



DERECHO AL AGUA Y BUEN VIVIR: DESAFÍOS PARA UN BUEN GOBIERNO

Adriana Elizabeth Mora Bernal⁵⁷

Introducción

El agua es un recurso escaso que debe ser tutelado dada la innegable importancia para la vida. Por eso hoy en día se busca su cuidado y protección, ya que a partir de este recurso natural cuidamos de la propia supervivencia humana, el medio ambiente y un desarrollo económico sustentable que vele por la plena vigencia de los derechos humanos. La Constitución de la República del Ecuador establece que el sistema económico deberá propender a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado en armonía con la naturaleza, constituyéndose en un objetivo estatal garantizar las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. Por ello, debemos preguntarnos ¿Qué dimensiones desarrolla la normativa jurídica internacional y ecuatoriana sobre el derecho al agua?, ¿Cómo se produce la relación entre el derecho al agua y otros



⁵⁷Máster en Derecho mención Derecho Tributario, Máster en Argumentación Jurídica (Maestrante); Docente – Investigador, Universidad de Cuenca - Departamento de Recursos Hídricos y Ciencias Ambientales; Ecuador. Contacto: adriana.mora@ucuenca.edu.ec



derechos humanos?, para finalmente evidenciar algunos desafíos respecto a la gobernabilidad que surgen de la protección del agua y el buen vivir. Intentaré centrar la discusión en la posible incidencia de la declaración del agua como un derecho humano y cómo esta declaración influye en la toma de decisiones estatales vinculadas con el desarrollo, toda vez que este derecho se constituye como un prerrequisito para el ejercicio de otros derechos humanos. Declarar al agua y al saneamiento como un derecho⁵⁸, trae como consecuencia la obligación de los Estados de consolidar un gasto público social que cree las condiciones necesarias que garanticen la satisfacción de niveles esenciales a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

Derechos Humanos - Estado Constitucional

Para tratar el tema del derecho humano al agua, primero es necesario referirnos al concepto de derechos humanos y su desarrollo en el marco del Estado Constitucional. Manuel Atienza señala que en los derechos humanos vemos aparejada la idea de justicia, puesto que existe un consenso sobre la defensa de estos derechos como un mínimo de justicia. Indica que el término “derechos humanos” posee una fuerte carga emotiva positiva que sin duda provoca cierto grado de justicia en el ordenamiento jurídico; dando a lugar una imprecisión conceptual dada su ambigüedad y vaguedad⁵⁹.

El autor indica que el concepto de derechos humanos es vaga tanto intencional como extensionalmente. Es intencionalmente porque no parece posible encontrar una serie de notas comunes a la distinción de derecho subjetivo en sentido estricto, libertad, potestad e inmunidad, puesto que en general los derechos humanos son universales, inalienables, irrenunciables. Por otra parte, es extensionalmente vago el término de derechos humanos aun cuando en la actualidad, se encuentre un consenso universal en la Declaración de la ONU y sus desarrollos posteriores; sin embargo, existen algunos casos que se encuentran en una zona de penumbra.



⁵⁸Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 64/292 de 3 de agosto de 2010.

⁵⁹Manuel Atienza, “Introducción al Derecho”, Barcanova, 1991, p. 165 y siguientes.



Atienza pone de manifiesto que existen dos fundamentaciones distintas de los derechos humanos: “una *fundamentación ética*, cuando se considera que los derechos humanos se basan en una serie de valores últimos (por ejemplo, en los valores de dignidad, libertad y autonomía de la persona humana); y una *fundamentación política*, cuando se les considera instrumentos aptos para lograr un cierto fin. En el primer caso, los derechos humanos aparecen como fines en sí mismos; en el segundo, como medios dependientes de un fin externo a ellos mismos”. Por ello, el concepto de derechos humanos debe entender al ser humano no solo como destinatario sino como el origen de los mismos.

Los derechos humanos han sufrido una constante evolución que de forma paralela han ido desarrollándose con el concepto de Derecho y Estado⁶⁰. De ahí que brevemente se formule una conceptualización del Estado de Derecho, Estado Social de Derecho y el Estado Constitucional.

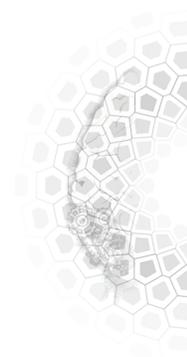
Iniciaremos el desarrollo de estos conceptos destacando la unidad existente entre Estado y Derecho como parte de la idea del Estado de Derecho. Es decir, debemos entender el Estado de Derecho como “el Estado de derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional”⁶¹, y que en su conceptualización incluye aspectos como el reconocimiento de derechos básicos como el derecho a la libertad, igualdad formal y garantía de la propiedad.

Posteriormente aparece el Estado Social de Derecho en sustitución del Estado de Derecho liberal, que permitió la incorporación de elementos sociales, la vinculación del poder del Estado a ciertos principios y valores y la aparición de los derechos sociales (igualdad material), como parte del surgimiento del concepto material del Estado de Derecho y renuncia al positivismo jurídico.



⁶⁰Al respecto Bobbio dice: “el Derecho y el Estado vienen a ser aquí dos lados de la misma medalla: el Derecho se considera desde el punto de vista del Estado como el conjunto de normas que proceden de éste; y el Estado desde el punto de vista del Derecho: el poder del Estado (idea del Estado de Derecho en sentido amplio) es legítimo porque es un poder sometido a Derecho.”

⁶¹Wolfgang Böckenförde, Ernst, Traducción de Rafael de Agapito Serrano, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Editorial Trotta, 2000, p. 19.



Es decir, el Derecho evoluciona, se transforma, por ello todas las instituciones han ido sufriendo varios cambios según los intereses del ser humano. La lucha a favor del respeto del derecho y de la extensión de los derechos humanos se ha formulado a través del Estado de Derecho, en donde ha existido una crisis del paradigma positivista y se ha transitado hacia un paradigma constitucionalista, que deja ver el cambio del imperio de la ley hacia el imperio de la Constitución⁶².

La crisis del paradigma positivista se ha puesto en debate con la transformación del Estado legal al Estado constitucional. Luis Prieto Sanchís al respecto menciona que “...parece también que uno de los últimos sucesos que anuncian su crisis o muerte es precisamente el triunfo del constitucionalismo o del Estado constitucional democrático”⁶³.

Zagrebelsky, citado por Prieto Sanchís, incluso llega a sostener que este nuevo Estado constitucional no es únicamente el perfeccionamiento del Estado de derecho democrático y al respecto dice lo siguiente:

En ocasiones, incluso, no sólo se adivinan contradicciones entre constitucionalismo y positivismo, sino que se pretende construir un modelo de Derecho constitucional abiertamente superador del positivismo, como es el caso del *II Diritto mite* de Zagrebelsky: el nuevo Estado constitucional no representa un simple perfeccionamiento del Estado de Derecho democrático, sino su transformación radical y superadora, y tal transformación no puede dejar de afectar a la filosofía jurídica nacida al calor de este último (Vid. G. Zagrebelsky, 1992, p.51 y s.)⁶⁴.

Entonces, resulta necesario señalar las características de este nuevo constitucionalismo contemporáneo que deja entrever una ruptura de la visión positivista y el nacimiento de un modelo constitucional que se fundamenta en estas principales ideas: la ley aparece subordinada a la Constitución, los enunciados de la Constitución son normas de aplicación



⁶²Aguiló, Joseph, “Sobre Derecho y argumentación”, p. 12, <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2015/04/sobre-derecho-y-argumentacion3b3n-aguilos-regla-pdf.pdf>

⁶³Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y Positivismo”, segunda edición, México, Fontamara, 1999, p. 8.

⁶⁴*Ibidem*, p. 9.



directa, interpretación extensiva del texto constitucional; por otra parte, existe una gran cantidad de principios que dan contenido a las normas y por tanto existen casos fáciles y difíciles que debe resolver el juzgador y como consecuencia requiere de una mayor justificación.

Incluso, se ha llegado a establecer un nuevo constitucionalismo en América Latina en países como Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela que manteniendo características comunes dieron lugar a nuevas Constituciones; dentro de estos escenarios tenemos la presencia de nuevas fuerzas sociales, aplicación de políticas económicas liberales, desgaste de partidos y movimientos políticos, situaciones que dieron como resultado el nacimiento de Constituciones a través de procesos constituyentes.

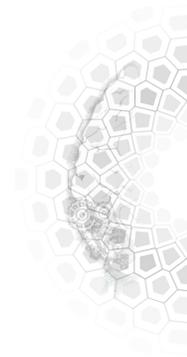
Roberto Viciano y Rubén Martínez consideran que estas constituciones gozan de características particulares como su contenido innovador (originalidad), su gran extensión en el articulado (amplitud), lenguaje asequible (complejidad), y la activación del poder constituyente ante cualquier cambio constitucional (rigidez). Entre algunos rasgos del nuevo constitucionalismo Carlos Manuel Villabella señala⁶⁵:

1. Presencia de preámbulos que dotan a las Constituciones de espiritualidad, al conectar el texto con la historia del país.
2. Reconocimiento de la supremacía constitucional, recogida en el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador.
3. Configuración de un nuevo modelo de Estado. La Constitución de Bolivia lo define como un Estado unitario social de derecho plurinacional y comunitario; la de Venezuela como Estado democrático y social de derecho y de justicia, y la de Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia.
4. Enunciación que no hay jerarquía en los derechos.

Por tanto, en un Estado constitucional debe llevarse a cabo el respeto de los derechos humanos, protegerlos, cumplirlos y hacerlos cumplir, y en caso de duda aplicar el principio *pro homine*.



⁶⁵Villabella, Carlos Manuel, Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano en “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N°25, ICI, 2010, p. 49-76.



Instrumentos Internacionales - Derecho humano al Agua

Si bien existe una cuestión de ambigüedad del término derechos humanos el instrumento en donde vemos plasmado cierto nivel de conceso respecto a los derechos humanos es la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y sus posteriores desarrollos, por lo que es necesario referirnos a estos instrumentos internacionales para contextualizar la necesidad de declarar al agua como un derecho fundamental.

Conocemos que el agua es el único recurso que da vida al planeta, ayuda a regular el clima de la Tierra, alberga millones de especies, contiene sistemas con biodiversidad, entre varios factores que coadyuvan a señalar la importancia de este recurso no renovable, y que en el caso puntual del agua dulce constituye un recurso escaso en el mundo dado que los hábitats de agua dulce cubren menos del 1% de la superficie del mundo⁶⁶.

Para iniciar, es preciso hacer mención que la comunidad internacional ha tomado conciencia de que el acceso al agua potable y saneamiento debe ser desarrollado en el marco de los derechos humanos, porque se encuentra estrechamente vinculada con el derecho a la vida que es desarrollado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

Frente a esta realidad, en el Derecho nos resulta novedoso la existencia de un derecho al agua puesto que este derecho pertenecería al grupo de los derechos económicos, sociales y culturales, y tal como se ha hecho referencia, podríamos decir que no se pensó en un derecho al agua potable y saneamiento como parte integrante de los mismos. Por ello, es necesario formular un acercamiento sobre las propuestas de gestión de los recursos hídricos, teniendo el presente trabajo un propósito modesto respecto al análisis de las directrices establecidas en los instrumentos internacionales y las posibles obligaciones generadas en los mismos.

Si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, no hace referencia explícita al derecho al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el año 2002 aprobó su Observación General N° 15 sobre el derecho al agua



⁶⁶Bravo Velásquez, “Del big ban al antropoceno: El andar de una naturaleza con derechos”, Quito, Editorial Abya-Yala, 2013, p. 156.



dentro del marco al derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 11) y el derecho a la salud (artículo 12)⁶⁷. A este derecho se definió como el derecho “a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

La Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 64/292 de 3 de agosto de 2010 reconoció el derecho al agua potable y saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Al igual que el Consejo de Derechos Humanos (Resolución 15/9) de 6 de octubre de 2010 que reconoce a este como un derecho que se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y que está asociado al derecho a la salud, a la vida y la dignidad humana.

El marco normativo internacional pretende visibilizar el derecho al agua y al saneamiento como un derecho humano esencial, definiendo a este último como: “El saneamiento se puede definir como un sistema para la recogida, el transporte, el tratamiento y la eliminación o reutilización de excrementos humanos y la correspondiente promoción de la higiene. Los Estados deben garantizar sin discriminación que toda persona tenga acceso, desde el punto de vista físico y económico, al saneamiento en todas las esferas de la vida, que sea inocuo, higiénico, seguro, aceptable desde el punto de vista social y cultural, proporcione intimidad y garantice dignidad⁶⁸”. Otros instrumentos como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2 señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales [...] y en particular le asegurarán el derecho a: h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

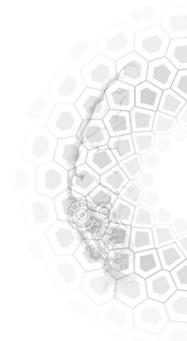
Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y obliga a los estados parte a suministrar agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.

Se puede observar que, los distintos instrumentos internacionales a los que se ha hecho referencia, ponen de manifiesto la necesidad de contar



⁶⁷Observación General N°15 sección 6 y 15.

⁶⁸Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque, A/HRC/12/24, párr.63, 2009.



con un marco jurídico respecto al agua, estableciendo a este derecho como un pre-requisito para el desarrollo de otros derechos. Dicho de otra manera, el derecho al agua potable y saneamiento ambiental se encuentran vinculados con la realización de otros derechos como un nivel de vida adecuado, salud y dignidad humana. Es decir, existe una interdependencia entre el derecho al agua y el aseguramiento de los demás derechos económicos, sociales y culturales.

Esta afirmación nos lleva a pensar que el recurso hídrico, debe ser considerado por los Estados firmantes de estos convenios como derecho fundamental, en donde no cabe la apropiación de las fuentes de agua o su privatización, dado que le corresponde al Estado garantizar su acceso a través de una adecuada gestión. Surge una pregunta respecto a ¿Cuál es el rol de los Estados frente a la declaratoria del agua como un derecho fundamental? La Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, al reconocer este derecho como derecho fundamental, realiza una exhortación a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países en vías de desarrollo, para lograr un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible.

Por otra parte, en la Observación General N°3, el Comité confirmó que los Estados Partes tienen la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales. Me permitiré señalar las obligaciones básicas respecto al agua que constan en el documento:

- a) Garantizar el *acceso a la cantidad esencial mínima de agua* que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
- b) Asegurar el derecho de *acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria*, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- c) Garantizar el *acceso físico a instalaciones o servicios de agua* que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;
- d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;



- e) Velar por una *distribución equitativa* de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- f) Adoptar y *aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población*; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;
- g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;
- h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de *costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables* y marginados;
- i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos *servicios de saneamiento adecuados*.

Como respuesta a la vigencia del derecho al agua, nace la obligatoriedad de los Estados Parte de efectuar una protección de los niveles esenciales del derecho al recurso que permitan ampliar el contenido del acceso al mismo, incorporando los aspectos de disponibilidad efectiva de agua, niveles mínimos de consumo, condiciones de calidad, continuidad, aceptabilidad cultural, cercanía y asequibilidad.

Derecho al agua en la normativa ecuatoriana

El Ecuador se consolida como un Estado constitucional de derechos y justicia que tiene como deber primordial garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Respecto al agua, el texto constitucional desarrolla una triple dimensionalidad, dado que la Constitución ecuatoriana



hace referencia al agua como un derecho (art. 3 numeral 1)⁶⁹, un servicio público (art. 314) y como parte de los sectores estratégicos (art. 313).

Respecto a la primera dimensionalidad, se establece que el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable⁷⁰ y por tanto, todas las personas tienen derecho a disponer de agua limpia, suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico en cantidad, calidad, continuidad y cobertura. Esta reflexión viene dada por la importancia que implica este elemento tanto para la naturaleza como para los seres humanos; así pues, su marco regulatorio debe girar en torno a su debida protección, uso y distribución.

Por consiguiente, las personas y colectividades deben gozar a un acceso equitativo, permanente y de calidad del recurso natural del agua. Dicho de otra manera, el ser humano tiene el derecho a disponer de agua suficiente para asegurar un nivel de vida adecuado. De lo referido, es importante destacar la existencia de derechos colectivos sobre el agua, dado que la norma constitucional permite que la gestión del agua sea exclusivamente pública o comunitaria y, por tanto, se encuentre prohibida toda forma de privatización.

En concordancia con lo indicado, la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, manifiesta que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y montubio desde su propia cosmovisión, gozan de derechos colectivos sobre el agua⁷¹.

Asimismo, la referida ley en su artículo 56, señala que la Autoridad Única del Agua y los Gobiernos Autónomos Descentralizados, promoverán y apoyarán las iniciativas comunitarias y las alianzas entre entidades de los sectores públicos y comunitarios para la eficiente prestación de los servicios públicos. Siendo excepcional la participación de la iniciativa



⁶⁹El artículo 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece: 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.

⁷⁰El artículo 12 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: “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”.

⁷¹Es necesario recordar que la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua en su artículo 71 establece los derechos colectivos del agua que gozan las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.



privada y la economía popular y solidaria en la prestación del servicio público, constando dichas excepciones en el artículo 7 de la referida ley⁷².

Otro elemento que destaca en la normativa ecuatoriana, versa sobre los diferentes usos en la gestión de este recurso no renovable. Conocemos que el agua es un recurso escaso y necesario para la realización de diferentes propósitos además del uso personal y doméstico; por ello se debe dar una prioridad respecto a su asignación, ya que, por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a alimentos adecuados) y asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud). En el Ecuador se establece un orden de prioridad sobre su uso, encontrándose primero el agua para el consumo humano, para posterior dar paso al riego para garantizar la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas.

Podemos concluir que, la normativa ecuatoriana, hace referencia al agua como un derecho humano fundamental y como un derecho colectivo; además, al igual que en derecho internacional, su ejercicio se encuentra relacionado con el desarrollo de otros derechos establecidos en la Constitución, como el derecho a vivir en un ambiente sano, naturaleza, salud y soberanía alimentaria.

Si bien nuestro objeto de estudio es el recurso hídrico, debemos formular una especial mención al derecho a la salud, puesto que este último comprende otros derechos conexos como el derecho al agua. Para entender de mejor manera el alcance del derecho a la salud, es necesario hacer referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el cual determina como uno de los factores determinantes de la salud el agua potable y condiciones sanitarias adecuadas, alimentos aptos para el consumo, nutrición y vivienda adecuadas, condiciones de trabajo y un ambiente salubre, educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud⁷³.

Lo indicado se relaciona con lo establecido en la Observación General N° 15, en la que se menciona que “Se debe dar prioridad a los recursos



⁷²Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua en su artículo 7 menciona que: La prestación del servicio público del agua es exclusivamente pública o comunitaria. Excepcionalmente podrán participar la iniciativa privada y la economía popular y solidaria, en los siguientes casos: a) Declaratoria de emergencia adoptada por la autoridad competente, de conformidad con el ordenamiento jurídico; o, b) Desarrollo de subprocesos de la administración del servicio público cuando la autoridad competente no tenga las condiciones técnicas o financieras para hacerlo. El plazo máximo será de diez años, previa auditoría.

⁷³Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud, “El derecho a la Salud”, Folleto informativo N° 31. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>



hídricos requeridos para prevenir la hambruna y la enfermedad así como también al agua necesaria para satisfacer las obligaciones esenciales de cada uno de los derechos establecidos en la Convención⁷⁴.

Además, la Constitución de la República de 2008 reconoce el derecho humano al agua como parte integrante del concepto de buen vivir, el cual será desarrollado más adelante cuando se trate sobre la relación dinámica que debe existir entre el derecho al agua, el desarrollo sostenible y bienestar social desde la experiencia ecuatoriana. Ya que el Ecuador busca dejar atrás un viejo paradigma, en donde el ser humano es lo más importante y por tanto los recursos naturales (agua) deben estar dirigidos a su bienestar, para consolidar una idea de derechos de la naturaleza que hoy en día se encuentran en debate en el foro nacional e internacional.

Es decir, el agua es parte integral del conjunto de derechos que otorgan significado al buen vivir; por consiguiente, conforme lo señalado en la norma constitucional, así como en la jurisprudencia, se deberá garantizar la prestación del servicio público del agua potable y saneamiento ambiental por parte del Estado, conforme los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

Buen Vivir y Gobernanza

Al dotarle la calidad de derecho humano al agua, le corresponde al Estado garantizar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento. A consecuencia, nace el deber (positivo) de prestar este servicio respetando las categorías fundamentales de disponibilidad, calidad, accesibilidad, asequibilidad y el deber (negativo) de abstenerse a efectuar actividades que no garanticen su correcta aplicación. En el caso ecuatoriano, la normativa legal faculta a que el Estado y los



⁷⁴http://www.laciudadviva.org/opencms/export/sites/laciudadviva/recursos/documentos/Otros_Documentos/Textos/Textos_Derechos_y_Deberes/Comite_Derechos_Sociales_Naciones_Unidas-Observacion_General_15_Adopcion_al_Derecho_al_Agua-2002.pdf



gobiernos autónomos descentralizados adopten políticas públicas que vayan encaminadas al cuidado del agua potable⁷⁵.

Al respecto, la ley faculta a los gobiernos autónomos descentralizados a desarrollar programas de uso racional del agua⁷⁶, ya que poseen competencias exclusivas respecto a la prestación de servicios públicos relacionados con el agua, y por ende deben realizar un trabajo coordinado entre los distintos niveles de gobierno y la participación plena de los sistemas comunitarios para consolidar las políticas públicas generadas en relación con el agua.

Conocemos que una de las características de los derechos económicos, sociales y culturales es su realización progresiva; es decir, en el caso objeto de estudio, el Estado debe cumplir con las obligaciones respecto al derecho al agua que han sido presentadas en el desarrollo del tema dos del presente trabajo y, por tanto, constituye una violación del derecho al agua la adopción de medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas.

Para continuar con el análisis, es necesario abordar el concepto de desarrollo sostenible, el cual se propugnó en la cooperación internacional para alcanzar el desarrollo sustentable, en la línea de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972⁷⁷ y que fue reflejado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y hoy es recogido por la Declaración de Río en diversos principios⁷⁸.

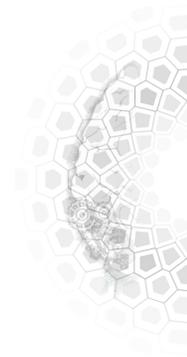


⁷⁵Por otra parte, el artículo 83 del referido cuerpo legal dice: Es obligación del Estado formular y generar políticas públicas orientadas a: a) Fortalecer el manejo sustentable de las fuentes de agua y ecosistemas relacionados con el ciclo del agua; b) Mejorar la infraestructura, la calidad del agua y la cobertura de los sistemas de agua de consumo humano y riego; c) Establecer políticas y medidas que limiten el avance de la frontera agrícola en áreas de protección hídrica; d) Fortalecer la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades en torno a la gestión del agua; e) Adoptar y promover medidas con respecto de adaptación y mitigación al cambio climático para proteger a la población en riesgo; f) Fomentar e incentivar el uso y aprovechamiento eficientes del agua, mediante la aplicación de tecnologías adecuadas en los sistemas de riego; y, g) Promover alianzas público-comunitarias para el mejoramiento de los servicios y la optimización de los sistemas de agua.

⁷⁶La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 415 al respecto menciona que, el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados, adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes. Los gobiernos autónomos descentralizados desarrollarán programas de uso racional del agua, y de reducción, reciclaje y tratamiento adecuado de desechos sólidos y líquidos. Se incentivará y facilitará el transporte terrestre no motorizado, en especial mediante el establecimiento de ciclo vías.

⁷⁷En la Conferencia de Estocolmo de 1972, se formula además la expresión ecodeesarollo que fue utilizada para designar una estrategia de desarrollo especialmente aplicable a los países de Tercer Mundo, que postulaban un estilo de desarrollo ecológicamente viable. Véase en Raúl Brañes, Manual de Derecho Ambiental Mexicano, II Edición, México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental y Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 34.

⁷⁸Principio 3: El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. Principio 4: Al fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no debe considerarse en forma aislada. Principio 8: Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas adecuadas.



El desarrollo sostenible está vinculado con la preocupación de las personas de preservar el patrimonio ambiental para las generaciones futuras, entendiéndole como la unión o lazo entre el Medio Ambiente y el desarrollo, cuya finalidad es buscar un nuevo modelo de desarrollo, bajo el esquema de una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades.

Al ser el agua una necesidad humana básica debe ser sostenible en el tiempo; es decir, se debe satisfacer las necesidades de la generación presente sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas. Esta constante preocupación por la conservación de la naturaleza y el aprovechamiento o uso de los recursos naturales, conducen a una problemática relacionada con cuestiones de desarrollo económico y social, en este contexto surge la exigencia de utilizar los recursos dentro de ciertos parámetros, como es el prevenir la contaminación y conservar el recurso, impidiendo así su uso indefinido.

El agua es un componente importante respecto al desarrollo económico de los países. El Informe de Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos dice:

La gestión sostenible del agua, las infraestructuras del agua y el acceso a un suministro seguro, fiable y asequible de agua y servicios de saneamiento adecuados mejoran el nivel de vida, expanden las economías locales y promueven la creación de puestos de trabajo más dignos y a una mayor inclusión social. La gestión sostenible del agua es también un motor esencial para el crecimiento verde y el desarrollo sostenible (...) Una gestión insostenible del agua y otros recursos naturales puede provocar graves daños a la economía y a la sociedad, revirtiendo de esta forma muchos de los progresos realizados con gran esfuerzo en la reducción de la pobreza, la creación de empleo y el desarrollo.

Por ello, uno de los principios del Derecho Ambiental es la primacía de los intereses colectivos, en donde la tutela del medio ambiente apunta a mejorar la calidad de vida de la humanidad y a lograr el desarrollo sostenible, como legado para las futuras generaciones. Con esto se pretende generar un balance entre los usos económicos y la conservación



del medio ambiente, promoviendo modelos de desarrollo económico, social y ambientalmente justo⁷⁹.

En el caso ecuatoriano, la Constitución recoge el principio del *sumak kawsay* o buen vivir, convirtiéndose en el punto de partida para los procesos de desarrollo sustentable. El buen vivir “aparece como eje o paradigma ordenador que propone una crítica a los conceptos de desarrollo y al concepto de crecimiento económico”⁸⁰.

Este derecho viene dado desde una cosmovisión indígena en donde la naturaleza deja de ser un recurso y se convierte en un sujeto de derechos. En consecuencia, el razonamiento sobre lo que deberíamos entender sobre el buen vivir, está construido por un diálogo entre el ser humano y la naturaleza, en el cual se sostiene que tanto la producción, como el aprovechamiento y uso de los recursos naturales, deben estar ligados a la conservación ambiental.

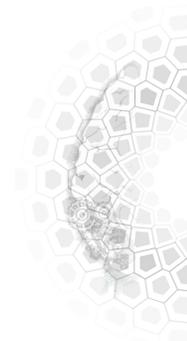
La Constitución de la República, además de plantear el buen vivir como un nuevo paradigma, establece que las políticas públicas, servicios públicos y la participación ciudadana, deben estar orientados a hacer efectivo el *Sumak Kawsay*, cuyos ejes ordenadores constituyen el derecho al agua y a la alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud y trabajo y seguridad social.

En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República y la ley, la Corte Constitucional en uno de sus fallos jurisprudenciales ha dicho:



⁷⁹En los últimos 50 años el desarrollo económico tuvo una visión antropocéntrica, en donde el ser humano es el eje y centro del desarrollo y no importa las consecuencias ambientales que se provoquen para la satisfacción de sus necesidades. Ante este pensamiento económico surgen varios senderos: El primero es el de la Economía Ambiental, que se fundamenta en que los recursos naturales son una fuente de materiales y su uso que producen externalidades deben ser considerados dentro de los procesos económicos; por otro lado, la Economía Ecológica se caracteriza por ser transdisciplinaria, abandonando la visión antropocéntrica en busca de una relación entre la economía, la sociedad y el ambiente. La diferenciación entre ambos términos ha servido para hacer énfasis entre impuestos ambientales e impuestos ecológicos. Véase en Rivadeneira Alava, Ana, Carrasco Vicuña, Carlos Marx y Oliva Pérez, Nicolás, “Tributación ambiental en Ecuador: ¿incentivos o desincentivos?”, en *Una Nueva Política Fiscal para el Buen Vivir. La equidad como soporte del pacto fiscal*, Quito – Ecuador, Servicio de Rentas Internas, Centro de Estudios Fiscales, 2012, pág. 339 – 341.

⁸⁰Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (Compiladores), “El Buen Vivir, Una vía para el desarrollo”, Ediciones Abya-Yala, Quito – Ecuador, 2009.



El *sumak kawsay* (buen-vivir) es parte de la estructura del Estado sobre el cual se asienta el proyecto del Estado que conduce a la sociedad ecuatoriana a un buen vivir. Basa su fundamento en mantener un equilibrio entre el ser humano, los recursos naturales y el desarrollo, en un marco de racionalidad y equilibrio; para tal efecto, el Estado garantiza a sus habitantes el acceso a los derechos constitucionales y en especial constituye el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, como son: el ambiente, la salud, la educación, el desarrollo, etc., no solo como mera enunciación declarativa, sino como todo un andamiaje conducente a que los mismos se viabilicen⁸¹.

Es decir, el “derecho humano al agua es indispensable para una vida digna. Es una condición necesaria para lograr la efectividad de todos los demás derechos (...) el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”⁸². Esto conlleva a la presencia de ciertos desafíos respecto a la gobernanza de los recursos hídricos, puesto que la norma constitucional ecuatoriana establece que el sistema económico deberá propender a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado en armonía con la naturaleza. Esto da como resultado que se constituya en un objetivo estatal, el deber de garantizar las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir y se asegure su acceso conforme a lo establecido en el derecho internacional y la normativa constitucional, naciendo la obligación de incorporar conceptos de ampliación del servicio para grupos de población vulnerables y marginados, participación comunitaria, rol de la mujer, entre otros aspectos que consoliden el buen vivir.

Proponemos como una posible consecuencia para efectivizar el derecho al agua y el buen vivir, que a nivel presupuestario se destine un importante rubro económico, dada la condición que goza este derecho a lo largo de la Carta Magna, instrumentos internacionales y sentencias de la Corte Constitucional.



⁸¹Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia N° 0006-10-SEE-CC, Caso N°0008-09- EE, 25 de marzo de 2010. Disponible en: <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f934cf39-8379-4789-9374-4a050c34798f/0008-09-EE-dict.pdf?guest=true>

⁸²Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 15: El derecho humano al agua (art. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).



Ya que como hemos hecho referencia, los Estados Parte tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos que dispongan, para hacer efectivo el derecho al agua, o en su caso, hacer todo lo posible para cumplirlas. En caso contrario, los Estados violarían las obligaciones que han contraído en el Pacto.

De lo antes referido, podemos establecer que el gasto público se encuentra vinculado de forma determinante con la prestación de servicios públicos; es decir, se deben identificar las necesidades que tanto el Estado como los Gobiernos Autónomos Descentralizados las determina como básicas, dejando sentado previamente que es la norma constitucional la que otorga una prioridad en el gasto y presupuesto dependiendo las urgencias que se generen.

Por ello, resulta necesario preguntarse si existen consecuencias al menos jurídicas respecto a este planteamiento (el agua como derecho) y las posibles erogaciones que como gasto público⁸³ se puede efectuar. De ahí que tengamos la necesidad de explicar brevemente qué es el gasto público para hacer efectiva la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento ambiental.

Héctor Villegas manifiesta que “...para poner en marcha el proceso organizativo indispensable para movilizar las funciones y servicios públicos, y para que sean ejecutados ininterrumpidamente el gobierno debe realizar erogaciones que se denominan gastos públicos”⁸⁴. Esto evidencia que el gasto público en cada periodo fiscal va acrecentándose debido a que cada vez son mayores las necesidades que se van produciendo dentro de la sociedad, existiendo así algunas causas del crecimiento del gasto público.

Es pertinente hacer referencia no solo al concepto de gasto público sino a un nuevo concepto de gasto público social; para ello, debemos saber que primero es necesario encontrar necesidades sociales básicas, ya que según



⁸³Para definir al gasto público podemos citar lo que manifiesta Guillermo Ahumada al respecto sobre gasto público “Es una erogación monetaria, realizada por autoridad competente, en virtud de una autorización legal y destinado a fines de desarrollo nacional [...]”.

⁸⁴Villegas, Héctor, Manual de Finanzas Públicas, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 11.



como entienda cada Estado las necesidades básicas destinará los recursos necesarios para su satisfacción, constituyéndose así, en la mayoría de los Estados, gastos públicos sociales la educación, la salud, la alimentación, la vivienda y el desarrollo productivo, que son satisfechas según ciertos principios que establecen los Estados.

Autores como Casado Ollero han analizado el rol de las finanzas públicas respecto al goce de los derechos fundamentales, estableciendo que no se puede limitar derechos por desequilibrios de la hacienda pública. Por ello, es uno de los deberes primordiales del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, más aún cuando hemos señalado que el derecho humano al agua es fundamental para el desarrollo de otros derechos.

Esto evidencia una prioridad que debe existir respecto al gasto público en lo referente al agua y las posibles consecuencias que nuestra Constitución de la República, establece sobre el gasto público social y su posible exigibilidad en el presupuesto por parte de los diferentes titulares de derechos⁸⁵. Si bien la propia norma constitucional otorga ciertos privilegios respecto al gasto, existe una interrogante sobre la exigibilidad en tiempo de crisis económica. Martínez Giner citado por Troya Jaramillo afirma que: “...en momentos de crisis económica, queda reforzado el papel del principio de justicia en materia de gasto público, es decir, resulta más conveniente escoger de manera cuidadosa las necesidades públicas que han de ser satisfechas por los poderes públicos...”. Es decir, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, sabemos que los Estados enfrentan diferentes momentos económicos y existen crisis en donde los recursos, son insuficientes para solventar los gastos que se producen, para lograr los diversos fines del Estado que han sido delineados en sus normas constitucionales.



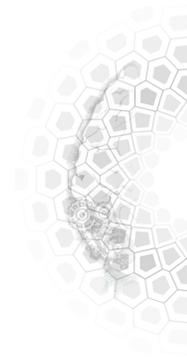
⁸⁵Cabe señalar que esta relación jurídica del gasto público, recursos y acciones que se pueden realizar frente al gasto público y las acciones que se pueden interponer en cuanto a los derechos asociados al gasto público y la ejecución presupuestaria.



Conclusiones

Se concluye de lo referido que al menos se deberá proteger el contenido mínimo del derecho al agua, asegurando la efectiva prestación del servicio público de agua potable y saneamiento ambiental. Puesto que, como se ha manifestado, existe un vínculo entre el gasto público y el ejercicio de los diferentes derechos establecidos en la Constitución, existiendo un trato diferenciado respecto al derecho al agua toda vez que posee esta múltiple dimensionalidad, dando como resultado una posible necesidad de otorgar recursos financieros para el ejercicio efectivo de este servicio público.

Finalmente, cabe resaltar que estas condiciones serían obligatorias para todos los Estados Parte de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño y la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y sus posteriores desarrollos, dado que en varios de estos instrumentos internacionales se tutela el agua ya sea como derecho humano fundamental o dentro del marco al derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la salud. Teniendo como consecuencia que los estados propicien los suficientes recursos financieros para el suministro de agua potable y saneamiento ambiental.



Referencias

Bibliográficas

Atienza Manuel. 1991. *Introducción al Derecho*, Barcanova, Cuarta edición.

Bandeira de Mello, C. 2006. *Curso de Derecho Administrativo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa.

Barrachina, J. 2009. *Derecho Tributario Ambiental*, Perú, Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Bravo Velásquez, E. 2013. *Del big ban al antropoceno: El andar de una naturaleza con derechos*, Quito, Editorial Abya-Yala.

Bulit Goñi, E. 2002, *Derecho Tributario Provincial y Municipal*, Buenos Aires, Vilella Editor, Primera Edición.

Ernst Wolfgang Böckenförde. 2000. *Traducción de Rafael de Agapito Serrano*, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Editorial Trotta.

Gallegos López, J. 2011. *La política comunitaria en materia de aguas y su relevancia en el ordenamiento tributario local*, Navarra, Editorial Arazandi S.A.

García Belsunce, H. 2003. *La ciencia de las Finanzas Públicas y la actividad financiera del Estado*, en Tratado de Tributación Tomo I, Derecho Tributario Volumen I, Buenos Aires, Astrea.

Valencia Carmona, S. 2003. *Derecho Municipal*, México, Editorial Porrúa México. Villegas, Héctor. 2000. *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Depalma.

Hemerográficas

Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud, “El derecho a la Salud”, Folleto informativo N° 31. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>



Ramírez Granados, M (2010), “Los servicios públicos en la legislación actual” en Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (171-190) mayo-agosto.

El derecho al agua, Folleto Informativo N° 35, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ONU Hábitat, Organización Mundial de la Salud.

El derecho humano al agua potable y saneamiento, Boletín Derechos Humanos N°21, Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado Guatemala, www.oacnudh.org.gt.

Informe de Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo 2016

Normativas

Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Constitución de la República del Ecuador, en R.O., 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, en R.O., 305 de 06 de agosto de 2014.

Jurisprudencial

Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia N° 0006-10-SEE-CC, Caso N°0008- 09-EE, 25 de marzo de 2010.

Disponible en: <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busquedapdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f934cf39-8379-4789-9374-4a050c34798f/0008-09-EE-dict.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 003-14-SIN-CC, Caso N°0014-013-IN y acumulados N°0023-13-IN y 0028-13-IN, 17 de septiembre de 2014. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_B_AJA3/0014-13-IN-sen.pdf



Corte Constitucional Colombiana Sentencia T-418-10. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-418-10.htm>

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T-1089/11. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-1089-12.htm>

