesarios para determinar la viabilidad de conectar la casa del accionante a la red pública de acueducto más cercana a la vereda de la cual hace parte el predio y de ser viable determinó que el proyecto debería ser de carácter prioritario y realizado dentro de la vigencia presupuestal 2015.

1.4.3.4. El juzgado de segunda instancia basó su decisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que dio al agua el carácter de derecho fundamental y que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas.

1.4.3.5. Expuso que la falta de la prestación del servicio afecta los derechos fundamentales del actor y de su grupo familiar sobre todo si se tiene en cuenta que hay menores de edad de por medio.

1.4.3.6. Finalmente, aseguró el juzgado que no se trata de resolver una controversia de carácter contractual como lo quieren hacer ver la empresa accionada sino de ejercer acciones a favor de la comunidad.

1.5. PRUEBAS RELEVANTES DENTRO DEL PROCESO

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1.5.1. Copia de la formula médica expedida por el Hospital Local San Martín de los Llanos (Meta), perteneciente a la paciente Nicolle Alexa Enciso Arias (Folio 9, Cuaderno No.2).

1.5.2. Copia del oficio No. CESPDSLL93-2013 del 12 de diciembre de 2013 expedido por CAFUCHE S.A E.S.P, dirigido a Pedro Alcides Enciso Ramírez con referencia aplicación del silencio administrativo a recurso de reposición y apelación No. CESPDSLL75-2013 (Folios 10-11, Cuaderno No.2).

1.5.3. Copia de la Resolución No. 009 fechada el 28 de noviembre de 2013, proferida por CAFUCHES S.A E.S.P, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado contra el oficio No. CESPDSLL75-2013 y se concede el recurso de apelación (Folios 12-14, Cuaderno No.2).

1.5.4. Copia de la solicitud de reconocimiento del silencio administrativo positivo presentada por Pedro Alcides Enciso Ramírez a la empresa CAFUCHES S.A E.S.P, con recibido del 05 de diciembre de 2013 (Folios 15-16, Cuaderno No.2).

1.5.5. Copia de la solicitud presentada el 13 de diciembre de diciembre de 2013 a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por parte de

Pedro Enciso Ramírez, con referencia a la aplicación del silencio administrativo positivo (Folios 17-19, Cuaderno No.2).

- 1.5.6. Copia del derecho de petición presentado por Pedro Alcides Enciso a la Alcaldía del Municipio de San Martín de los Llanos Meta y al Secretario de Servicios Públicos, con recibido el 24 de octubre de 2013, en el que se solicita la instalación del servicio de agua potable y saneamiento básico (Folios 20-21, Cuaderno No.2).
- 1.5.7. Copia del oficio CESPDSLL75-2013 de fecha 29 de octubre de 2013 dirigido a Pedro Alcides Enciso por parte de CAFUCHES S.A E.S.P mediante el cual se resuelve su solicitud de instalación del servicio de agua potable y saneamiento básico (Folio 22, Cuaderno No.2).
- 1.5.8. Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación presentado por el accionante con sus respectivos anexos el 06 de noviembre de 2013 en contra del oficio CESPDSLL75-2013, dirigido a la empresa CAFUCHES S.A E.S.P y al Alcalde del Municipio de San Martín de los Llanos (Meta) (Folios 23-31, Cuaderno No.2).
- 1.5.9. Copia de la noticia *“Inaugurado el acueducto regional de Ariari en el Meta”* tomada de la página web: www.noticiasdevillavicencio.com/index (Folios 33-34, Cuaderno No.2).
- 1.5.10. Copia de la noticia *“acueducto regional del ARIARI, mejor obra de ingeniería 2013 según la sociedad de ingenieros del Meta”* tomada de la página web: www.meta.gov.co/es/acueducto-regional-del-ariari-mejor-obra. (Folio 35, Cuaderno No.2).
- 1.5.11. **PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO POR EL JUZGADO PRIMERO PROMISCOO MUNICIPAL DE SAN MARTÍN DE LOS LLANOS, META**
 - 1.5.11.1. Diligencia de ampliación de tutela de Pedro Alcides Enciso Ramírez recibida el 25 de febrero de 2014 (Folios 114-115, Cuaderno No.2).

1.5.11.2. Reglamento general para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado del Municipio de San Martín de los Llanos (Meta). Remitido por CAFUCHES S.A E.S.P (Folios 156-166, Cuaderno No.2).

1.5.11.3. Copia de la Inspección judicial realizada el 04 de marzo de 2014 por el juez de primera instancia al predio Tupinamba del Municipio de San Martín de los Llanos (Meta) (Folio 167, Cuaderno No.2).

1.5.12. PRUEBAS ALLEGADAS EN SEDE DE TUTELA

1.5.12.1. En informe allegado a este despacho el nueve (09) de octubre de dos mil catorce (2014), el señor Pedro Alcides Enciso Ramírez, envió documentos con la finalidad de anexarlos como medio probatorio a la presente acción de tutela. Al respecto anexa: (i) solicitud de selección de tutela presentada el quince (15) de julio de la presente anualidad en la Secretaría General de esta Corporación, (ii) solicitud de desacato, (iii) fallo proferido en segunda instancia a favor de sus intereses, (vi) informe técnico realizado por Cafuches y (v) oficio del quince (15) de julio de dos mil catorce (2014), mediante el cual informa al Juzgado Promiscuo Municipal de San Martín, Meta, las razones por las cuales se encuentra inconforme por el estudio técnico realizado por la empresa Cafuches, respecto a la viabilidad de la instalación del servicio de agua potable en su vivienda.

1.5.12.2. Mediante oficio del veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) la empresa CAFUCHES S.A, envió al despacho del Magistrado Sustanciador copia del oficio de cumplimiento de la sentencia proferida el treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Promiscuo de Familia de San Martín. En el mencionado fallo, el juzgado revocó la sentencia de instancia, y en su lugar, tuteló los derechos fundamentales al agua potable, la vida y la salud del accionante y su núcleo familiar compuesto por tres menores de edad. Así mismo ordenó: **(i)** a la empresa CAFUCHES S.A E.S.P que suministrara el servicio de agua potable mediante carro tanque a la vivienda del accionante por el término de dos semanas contadas a partir de la notificación de la sentencia y **(ii)** que dentro de los dos meses siguientes a la comunicación del fallo realizara o contratara los estudios necesarios para determinar la viabilidad de conectar en la vivienda del tutelante la red pública de acueducto más cercana a la vereda de la cual hace parte el predio y de ser viable determinó que el proyecto debería ser de carácter prioritario y

realizado dentro de la vigencia presupuestal del año dos mil quince (2015).

Con base en las órdenes impartidas por el juez de instancia, la empresa allegó informe de cumplimiento de las órdenes y fotografías donde se puede evidenciar que dentro durante las dos (2) semanas siguientes al fallo suministró mediante carro tanques el servicio de agua potable al actor.

Así mismo, anexó copia del estudio técnico realizado con el acompañamiento topográfico con la finalidad de determinar longitudes, pendientes y cotas de terreno. También evalúa tipo de acueducto y su alcance existente. Al respecto indica:

“1. El acueducto atiende a las condiciones de diseño para un sistema de distribución urbano, en donde si se realizan extensiones a áreas rurales este provocara de manera inmediata la despresurización de las redes de distribución provocando deficiencias en el servicio de acueducto en gran parte del área urbana de esta población.

2. Según levantamiento topográfico las cotas de nivel indican que el punto a suministrar es más alto que el punto máximo De (SIC) nivel posible de conexión además dentro del trayecto se cuenta con una fuerte precipitación que por gravedad no sería posible suministrar por considerables pérdidas de presión, esto implicaría construir una estación de bombeo el cual acarrearía sobre costos en operación y mantenimiento, que por relación beneficio costo no es viable dicha inversión.

A lo anteriormente expuesto es clara la negativa en relación a la inconformidad y petición expuesta por el accionante (Sr. Pedro Alcides Enciso Ramírez)”.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

3.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala analizar si la Alcaldía Municipal de San Martín, Meta, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos, Meta, CAFUCHE S.A. E.S.P. y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, están vulnerando los derechos fundamentales al agua potable, a la vida y a la salud del actor y su núcleo familiar, debido a la negativa de autorizar la instalación del servicio definitivo de acueducto en su vivienda.

3.2.1. Para resolver la controversia, la Sala Séptima examinará: **(i)** el contenido del derecho fundamental al agua potable, **(ii)** la prestación de los servicios públicos como una finalidad social del Estado, y **(iii)** a la luz de las anteriores premisas, analizará el caso concreto.

3.3. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA POTABLE

3.3.1. La naturaleza fundamental del derecho al agua

3.3.1.1. En nuestra Constitución Política no se consagra expresamente el **derecho al agua** como un derecho fundamental. Sin embargo, en virtud

del contenido del artículo 93 Superior que preceptúa: “*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*” (negrilla fuera de texto), esta garantía hace parte del catálogo de derechos fundamentales que cualquier ciudadano puede invocar para solicitar su protección bajo nuestro ordenamiento constitucional, teniendo en cuenta que es reconocida en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como más adelante se analizará.

3.3.1.2. En otras palabras, en virtud de la figura jurídica del bloque de constitucionalidad¹³⁵, el derecho al agua ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno para enriquecer el capítulo de derechos fundamentales de la Carta Superior.

3.3.1.3. Ahora bien, uno de los instrumentos internacionales a partir de los cuales se ha reconocido el derecho al agua es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cuyo artículo 11 dispone lo siguiente:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho (...)”

3.3.1.4. A pesar de que en el artículo 11 del PIDESC no se reconoce de manera expresa el derecho al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas –órgano encargado de verificar el cumplimiento del Pacto- ha entendido que la lista es enunciativa e incluye el derecho al agua, pues es una condición fundamental para la supervivencia humana. Así lo explicó en la **Observación general No. 15** en noviembre de 2002:

¹³⁵ El bloque de constitucionalidad es el término jurídico que se utiliza para referir que la Constitución no sólo está integrada por el articulado que formalmente figura en ella, sino que también la conforman otras disposiciones que reúnan las siguientes características: (i) que se encuentren establecidas en tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, y (ii) que reconozcan un derecho humano y (iii) que su limitación esté prohibida en los estados de excepción.

*“En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanar del derecho a un nivel de vida adecuado, ‘incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados’, y son indispensables para su realización. **El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva.** El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. Además, el Comité ha reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 (véase la Observación general N° 6 (1995)) [ii]. El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12)[iii] y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11)[iv]. **Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana”.** (Negrilla fuera de texto)*

3.3.1.5. En este mismo documento se define al agua como un derecho humano, que se concreta en que todas las personas deben disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

Bajo esta perspectiva, esta Corporación ha protegido el derecho al agua, entendiendo que el agua potable para el consumo humano tiene el carácter de fundamental¹³⁶.

3.3.1.6. También existen otros tratados internacionales que consagran el derecho al agua, entre ellos se encuentran: **(i)** la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y **(ii)** la Convención sobre los Derechos de los Niños.

¹³⁶ Un resumen detallado de los casos en que la Corte Constitucional en sede de tutela ha amparado el derecho fundamental al agua puede hallarse en la sentencia T-418 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

Como derecho fundamental, el derecho al agua tiene tanto un **alcance subjetivo como objetivo**¹³⁷. La **dimensión objetiva** de los derechos fundamentales hace referencia a su poder vinculante frente a todos los poderes públicos. En efecto, los derechos fundamentales constituyen un sistema de valores positivizado por la Constitución que guía las decisiones de todas las autoridades, incluido el Legislador. Como **derecho subjetivo**, la tutela del derecho al agua puede ser reclamada ante las instancias judiciales en escenarios de vulneración tanto por parte del Estado como por parte de particulares, especialmente cuando se trata de agua para consumo humano. El reconocimiento de su naturaleza subjetiva ha dado lugar, por ejemplo, al desarrollo de una línea jurisprudencial amplia de protección por medio de la acción de tutela.¹³⁸

3.3.1.7. La titularidad del derecho al agua como derecho subjetivo está en cabeza tanto de los individuos como de la comunidad; por ello, la jurisprudencia ha precisado que este derecho comparte la naturaleza de derecho individual y colectivo. El derecho al agua es un derecho colectivo, por ejemplo, respecto de la obligación de protección y conservación de las fuentes hídricas para las generaciones futuras.¹³⁹ Estas obligaciones serán, en consecuencia, reclamables por medio de acciones judiciales como las acciones populares.

3.3.2. Contenido del derecho fundamental al agua.

3.3.2.1. Dada la importancia del agua y su protección reforzada a nivel constitucional, esta Corporación en diversas oportunidades ha reconocido que **el derecho al agua es un derecho fundamental**.¹⁴⁰ El **contenido** de este derecho ha sido precisado por la Corte de conformidad con la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de la siguiente

¹³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-220 del 29 de marzo de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³⁸ Un resumen detallado de los casos en los que la Corte Constitucional en sede de tutela ha amparado el derecho fundamental al agua puede hallarse en la sentencia T-418 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹³⁹ La Corte señaló lo siguiente en la sentencia T-418 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa: "Hay dimensiones del derecho que generan obligaciones de respeto, de protección y de garantía, de las cuales no son titulares las personas individualmente, sino colectivamente. Las protecciones de las fuentes hídricas de las cuales puede depender eventualmente el consumo de agua de las futuras generaciones, hace parte, sin duda, de los ámbitos de protección del derecho al agua, pero no se trata de un derecho individual."

¹⁴⁰ Ver las sentencias T-270 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-888 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-546 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; T-418 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa; T-616 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

manera: “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹⁴¹.

3.3.2.2. La **disponibilidad** del agua hace referencia al abastecimiento continuo de agua en cantidades suficientes para los usos personales y domésticos. La cantidad disponible de agua debe ser acorde con las necesidades especiales de algunas personas derivadas de sus condiciones de salud, del clima en el que viven y de las condiciones de trabajo, entre otros. La exigencia de **calidad** del agua se relaciona con la salubridad del recurso, es decir, el agua disponible no debe contener micro organismos o sustancias químicas o de otra naturaleza que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. La **accesibilidad y la asequibilidad** tienen que ver con **(i)** la posibilidad de acceder al agua sin discriminación alguna, **(ii)** la factibilidad de contar con instalaciones adecuadas y necesarias para la prestación del servicio de acueducto, **(iii)** la obligación de remover cualquier barrera física o económica que impida el acceso al agua, especialmente de los más pobres y los grupos históricamente marginados, y **(iv)** el acceso a información relevante sobre cuestiones de agua. Finalmente, la **aceptabilidad** hace referencia a la necesidad de que las instalaciones y los servicios de provisión de agua sean culturalmente apropiados y sensibles a cuestiones de género, intimidad, etc.¹⁴² Estos contenidos implican entonces tanto obligaciones positivas –y complejas– como negativas para el Estado.¹⁴³

¹⁴¹ Cfr. sentencia T-418 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁴² Ver Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

¹⁴³ La Corte señaló algunos ejemplos de estos dos tipos de obligaciones en la sentencia T-418 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa, de la siguiente manera:

“3.5.6. Como se indicó, las obligaciones derivadas del derecho fundamental al agua pueden implicar facetas positivas, que demanden medidas complejas por parte del Estado, como la realización de obras, o facetas negativas, que supongan la abstención por parte de la Administración. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional.

3.5.6.1. Como ejemplo de protección a una faceta positiva del derecho, puede citarse la reciente sentencia T-974 de 2009, en la cual la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida y la salud de una comunidad que se veía afectada ante las constantes inundaciones producidas por el desborde del río La Vieja. Los tutelantes alegaban que la no construcción de un colector interceptor de alcantarillado que evita la salida directa de las descargas al Río y la falta de mantenimiento de unos diques de protección en el mismo, eran la causa de las inundaciones que pongan en peligro los mencionados derechos constitucionales. La Corte Constitucional decidió conceder la acción de tutela, considerando que (i) desde hacía más de 3 décadas –desde mediados de los años 70 del siglo pasado– la Administración conocía el problema y había decidido tratarlo; (ii) que las normas, tanto constitucionales y legales como reglamentarias, territoriales y convencionales imponían el deber de tomar medidas; y (iii) que los derechos de los accionantes estaban en riesgo.

3.5.6.2. También se han tutelado facetas negativas del derecho al agua. La Corte consideró que se había irrespetado el derecho a acceder al agua, incluso en el caso de predios rurales, no urbanos, cuando por actos positivos de la Administración, así se encontraran justificados, se había afectado el acceso al agua a las personas que habitan permanente o temporalmente en los mismos. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia T-

3.3.2.3. De lo hasta aquí expuesto, puede afirmarse que la naturaleza jurídica del derecho al agua como fundamental deviene de su consagración en un instrumento internacional de derechos humanos, el cual ha sido ratificado por el Estado Colombiano, y cuyo ejercicio no puede limitarse ni siquiera en los estados de excepción. Por tanto, integra el denominado bloque de constitucionalidad.

Además, es pertinente reiterar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, a través de la Observación General número 15 especificó que el derecho humano al agua es aquella garantía que le permite a todas las personas **disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico**.

Respecto a la protección del derecho fundamental al agua, en lo atinente a la provisión del servicio de acueducto para el consumo humano, esta Corporación ha resuelto, entre otros, los siguientes casos:

3.3.2.4. En la sentencia **T- 381 del 28 de mayo de 2009**¹⁴⁴, se analizó la pretensión de un grupo de personas naturales, y de una sociedad comercial- que solicitaban la protección de sus derechos fundamentales al agua potable, a la vida, a la dignidad, a la salud, a la salubridad pública, a la libertad de empresa y a la subsistencia, presuntamente vulnerados por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, la Sociedad Concesionaria Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A. y la Sociedad Constructora Semaica, aduciendo que con las obras que estaban adelantando para construir un túnel en una carretera nacional, se habían afectado las fuentes naturales de agua de que se surtían para consumo humano, para riego y para desarrollar actividades comerciales turísticas. En esta oportunidad le correspondió a la Sala determinar, entre otros aspectos, el alcance y fundamento del derecho fundamental al agua, la titularidad de esta

381 de 2009, caso en el que, luego de reconocer el impacto que una obra había tenido sobre el acceso a fuentes de agua para los predios de los tutelantes, la Corte resolvió ordenar que se adoptaran las medidas adecuadas y necesarias para asegurar que el problema encontrara una solución definitiva.”

¹⁴⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

garantía y la procedencia de su protección a través de la acción de tutela. Concluyó esta Corporación, que el agua potable es un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas cuando, por ejemplo, está destinada al consumo humano. También precisó que la protección del derecho al agua potable cuando está destinada a otras actividades como el turismo, la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados, no debe invocarse ante el juez de tutela. En definitiva, la Sala ordenó conceder el amparo al agua potable y ordenó la búsqueda de una solución definitiva para garantizar el derecho al agua potable con medidas específicas para el logro de dicho fin.

3.3.2.5. Luego, la sentencia **T-418 del 25 mayo de 2010**¹⁴⁵, abordó, entre otros, el estudio del siguiente problema jurídico: ¿existe vulneración del derecho al agua potable cuando un municipio niega la prestación del servicio público de acueducto a los ciudadanos, aduciendo que el acueducto municipal no tiene cobertura en la zona rural en donde se encuentran ubicadas sus viviendas (problemas técnicos y financieros)? En esta oportunidad, la Sala respondió afirmativamente a este problema jurídico, y desarrolló ampliamente los siguientes supuestos: **1.** la acción de tutela es el mecanismo idóneo para invocar la protección del derecho al agua cuando compromete *el mínimo vital en dignidad* de las personas; **2.** todas las personas tienen derecho a que se les asegure progresivamente la dimensión positiva de este derecho fundamental, esto es, el acceso al servicio público de acueducto; **3.** las personas que habitan en el sector rural y con limitados recursos económicos tienen derecho a ser protegidos especialmente para acceder al servicio público de agua potable; **4.** los trámites y procedimientos ante la administración no deben constituir obstáculos para impedirle a una persona acceder a dicho servicio. Finalmente, resolvió conceder la protección de los derechos fundamentales al agua, a la vida, a la salud, y ordenó *a la Alcaldía de Arbeláez que adopte las medidas adecuadas y necesarias para diseñar un plan específico para la comunidad rural a la que pertenecen los accionantes*, entre otras medidas a observar.

3.3.2.6. En la sentencia **T-055 del 4 de febrero de 2011**¹⁴⁶, se abordó el caso de una persona que le solicitó a las Empresas Públicas de Medellín -EPM- la conexión del servicio público de acueducto a un inmueble que no contaba

¹⁴⁵ M.P. Maria Victoria Calle Correa.

¹⁴⁶ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

con las condiciones técnicas y legales contenidas en el Decreto 302 de 2000; dicha negativa se fundaba en que la vivienda de los actores no contaba con los requerimientos ambientales y de saneamiento básico para el manejo final de las aguas negras. La Sala consideró que si bien le correspondía a EPM prestar el servicio público de acueducto a los accionantes y no a los vecinos, quienes de forma solidaria les estaban suministrando el agua potable que éstos requerían, su actuación no devenía en arbitraria porque había expuesto criterios jurídicos razonables para negarse a la instalación de las redes de acueducto a dicho inmueble, ante la inexistencia de redes de alcantarillado que permitieran el correcto manejo y disposición final de las aguas negras de los predios a los que prestaría sus servicios. La Corte agregó que también era obligación de la empresa defender el medio ambiente sano. Por las anteriores razones, la Sala ordenó al propietario del inmueble realizar los ajustes técnicos para conectarse al servicio público de alcantarillado; ordenó a EPM que informara a las autoridades ambientales respectivas el presente caso, con el fin de que éstas dentro de la órbita de sus competencias, impusieran las sanciones correspondientes en caso de que el actor no cumpliera con lo dispuesto por esta Corporación; y señaló que una vez realizadas las adecuaciones técnicas, EPM debía conectar el servicio público de acueducto. De esta manera, protegió los derechos al agua potable y al medio ambiente.

3.3.2.7. Posteriormente, en Sentencia **T-916 de 2011**¹⁴⁷, se estudió el caso de una madre que interpuso acción de tutela en nombre propio y en representación de su hijo menor de 18 años, en contra del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga y la Alcaldía del municipio San Juan Girón (Santander), por considerar que le estaban vulnerando sus derechos fundamentales, debido a que no les estaban suministrando el servicio público de agua potable con la periodicidad, la eficiencia, cantidad y calidad que requieren para su subsistencia y la de su núcleo familiar. En esta ocasión la Sala tuteló los derechos fundamentales de la accionante y ordenó al municipio de San Juan de Girón realizar una gestión activa junto al AMB para de esta forma, garantizar de manera definitiva el derecho al agua potable de los accionantes de manera eficiente y continua, y de conformidad con las competencias asignadas a los entes territoriales en la Constitución y en la ley.

¹⁴⁷ MP, Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3.3.2.8. Igualmente, mediante Sentencia **T- 082 de 2013**¹⁴⁸, esta Corporación estudió la acción de tutela interpuesta por los habitantes del barrio Brazuelos de Bogotá en contra de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Lo anterior, debido a que los accionantes consideraban que la entidad accionada había vulnerado sus derechos fundamentales al negarse autorizar la instalación del servicio definitivo de acueducto y alcantarillado en las trescientas treinta (330) nuevas viviendas de interés social que con licencia de construcción construyó la empresa ARPRECO S.A.A en el barrio Brazuelos Sector Santo Domingo de Bogotá, debido a que a juicio de la accionada no posible instalar los medidores porque las aguas residuales domesticas drenaban en el río Tunjuelo. En esta oportunidad, la Sala Séptima de Revisión reiteró la importancia y fundamentalidad del derecho al agua potable y alcantarillado, añadió que tales derechos no son ilimitados ni absolutos, y las condiciones para su prestación se encuentran establecidas en la Ley 142 de 1994, sus leyes modificatorias y decretos reglamentarios. De igual forma, Se refirió a la obligación que tiene el Estado de proveer de manera eficiente y oportuna la prestación de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual, concedió la protección de los derechos fundamentales de los accionantes y ordenó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) conectar el servicio público de acueducto y alcantarillado y, a suscribir el respectivo contrato de condiciones uniformes con los accionantes.

3.3.2.9. Por último, recientemente en Sentencia **T-028 de 2014**¹⁴⁹, la Corte Constitucional estudió un caso similar al hoy objeto de esta acción de tutela. En esta ocasión se le endilgaba a la empresa Aguas de la Península S. del municipio de Maicao, la vulneración de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud, en virtud de la omisión de adoptar medidas tendientes a garantizarle a la actora y a su núcleo familiar el suministro mínimo de agua potable, debido a la inexistencia de redes locales de acueducto, a las deficiencias recurrentes en la prestación del servicio y al cobro irregular del servicio, el cual no corresponde al consumo del líquido. Para resolver el caso concreto, este Alto Tribunal precisó el derecho que le asiste a los ciudadanos de reclamar mediante acción de tutela que se le proteja judicialmente aquellas dimensiones del derecho al agua que comprometan su mínimo vital en dignidad. Así mismo, enfatizó en el derecho que tiene toda

¹⁴⁸ Ibidem

¹⁴⁹ MP, María Victoria Calle Correa

persona a que la Administración le asegure un mínimo vital de agua en condiciones adecuadas de disponibilidad, regularidad y continuidad y, que por lo menos exista un plan de acción debidamente estructurado que asegure, progresivamente, el goce efectivo de esta dimensión del derecho, por tanto, mientras se implementa el plan que asegure el goce efectivo de los derechos, **deberán adoptarse medidas paliativas que aseguren algún mínimo acceso de supervivencia a agua potable.** De esta manera, concedió la protección de los derechos fundamentales de los accionantes y ordenó a la Alcaldía del municipio de Maicao y a la empresa Aguas de la Península para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia, programara y llevara a cabo el suministro provisional de agua potable a la vivienda de la peticionaria y demás habitantes afectados, en una cantidad que garantizara el consumo diario. La cantidad de agua a proveer debe obedecer al volumen mínimo razonable establecido como parámetro por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual debe oscilar entre cincuenta (50) y cien (100) litros de agua por persona por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades de salud. Para el efecto, podrá hacer uso de cualquier sistema tecnológico que garantice el abastecimiento de agua diariamente a la comunidad.

En resumen, la protección del derecho fundamental al agua, en su contenido de aseguramiento para el consumo humano **(i)** hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas; **(ii)** la prestación del servicio de acueducto implica una corresponsabilidad entre varios actores y un compromiso frente al medio ambiente y; **(iii)** en caso de que la instalación del servicio de acueducto no pueda realizarse inmediatamente por razones de inviabilidad técnica, financiera entre otras, se deben adoptar medidas paliativas que aseguren el acceso mínimo al servicio de agua potable.

3.4. LA PRESTACIÓN EFICIENTE DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DEL ESTADO

3.4.1. Como se mencionó con anterioridad, el **artículo 365 Superior** establece, entre otros aspectos, que **(i)** la prestación de los servicios públicos es inherente a la finalidad social del Estado; **(ii)** la prestación eficiente de los servicios públicos, a todos los habitantes del territorio nacional,

constituye un deber estatal; y **(iii)** la prestación de dichos servicios públicos estará sometida al régimen jurídico que fije la ley.

3.4.2. Por su parte, el **artículo 366** señala que son objetivos fundamentales de la actividad estatal, la solución de las necesidades básicas insatisfechas de la población en materia de saneamiento ambiental y agua potable, entre otras. Estos objetivos se concretan, por ejemplo, en la destinación específica de las transferencias que la Nación hace a las entidades territoriales a través de Sistema General de Participaciones, a la prestación y ampliación de cobertura de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, entre otros (inciso 4 del artículo 356, modificado por el Acto Legislativo 4 de 2007).

Finalmente, los **artículos 367 al 370** establecen, entre otros aspectos, que las condiciones, competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios se someterán a la ley que regule todo lo concerniente a esta materia.

3.4.3. Con fundamento en el marco constitucional precedentemente citado, fue expedida la **Ley 142 de 1994**¹⁵⁰ “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”; este régimen legal desarrolla las condiciones, competencias y responsabilidades respecto a la prestación de los servicios públicos domiciliarios (artículos 367 a 370 Superiores).

3.4.4. Específicamente, en lo atinente a las responsabilidades que tienen las personas jurídicas y naturales en el aseguramiento de los fines previstos en la Constitución y en la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios, esta normativa contempla como responsables **(i)** al Estado y a los municipios, **(ii)** a las empresas prestadoras de los servicios públicos y **(iii)** a los urbanizadores.

3.4.5. **En primer lugar**, el **Estado** es el responsable de la prestación de los servicios públicos, ya sea en forma directa o indirecta a través de comunidades organizadas o los particulares. Sin embargo, en cualquier

¹⁵⁰ Reglamentada Parcialmente por el Decreto Nacional 1641 de 1994. Reglamentada por los Decretos Nacionales 3087 de 1997, 302 de 2000, 556 de 2000, 421 de 2000, 847 de 2001. Adicionado por la Ley 689 de 2001. Reglamentada por el Decreto Nacional 1713 de 2002. Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 549 de 2007.

caso, el Estado mantiene su facultad de regulación, control y vigilancia en la prestación de dichos servicios (inciso 2 del artículo 365 Superior).

Ahora, en cumplimiento de este deber constitucional, el **artículo 2 de la Ley 142 de 1994** establece lo siguiente:

“El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: (...)

2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

Prestación eficiente”.

3.4.6. Específicamente, en lo atinente a la intervención del Estado, el **artículo 370 Superior** confiere al Presidente de la República dos importantes funciones, éstas son: **(i)** señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y **(ii)** ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

3.4.7. En cuanto a la responsabilidad de los **entes territoriales** en la efectiva prestación del servicio público de acueducto, el **artículo 5 de la Ley 142** asigna, entre otras, las siguientes responsabilidades:

*“(…) Es competencia de los **municipios** en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:*

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente (…)

(…)

5.6. Apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta Ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación para realizar las actividades de su competencia (…)”

3.4.8. En segundo lugar, cuando los servicios públicos domiciliarios son prestados indirectamente por **particulares**, entre los que se encuentran las empresas, su obligación principal en el contrato de servicios públicos, es la prestación continua de un servicio de buena calidad.

No obstante, para el cumplimiento de dicha obligación, deben darse unas condiciones previas para la prestación del servicio público, específicamente en lo atinente al servicio de acueducto y alcantarillado; al respecto, el **artículo 7 del Decreto 302 de 2000**, modificado por el Decreto 229 de 2002, establece:

“Condiciones de acceso a los servicios. Para obtener la conexión de los servicios de acueducto y alcantarillado, el inmueble deberá cumplir los siguientes requisitos: (...)

7.1 Estar ubicado dentro del perímetro de servicio, tal como lo dispone el parágrafo segundo del artículo 12 de la Ley 388 de 1997.

7.2 Contar con la Licencia de Construcción cuando se trate de edificaciones por construir, o la cédula catastral en el caso de obras terminadas.

7.3 Estar ubicado en zonas que cuenten con vías de acceso o espacios públicos y redes de acueducto o alcantarillado requeridas para adelantar las redes locales y las conexiones domiciliarias que permitan atender las necesidades del inmueble (...)”

3.4.9. En tercer lugar, los urbanizadores y/o constructores, de conformidad con el **artículo 8° del Decreto 302 de 2000** *“Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado”*, tienen las siguientes obligaciones a su cargo:

“Construcción de redes locales. La construcción de las redes locales y demás obras, necesarias para conectar uno o varios inmuebles al sistema de acueducto o de alcantarillado será responsabilidad de los urbanizadores y/o constructores; no obstante, la entidad prestadora de los servicios públicos podrá ejecutar estas obras, en cuyo caso el costo de las mismas será asumido por los usuarios del servicio.

Las redes locales construidas serán entregadas a la entidad prestadora de los servicios públicos, para su manejo, operación, mantenimiento y uso dentro de sus programas locales de prestación del servicio, exceptuando aquellas redes que no se encuentren sobre vía pública y que no cuenten con la servidumbre del caso.

Parágrafo. *Cuando la entidad prestadora de los servicios públicos no ejecute la obra, exigirá una póliza de estabilidad por cuatro o más años para garantizar la estabilidad de las redes locales”*

- 3.4.10.** Por su parte, el **numeral 30 del artículo 3 del Decreto 302 de 2000** define la red local de acueducto como “*...el conjunto de tuberías y accesorios que conforman el sistema de suministro del servicio público de acueducto a una comunidad y del cual se derivan las acometidas de los inmuebles”.*

En síntesis, en un principio el Estado tiene la obligación constitucional de prestar eficientemente los servicios públicos domiciliarios, ya sea de forma directa o indirecta a través de entidades territoriales o particulares. Sin embargo, en cualquier caso el Estado mantiene la facultad de regulación, control y vigilancia de dichos servicios, lo anterior con la finalidad de que sean prestados de manera eficiente a todos los ciudadanos.

3.5. CASO CONCRETO

3.5.1. Hechos Probados

Antes de avocar el estudio de los supuestos fácticos para acoger o desestimar las pretensiones de los accionantes, es pertinente referirse a

los hechos que se encuentran debidamente probados en el presente caso y que a continuación se resumen:

3.5.1.1. La Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos, CAFUCHE S.A., cumplió con la orden emitida por el Juzgado Promiscuo de Familia de San Martín de los Llanos, Meta, pues suministró por dos semanas el servicio de agua potable mediante carro tanque a la vivienda del actor y, realizó el estudio técnico para corroborar si era viable o no la instalación definitiva del servicio.

3.5.1.2. Del estudio técnico enviado a esta Corporación por la empresa accionada y por el actor se puede corroborar que a juicio de la accionada no es viable la conexión definitiva del servicio de agua potable toda vez que:

“1. El acueducto atiende a las condiciones de diseño para un sistema de distribución urbano, en donde sí se realizan extensiones a áreas rurales este provocara de manera inmediata la despresurización de las redes de distribución provocando deficiencias en el servicio de acueducto en gran parte del área urbana de esta población.

*2. Según levantamiento topográfico las cotas de nivel indican que el punto a suministrar es más alto que el punto máximo De (SIC) nivel posible de conexión además dentro del trayecto se cuenta con una fuerte precipitación que por gravedad no sería posible suministrar por considerables pérdidas de presión, **esto implicaría construir una estación de bombeo el cual acarrearía sobre costos en operación y mantenimiento, que por relación beneficio costo no es viable dicha inversión**”.*

3.5.1.3. Se constató que la situación del accionante y su núcleo familiar, el cual está conformado por tres menores de edad, es crítica y necesitan del suministro de agua potable para sus necesidades básicas, ya que el derecho al agua hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas.

3.5.1.4. De igual manera, de las pruebas obrantes en el expediente se puede evidenciar que el agua del aljibe que abastece la vivienda del actor, no es apta para el consumo humano ya que no cuenta con una planta de tratamiento y debido a ello se producen brotes e infecciones diarreicas especialmente en los niños, tal y como se demuestra con la fórmula médica emitida por el Hospital Local de San Martín, donde consta que la menor de edad Nicolle Enciso Arias presenta un brote en su piel. (Folio 9, cuaderno No. 2)

3.5.1.5. Por último, es importante precisar que el suministro de dicho servicio público (agua potable) proviene del agua lluvia y de un caño cercano denominado *Pitalito*, por tanto en época de sequía o verano no cuentan con dicho elemento esencial para la vida humana y les toca pagar carro tanques que son muy costosos y exceden sus recursos económicos. De lo que se puede concluir, que el servicio no es suministrado ni por la entidad territorial ni por la empresa prestadora del servicio de acueducto, sino que el mismo depende de los cambios climáticos.

3.5.2. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.5.2.1. Legitimación en la causa por activa

Los artículos 86 constitucional y 10° del Decreto 2591 de 1991 indican que es titular de la acción de tutela cualquier persona a la que sus derechos fundamentales le resulten vulnerados o amenazados. Estas personas pueden invocar directamente el amparo constitucional o pueden hacerlo a través de terceros que sean sus apoderados, representantes o agentes oficiosos, para el caso de las personas que no están en condiciones de interponer la acción por sí mismas.

En virtud de lo establecido precedentemente, encuentra la Sala que el actor si está legitimado para representar sus propios intereses, puesto que es el titular de los derechos, por tanto, el caso objeto de estudio sí cumple con este requisito.

3.5.2.2. Legitimación en la causa por pasiva

Con respecto a quién va dirigida la acción de tutela, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 expresa que: “se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (...)”.

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 416 de 1997 explicó en qué consiste la legitimación por pasiva así:

“La legitimación pasiva se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material”

En el caso estudiado se demandó a la Alcaldía Municipal de San Martín (Meta), a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos, Meta, CAFUCHE S.A. E.S.P. y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues a juicio del actor, son dichas entidades las presuntas vulneradoras de los derechos fundamentales invocados, al negarse a instalar el servicio de acueducto en su vivienda. Aunado a lo anterior, las entidades demandadas son autoridades públicas, de modo que se cumplen las reglas de legitimación por pasiva.

3.5.2.3. Examen de inmediatez

La inmediatez es una condición de procedencia de la acción de tutela, creada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como herramienta para cumplir con el propósito de la Carta Política de hacer

de la acción de tutela un medio de amparo de derechos fundamentales que opere de manera rápida, inmediata y eficaz.

Por ello, es indispensable estudiar cada caso en concreto, toda vez que es necesario que la acción sea promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran vulneratorios de derechos fundamentales, con el fin de evitar que el transcurso del tiempo desvirtúe la transgresión o amenaza de los derechos. En consecuencia, ante la injustificada demora en la interposición de la acción, se vuelve improcedente el mecanismo extraordinario, por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

A propósito de este requisito de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 792 de 2009 estableció que:

“la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

En cuanto al requisito de inmediatez, encontramos que se encuentra acreditado, toda vez que el perjuicio es actual e inminente, pues el tutelante aún no goza del servicio de acueducto en su vivienda, sus hijos siguen en riesgo de presentar brotes debido a que el agua que consumen no es tratada y, aún está a la espera de una solución a su problemática

por parte de las entidades accionadas, ya que le fue prestado el servicio de agua potable por dos semanas mediante carro tanque, tal y como lo ordenó el juez de segunda instancia, sin embargo en estos momentos no cuenta con dicho servicio público esencial.

3.5.2.4. Examen de subsidiariedad

Esta Corporación ha reconocido que en ciertas ocasiones, aunque existen mecanismos judiciales diferentes a la acción de tutela que serían procedentes para solucionar la controversia planteada, la tutela es el medio adecuado cuando se advierte que ellos no son idóneos.

La Sala estima que en el caso objeto de estudio, teniendo en cuenta las especificidades de la situación del peticionario, como **(i)** su necesidad de que se le suministre agua potable, ya que la proveniente del aljibe que abastece su vivienda no es apta para el consumo humano; **(ii)** la precariedad de las condiciones de salud en que se encuentran sus hijos menores de edad y, **(iii)** que el derecho fundamental al agua es una necesidad inherente al derecho a la vida digna de las personas, los otros mecanismos de defensa a los que eventualmente pueda acceder, no son idóneos para lograr de manera oportuna la protección de sus derechos fundamentales.

Por estas razones, la acción de tutela se torna en el medio eficaz para solicitar la protección de los derechos fundamentales al agua potable, a la vida digna y a la salud del peticionario y de su núcleo familiar, el cual está compuesto por tres menores de edad.

3.5.3. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales del Señor Pedro Alcides Enciso Ramírez.

3.5.3.1. En el presente caso el actor y su núcleo familiar compuesto por tres menores de edad, están viendo vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y al agua potable, toda vez que la empresa prestadora del servicio de acueducto en San Martín, Meta, (CAFUCHE S.A. E.S.P) se niega a instalar el servicio definitivo de agua potable en su vivienda debido a que por razones técnicas no es viable. En palabras de la entidad accionada:

“por el predio del accionante atraviesa una tubería del Acueducto de Ariari, pero la misma es una línea de conducción en tubería de hierro dúctil de 18 pulgadas con altas presiones lo que no permite conexiones de tipo domiciliario”.

3.5.3.2. De igual forma, la empresa accionada en estudio técnico realizado al predio del actor concluyó que una de las soluciones a la problemática que atraviesa el accionante y su familia sería construir una estación de bombeo, lo que acarrearía sobre costos en operación y mantenimiento, que por relación beneficio costo no es viable dicha inversión.

Por otro lado, la Alcaldía Municipal de San Martín de los Llanos, Meta, manifestó que: *“se han buscado soluciones a la problemática del servicio de acueducto de los predios rurales, sin embargo sostiene que no cuentan con recursos para realizar los proyectos necesarios”.*

3.5.3.3. En efecto, de las pruebas obrantes dentro del expediente se puede evidenciar la negativa de la empresa accionada de instalar el servicio de agua potable, pues no es viable realizar conexiones de tipo domiciliario debido a la presión de las aguas. Además, la única solución viable (Estación de bombeo) acarrearía sobrecostos.

3.5.3.4. Sin embargo, de las pruebas allegadas en sede de revisión, este despacho pudo concluir que el derecho al agua potable del señor Pedro Enciso y su núcleo familiar, a pesar de ser tutelado en segunda instancia, aún se encuentra vulnerado, pues aunque la empresa Cafuches S.A le suministró por dos semanas el agua potable mediante carro tanque, en

estos momentos no pueden acceder a dicho servicio y se encuentran nuevamente consumiendo agua del aljibe que abastece su vivienda, cuando ésta no es apta para el consumo, ya que no ha sido tratada. En esta medida, para la Sala la decisión del Juez Promiscuo de Familia de San Martín de los Llanos, Meta, de ordenar el suministro de agua potable mediante carro tanques sólo por dos (2) semanas, no fue suficiente, ya que el suministro de agua potable mediante carro tanques para poder restablecer la vulneración de los derechos del tutelante y su núcleo familiar, debe ser hasta tanto se instale definitivamente el servicio de agua potable a la vivienda del actor o se realicen las adecuaciones necesarias y presupuestales para construir una estación de bombeo que les permita acceder de forma definitiva al servicio de acueducto.

Lo anterior, debido a que tal y como se indicó en la parte considerativa de esta providencia el derecho al agua es la garantía de contar con un servicio público de acueducto que suministre agua para consumo humano en condiciones de disponibilidad, calidad, accesibilidad y no discriminación. Por tanto, se cumplen las obligaciones básicas en materia de disponibilidad cuando la empresa prestadora del servicio garantiza el acceso a la cantidad mínima esencial de agua. En este caso, sin embargo, el suministro de agua realizado por la entidad accionada no garantiza el deber mínimo en la materia puesto que los usuarios no tienen todos los días una cantidad esencial de agua, es más en estos momentos no están accediendo al servicio, ya que la orden de suministro fue dada sólo por dos (2) semanas. Además, el agua del aljibe es proveniente de la lluvia, de modo que existen ocasiones en las cuales debido a la sequía, no cuentan con un recurso hídrico mínimo para abastecer sus necesidades mínimas.

3.5.3.5. Por otro lado, tampoco encuentra la Sala que la entidad accionada y la Alcaldía Municipal tengan previstas otras formas alternativas de suministro o almacenamiento de agua que garanticen el acceso mínimo de agua potable al tutelante y a su núcleo familiar compuesto por tres menores de edad, sino que ambas entidades enfatizan en que no es viable la prestación del servicio y no buscan las maneras de solucionar

tal situación y proveer el mínimo requerido para la subsistencia. De esta forma, la provisión de agua en carro-tanques hasta tanto se solucione de manera definitiva la instalación del servicio de acueducto en la vivienda del tutelante, garantizaría una cantidad mínima de agua disponible, tal como lo argumentó la Corte en la sentencia T-381 de 2009¹⁵¹, tesis reiterada recientemente mediante Sentencia T- 616 de 2010¹⁵².

No obstante, como no existen en este caso mecanismos que logren el disfrute del mínimo de agua indispensable para los usos diarios, cuando no sea posible llevar a cabo el suministro a través de las instalaciones domiciliarias del acueducto, constituyen para esta Sala una vulneración del deber mínimo en materia de disponibilidad y, con ello, un desconocimiento del derecho al agua.

3.5.3.6. Con base en lo enunciado, para la Sala, la entidad prestadora del servicio público vulneró el derecho al agua del actor y su núcleo familiar por cuanto, en estos momentos no se les está prestando el servicio de agua potable y, el suministro que realizaron por dos semanas no garantiza la cantidad mínima esencial de agua que requieren para la realización de sus actividades diarias, ni se han previsto otras formas de distribución que garanticen el contenido mínimo del derecho, tales como carro tanques o la construcción de una estación de bombeo. Por ende, esta carencia impide que el señor Pedro Alcides Enciso Ramírez y su familia cuenten con el agua potable mínima que les permita llevar a cabo sus planes de vida dentro del Estado Social de Derecho.

Teniendo en cuenta lo descrito, la Sala concluye que en la actualidad sí existe vulneración a los derechos fundamentales del actor y su núcleo familiar compuesto por tres (3) menores de edad, por parte de la empresa accionada, por cuanto su vivienda en estos momentos no cuenta con el servicio público domiciliario de acueducto.

¹⁵¹ MP, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁵² MP, Luis Ernesto Vargas Silva.

Lo anterior se fundamenta, como se afirmó en la parte considerativa de esta providencia, en el hecho de que el servicio de agua potable tiene el carácter de fundamental, cuando su ineficiente prestación o ausencia de estos, afecta de manera notoria derechos y principios constitucionales fundamentales, situación que se evidencia en el caso objeto de estudio.

3.5.3.7. Es por esta razón que se ordenará a la **Alcaldía Municipal de San Martín de los Llanos, Meta**, que en un término no superior a seis (6) meses, realice las gestiones necesarias para la construcción de una estación de bombeo en el lugar más adecuado para ello dentro del predio rural donde se encuentra ubicada la vivienda del actor, con las características técnicas para abastecer del servicio de agua potable a la vivienda del mismo y al resto de la comunidad aledaña que lo requiera. Lo anterior, con la finalidad de que se pueda prestar de manera efectiva el servicio público de agua potable a la vivienda del tutelante y al resto de la comunidad de dicho sector rural.

También se ordenará a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos (Meta) CAFUCHE S.A. E.S.P. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, programe y lleve a cabo el suministro provisional de agua potable a la vivienda del peticionario a través de carro tanques, en una cantidad que garantice el consumo diario, hasta tanto se construya la estación de bombeo. La cantidad de agua a proveer debe obedecer al volumen mínimo razonable establecido como parámetro por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual debe oscilar entre cincuenta (50) y cien (100) litros de agua por persona por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades de salud.

3.6. CONCLUSIÓN

3.6.1. En definitiva, el servicio público de agua potable no es un derecho ilimitado ni absoluto, y las condiciones para su prestación se encuentran establecidas en la Ley 142 de 1994, sus leyes modificatorias y decretos reglamentarios. Teniendo en cuenta el régimen legal sobre la materia y las responsabilidades que para la buena prestación del servicio se exigen a determinadas personas naturales y jurídicas, esta Sala constató que **(i)** la empresa Cafuches conforme a la orden emitida en segunda instancia

por el Juzgado Promiscuo de Familia de San Martín de los Llanos, Meta, suministró por dos semanas el servicio de agua potable al actor por medio de tarro tanque; **(ii)** no obstante, de las pruebas allegadas en sede de revisión, se constató que para solucionar la problemática del suministro de agua potable a la vivienda del tutelante es necesario construir una estación de bombeo, lo cual acarrearía sobrecostos; **(iii)** igualmente la Alcaldía Municipal de San Martín mantuvo una conducta pasiva ante la negativa de la empresa de servicios públicos domiciliarios de prestar el servicio de agua potable a la vivienda del actor, por cuanto *no cuentan con recursos para realizar los proyectos necesarios* y **(iv)** la situación del tutelante y su familia es crítica ya que el agua que abastece la vivienda no es apta para el consumo humano y está causando deterioros a la salud de sus hijos menores de edad, quienes han tenido que asistir al hospital debido a que han presentado brotes en la piel y episodios diarreicos.

3.6.2. La Sala observa que en la actualidad aunque no es viable la prestación del servicio, existe una solución técnica para que se le pueda suministrar el servicio de agua potable a la vivienda del peticionario, que es construir una estación de bombeo, para la cual necesitan disposición presupuestal, que en estos momentos, conforme a la respuesta emitida por la entidad territorial no tienen.

3.6.3. Por esta razón, se ordenará a la **Alcaldía Municipal de San Martín de los Llanos, Meta**, que en un término no superior a seis (6) meses, realice las gestiones necesarias para la construcción de una estación de bombeo en el lugar más adecuado para ello dentro del predio rural donde se encuentra ubicada la vivienda del actor, con las características técnicas para abastecer del servicio de agua potable a la vivienda del mismo y al resto de la comunidad aledaña que lo requiera. Lo anterior, con la finalidad de que se pueda prestar de manera efectiva el servicio público de agua potable a la vivienda del tutelante y al resto de la comunidad de dicho sector rural.

También se ordenará a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos (Meta) CAFUCHE S.A. E.S.P. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, programe y lleve a cabo el suministro provisional de agua potable a la vivienda del peticionario a través de carro tanques, en

una cantidad que garantice el consumo diario, hasta tanto se construya la estación de bombeo.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el treinta y uno (31) de marzo dos mil catorce (2014), por el Juzgado Promiscuo de Familia de San Martín de los Llanos, Meta, que revocó la decisión de primera instancia proferida el cinco (05) de marzo de dos mil catorce (2014), por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Martín de los Llanos (Meta), en cuanto **CONCEDE** la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al agua potable del señor Pedro Alcides Enciso Ramírez y su núcleo familiar. En lo demás:

SEGUNDO.- ORDENAR a la **Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de San Martín de los Llanos (Meta) CAFUCHE S.A. E.S.P.** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, programe y lleve a cabo el suministro provisional de agua potable a la vivienda del peticionario a través de carro tanques, en una cantidad que garantice el consumo diario, hasta tanto se construya una estación de bombeo. La cantidad de agua a proveer debe obedecer al volumen mínimo razonable establecido como parámetro por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el cual debe oscilar entre cincuenta (50) y cien (100) litros de agua por persona por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades de salud.

TERCERO.- ORDENAR a la **Alcaldía Municipal de San Martín de los Llanos, Meta**, que en un término no superior a seis (6) meses, realice las gestiones necesarias para la construcción de una estación de bombeo en el lugar más adecuado para ello dentro del predio rural donde se encuentra ubicada la vivienda del actor, con las características técnicas para abastecer del servicio

de agua potable a la vivienda del mismo y al resto de la comunidad aledaña que lo requiera.

CUARTO.- COMUNICAR la presente decisión a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y al Personero de San Martín del Llano, Meta, para que dentro de la órbita de sus competencias, hagan un seguimiento del cumplimiento de esta providencia.

Líbrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General