

LA EVOLUCIÓN NORMATIVA PARA LA GARANTÍA DEL DERECHO AL AGUA EN ECUADOR

THE LEGAL EVOLUTION OF THE GUARANTEE OF WATER LAW IN ECUADOR

Andrés Martínez Moscoso¹
ORCID: 0000-0002-8952-0680
Universidad San Francisco de Quito
amartinez@usfq.edu.ec
Ecuador

DOI: <https://doi.org/10.24265/voxjuris.2024.v42n1.12>

Recibido: 5 de diciembre de 2022.

Aceptado: 18 de abril de 2023.

SUMARIO

- Introducción.
- Marco teórico.
- Los DESCA en Ecuador.
- El derecho humano al agua.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

El tratamiento jurídico que se ha dado al agua en el Ecuador resulta interesante desde un punto de vista de su evolución constitucional, pues si bien es cierto fue considerado como un recurso natural, ahora tiene el tratamiento de derecho humano y sector estratégico. En la presente investigación, con base en una metodología histórico-jurídica, se hace un recorrido respecto a cómo ha avanzado el tratamiento del recurso hídrico a nivel constitucional, y de qué manera los instrumentos internacionales, así como la jurisprudencia de los organismos internacionales y el *soft law*, influyeron en el constituyente ecuatoriano para un tratamiento especial, al ser la primera constitución en reconocerlo como derecho humano y fundamental. La investigación señala que, pese a los avances a nivel normativo, aún resta un largo camino a nivel de institucionalidad y recursos públicos que permitan generar la infraestructura para garantizar el derecho.

PALABRAS CLAVE

derecho al agua, derecho humano, DESCA, Ecuador.

ABSTRACT

The legal treatment that has been given to water in Ecuador is interesting from the point of view of its constitutional evolution, because although it is true that it was considered a natural resource, it is now treated as a human right and a strategic sector. In the present investigation, based on a historical-legal methodology, a review is made of how the treatment of water resources has advanced at a constitutional level, and how international instruments, as well as the jurisprudence of international organizations and the soft law, influenced the Ecuadorian constituent for special treatment, being the first constitution to recognize it as a human and fundamental right. The research indicates that, despite the advances at the regulatory level, there is still a long way to go in terms of institutions and public resources that allow the generation of infrastructure to guarantee the right.

KEYWORDS

water law, human right, ESCR, Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Desde el inicio del presente milenio, la comunidad internacional puso sus esfuerzos en la lucha por reducir las desigualdades y eliminar la pobreza, por lo que se diseñaron los Objetivos de Desarrollo del Milenio, donde ya se tuvo presente al ambiente y el agua como elementos centrales para alcanzar este fin. Posterior a ello, con el diseño de la Agenda 2030, de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el objetivo N° 6, apuntó directamente a la consecución de agua segura para toda la población mundial (Spijkers, 2020).

¹ El autor agradece la tutoría y comentarios que recibió del Dr. Pablo Colmegna, Universidad de Buenos Aires, para la realización de esta investigación.

Sin embargo, desde el derecho, comúnmente el agua tuvo un tratamiento distinto, muchas veces desde una lógica del derecho civil que la veía como un bien, que incluso se podía comercializar. Por ello, resultó novedoso que el Ecuador fue uno de los primeros Estados en constitucionalizar al agua como derecho humano y fundamental en 2008. Sin embargo, sus primeras consideraciones nacieron de la satisfacción de otros DESCA (en especial la salud), fruto de evoluciones constitucionales previas, como la carta política de 1998, donde se asoció el cumplimiento del derecho a la salud con el acceso a agua potable.

No obstante, en el último proceso constituyente (2007-2008), el Ecuador fijó como objetivo de desarrollo el buen vivir o “sumak kawsay”, y reconoció constitucionalmente al agua, dentro de los derechos asociados al buen vivir.

Por ello, el presente trabajo está centrado en responder la siguiente pregunta de investigación: ¿De qué manera el Ecuador consideró que el derecho al agua es un derecho autónomo, y cómo estos se adecuan o mejoran los estándares internacionales?

En este sentido, la Asamblea Nacional Constituyente (2007-2008), acogió las propuestas planteadas en un escenario contrahegemónico en relación con la gestión de los recursos naturales y buscó un modelo de desarrollo bajo el concepto de armonía con la naturaleza, y permitió el reconocimiento autónomo del agua, en tanto y en cuanto es esencial para la vida, por lo cual los consideró entre los derechos del buen vivir y prohibió de manera expresa su privatización (Acosta & Martínez, 2010).

Si bien el trabajo de manera genérica se aproxima al método analítico-histórico a través del uso de los diferentes textos constitucionales (1979, 1998 y 2008), también se destaca el uso del método inductivo, de tipo cualitativo, con enfoque descriptivo (hermenéutico), pues a lo largo del trabajo se seleccionó la jurisprudencia nacional e internacional, en la que resalta la de Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso ecuatoriano son relevantes, al considerar la Constitución de la República a los instrumentos internacionales de derechos humanos como de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial.

MARCO TEÓRICO

Alrededor del mundo, existen diversas formas de medir el crecimiento económico, así como el bienestar de la población. Muestra de ellos son índices como GINI, el PIB, entre otros, en los cuales se pone como medida de desarrollo, a aspectos de corte financiero, satisfacción de necesidades insatisfechas, entre otras.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano, a partir de la Asamblea Constituyente (2007-2008), el modelo de desarrollo cambió radicalmente, para inspirarse en la comisión andina, a través del concepto del “*Sumak Kawsay*” o Buen Vivir (Hidalgo-Capitán, Cubillo-Guevara, & Masabalán-Caisaguano, 2020), entendido por los indígenas como vida a plenitud, en el cual se aspira que el ser humano mantenga un equilibrio con sus semejantes, así como con la naturaleza.

Esta propuesta disruptiva, desde el sur, que luego fue tomada por la Constitución Boliviana en 2009, a través del “*Sumak Qamaña*”, que es parte identitaria del neoconstitucionalismo latinoamericano, y que puso de relieve el pluralismo jurídico, encontró su sustento normativo, en el texto constitucional ecuatoriano de 2008, de manera particular en el Título Segundo (Derechos), en el Capítulo Segundo, relativo a los derechos del buen vivir, entre los que se enlistan los derechos a: la alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social, y en el que destaca sobre todo el derecho al agua, al que el constituyente ecuatoriano le da las características de derecho humano y fundamental².

El enfoque que brindó el constituyente ecuatoriano en 2007-2008, se adelantó incluso a la declaración de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, que dos años después reconoció como derecho humano al agua y al saneamiento (Valdés De Hoyos & Uribe Arzate, 2020).

En este sentido, en el marco teórico resulta fundamental hacer énfasis en que el agua y el saneamiento (entendidos como uno solo,

² Es el único derecho reconocido en la norma constitucional, al cual se le otorga esta característica, pues el art. 11, en su numeral sexto, señala que todos los principios y derechos son de igual jerarquía, bajo la lógica de la definición del Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos (todos al mismo nivel) y justicia (realizables).

WASH, por sus siglas en inglés), se trata de un derecho autónomo, que contribuye a la realización de otros derechos, parte de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, DESCA, y, que en el caso ecuatoriano es un elemento esencial para alcanzar el “Sumak Kawsay”.

Marco normativo

En Ecuador, la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico³. Sin embargo, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado prevalecen siempre y cuando reconozcan derechos más favorables que aquellos establecidos en la norma suprema⁴.

De tal suerte, en 2008, fue la primera vez que de manera explícita se reconoció en la Constitución al agua como derecho humano y fundamental. Previamente, en la Carta Política de 1998, se consideró al agua potable, pero como parte del contenido del derecho a la salud.

Es así como, a nivel constitucional, el agua es considerada a partir de tres vertientes: se relaciona con su contenido como derecho humano y la realización del “Sumak Kawsay”; pone énfasis en su el agua como servicio público, y la respectiva prohibición de privatización⁵; y, una faceta de carácter institucional, relativa a la existencia de una Autoridad Única del Agua, garante de la realización de este derecho humano (Martínez-Moscoso, 2017).

A nivel internacional se explica de manera cronológica la evolución del reconocimiento al derecho humano al agua que inició en la década de los setenta del siglo pasado hasta llegar a su reconocimiento en 2010.

En este sentido, el rol que desempeñó la Organización de Naciones Unidas a través de sus conferencias, parte del *soft law*, fue determinante. (Plan de Acción de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre Agua, 1977), así como por convenciones temáticas como: Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), y la Convención de los Derechos del Niño (1989).

En los noventa, se concentró ya en discusiones específicas sobre el tema: Conferencia Internacional sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible (Dublín, 1992); y, a inicios del presente siglo se trató de manera expresa su reconocimiento, a través de la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2007); hasta llegar a la Resolución N° 64/292, de la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, así como el reconocimiento que en este sentido brindó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el plano interno ecuatoriano, a nivel infra constitucional, destaca la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Uso y Administración del Agua (2014), dictada por mandato constitucional, cuyo objeto es garantizar el derecho humano al agua y regular y controlar la autorización, gestión, preservación, conservación, restauración de los recursos hídricos; la cual tiene su respectivo reglamento, dictado por el Poder Ejecutivo en 2015.

Es importante advertir que, la citada ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional por razones de forma, al no haberse realizado la consulta prelegislativa de todos los artículos del mencionado cuerpo normativo, por lo que, a través de Sentencia No. 45-15-IN/22, el máximo órgano de control constitucional mandó a que sea el Ejecutivo, quien en el plazo de un año (vence en mayo de 2023), presente un nuevo proyecto de ley ante el Legislativo, Asamblea Nacional, para que esta durante su proceso de aprobación, realice la correspondiente consulta prelegislativa,

3 Art. 424.- “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico...”; Art. 435.- “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos...”, Constitución de la República del Ecuador.

4 De acuerdo con el propio Art. 424.- “...La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Ver las resoluciones de la Corte Constitucional del Ecuador: No. 11-18-CN (aplicación de la Opinión Consultiva OC-17/24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, y reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo) <http://sgc.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=11-18-CN/19>, y No. 10-18-CN (declaró la inconstitucionalidad del art. 81 del Código Civil que define al matrimonio y el art. 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles) <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=10-18-CN/19>.

5 Art. 318.- “El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua...”, Constitución de la República del Ecuador.

dirigida a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y pueblos montubios.

Estado de la cuestión

La evolución respecto al reconocimiento del agua y el saneamiento como un derecho humano, inicia en 2002 con la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y luego con la Resolución N° 64/92, en 2010; no obstante, el debate académico y doctrinal acerca de su autonomía como derecho se dio previamente, y ha sido tenido en cuenta a nivel jurisprudencial en distintas latitudes como Colombia⁶ y Sudáfrica⁷, desde la visión del mínimo vital de agua.

Sin embargo, existen posiciones contrapuestas respecto a la pertinencia o no del reconocimiento del agua como derecho humano, a partir de una Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas, y que a continuación se exponen, con el propósito de sentar una línea base para el caso ecuatoriano.

La primera, sostenida por Rhett (Larson, 2020), indica que, si bien es cierto, la Resolución reconoce al agua como un derecho fundamental, tiene más un valor político o diplomático, que uno verdaderamente legal, pues no desarrolla a diferencia de lo establecido en un acuerdo o convención, un derecho humano internacional al agua.

Así como lamenta que la Resolución se concentra solo en agua y saneamiento (agenda azul), pero deja de lado otros aspectos como saneamiento efectivo (agenda marrón), contaminación del agua y ambiente (agenda verde), y la agenda roja (control de patógenos y enfermedades, tema pertinente durante la presente pandemia a causa del COVID-19) (Larson, 2017).

Una segunda posición es aquella que sustenta al derecho humano al agua y al saneamiento como un derecho autónomo, en el cual se tiene presente además el factor de higiene a la hora de verificar su cumplimiento. Para alcanzar el desarrollo del contenido del derecho, que se compone de 5 elementos, la Relatoría Especial para el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que después devengó en la Relatoría Especial de la Organización de Naciones Unidas sobre agua y saneamiento, y que, durante el mandato

de Catarina de Albuquerque (2008-2014), perfiló el derecho a partir de lo desarrollado por la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los que destacan los siguientes elementos: i) disponibilidad; ii) accesibilidad; iii) aceptabilidad; iv) asequibilidad; y, v) calidad (De Albuquerque, 2014).

LOS DESCA EN ECUADOR

De la misma manera de lo que sucedió en la región, en la segunda mitad del siglo pasado, el Ecuador sufrió un rompimiento democrático, y estuvo casi una década (1972-1979) fuera del Estado de Derecho, por medio de triunviratos y juntas militares.

No obstante, desde el retorno de la democracia hasta la fecha, el Ecuador ha tenido tres constituciones (1979, 1998 y 2008) (Ayala Mora, 2018), cada una de ellas con una influencia político-ideológica específica. Sin embargo, el hilo conductor ha sido el avance progresivo de los derechos, y de manera particular los DESCA, bajo una visión pluralista del derecho, sobre todo desde el reconocimiento de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como una influencia determinante a partir de los noventa, del derecho de la población a un ambiente sano.

Es pertinente señalar que, sin duda en el plano internacional, la fructífera jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, así como los diversos tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, en materia de DESCA (Ronconi & Barraco, 2021), influyeron en la normativa interna ecuatoriana para un desarrollo progresivo de estos derechos, hasta llegar a la constitucionalización del agua como derecho humano y fundamental.

En este sentido a continuación, se narra de manera breve los aspectos sobresalientes de las tres constituciones desde el retorno a la democracia, y de qué manera se abordaron los DESCA, y de manera particular el derecho al agua, afín de mostrar los avances y los retos que aún están pendientes en esta materia.

La Constitución de 1979 y sus reformas

La vigencia de esta Constitución no nació de un proceso constituyente, sino de un referéndum, en el cual la dictadura militar puso en consideración de la ciudadanía, dos propuestas de texto constitucional.

6 La Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia T-740, 2011, determinó que el mínimo vital de agua potable es de 50 litros por persona al día.

7 Lindiwe Mazibuko y otros contra la ciudad de Johannesburgo, 2009.

Con respecto a los DESCA, la norma de 1979, en su art. 19 reconoció los derechos a las personas, y en el numeral 13, hizo referencia a la vida digna, en las que incluye: salud, alimentación, vestido, vivienda y servicios sociales (Ayala Mora, 2018).

Por su parte, al tratarse de un texto constitucional que continuó la tradición nacionalista de la dictadura militar, mantuvo un control a cargo del Estado de la explotación de los recursos naturales no renovables, y de manera expresa el servicio de agua potable, entre otros (las personas naturales o jurídicas extranjeras no podían de manera directa o indirecta obtener el uso de aguas) (Martínez-Moscoso, 2019).

La Constitución Política de 1979 tuvo vigencia durante casi dos décadas, dentro de lo cual sufrió múltiples reformas que fueron a su vez codificadas en: 1984; 1993, 1996; y, 1997, respectivamente, y que, en lo principal, referido al objeto de estudio, se incorporó el reconocimiento del derecho a vivir en un ambiente sano libre de contaminación y la obligación del Estado de garantizar el desarrollo sustentable.

La Constitución “neoliberal” de 1998

Al igual de lo que sucedía en el resto del continente, la influencia de la Nueva Gestión Pública (*The New Public Management*), así como las medidas neoliberales implementadas a partir del Consenso de Washington repercutieron en el Ecuador, situación que devengó en la convocatoria a una Asamblea Constituyente, que buscaba brindar respuestas a la inestabilidad política, así como en teoría cumpliría con una agenda de desregularización de los bienes y servicios, para dar paso a un proceso de mayor participación del sector privado (privatizaciones), entre las que se encontraba el agua potable y el saneamiento (Guevara Baltazar, Espejel Mena, & Flores Vega, 2010). La Constitución, entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, y se caracterizó por ser de “... tendencia de corte privatista a la relación Estado-economía y limitó la representación política...” (Ayala Mora, 2018, pág. 40).

La norma constitucional reconoció en su art. 23, numeral 20, el derecho a la calidad de vida de los ciudadanos, entre los que se tuvieron en cuenta algunos DESCA, entre ellos: la salud, el agua potable, y el saneamiento ambiental (Trujillo, Andrade, & Viciano, 2004).

Así como se estableció (art. 42) la obligación estatal de garantía del derecho a la salud, y para que el mismo pueda garantizarse, se lo

hacía a través de entre otros derechos, como la provisión del servicio de agua potable y saneamiento básico, bajo los principios de: equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.

La carta constitucional fue calificada como “neoliberal”, debido a la apertura que se brindó a las iniciativas privadas, entre otros, en la explotación de los recursos naturales (proceso que inició ya en 1998, a través de la Ley de Modernización del Estado), fue así que la provisión de los servicios públicos (art 249), pese a tratarse de una responsabilidad Estatal, se dejó abierta la posibilidad para que sean prestados de manera directa o por delegación (empresas mixtas o privadas), con figuras como: la concesión, la asociación, la capitalización, el traspaso de la propiedad accionaria, etc.

De manera simbólica, la segunda ciudad del país, Guayaquil, que adscribió su administración al modelo de la Nueva Gestión Pública, concesionó el servicio de agua potable y saneamiento, el 11 de abril de 2001, a la concesionaria International Water Services (Guayaquil), Interagua C. Ltda (Mejía, Santos, Rivera, & Uzcátegui, 2015). Si bien es cierto, en las disposiciones transitorias del texto constitucional se pidió una auditoría integral del servicio, la misma fue realizada y la empresa aprobó el examen, por lo que siguió vigente el respectivo contrato de concesión, con vigencia hasta el 2030, y de cuyo cumplimiento se encarga la Empresa Municipal de Agua y Alcantarillado de Guayaquil, EMAPAG-EP.

La Constitución del “buen vivir” de 2008

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, concentra su contenido sobre todo a partir de tres cartas constitucionales, que tuvieron una influencia ideológica y política, y que surgieron como respuesta al modelo constitucional liberal clásico. Estas fueron los casos de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2010).

En el caso ecuatoriano, es importante destacar que, durante su vida republicana (1830-2008), el país ha tenido 20 textos constitucionales, es decir, un promedio de una por década, situación que se refleja sobre todo debido a la falta de gobernabilidad, así como a que los respectivos procesos constituyentes terminaron por ser la justificación para que el gobierno de turno haga a su medida la parte orgánica y dogmática de la Constitución.

No obstante, durante la última Asamblea Constituyente, esta llegó como pedido de la ciudadanía frente a la falta de gobernabilidad, al manejo total de los partidos políticos de la cosa pública (partitocracia, o partidocracia), y a que grandes sectores de la población no se sentían representados (falta de pluralismo) (Grijalva, 2011).

El texto concebido en la Asamblea Constituyente (2007-2008), es reivindicativo, con lenguaje de género, inclusivo, con especial tratamiento de los derechos colectivos (incluso parte del texto se encuentra redactado en Kichwa), con transversalidad de la democracia participativa, con reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, y consideración de la Pachamama (madre naturaleza), como principio de todos.

En este sentido, el discurso disruptivo y contrahegemónico también llegó a los temas relacionados con la gestión de los recursos hídricos, basados entre otros, en procesos regionales como la “Guerra por el Agua” en Cochabamba (Shiva, 2014). Muestra de ello fue que el constituyente ecuatoriano, mostró como una de sus grandes conquistas la prohibición de la privatización del agua, al considerarla como elemento esencial para la vida, y para el disfrute y consecución del “Sumak Kawsay”; por ello, su gestión es exclusivamente pública o comunitaria⁸.

Mientras que a nivel de la gestión de los recursos naturales renovables y no renovables, la Constitución de 2008, los incluye dentro de la categoría de los “sectores estratégicos” (también el agua), cuya administración, regulación, control y gestión, se encuentra reservada a favor del Estado, debido a su trascendencia en lo económico, político, social y ambiental.

EL DERECHO HUMANO AL AGUA

El reconocimiento del agua como derecho humano y fundamental, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como el Ecuador, hace que su trascendencia y contenido sea relevante, todo ello con el propósito de buscar su realización.

En este sentido, las realidades del real cumplimiento del derecho humano al agua en

el Ecuador son distintas, sobre todo debido a la dispersión de la zona periurbana y rural, la cual no se abastece del todo de agua segura, versus el área urbana consolidada, sobre todo de las grandes ciudades que concentra gran cantidad de la población y por ello, a nivel global, los niveles de cobertura son altos.

De acuerdo con las cifras que ofrece el “Joint Monitoring Programme for Water Supply, Sanitation and Hygiene”, 7 de cada 10 personas en el Ecuador beben agua gestionada de manera segura (INEC, 2019), no obstante, la brecha se mantiene entre lo urbano (85%) y lo rural (58%) (JMP, 2019).

Mientras que, a nivel de fuentes de agua mejorada, la cifra se eleva a 87% de personas que acceden a estas (INEC, 2019). Es evidente que en las últimas décadas ha existido una mejoría en las infraestructuras de WASH, así como en la prestación del servicio, lo cual ha contribuido a la realización del derecho humano al agua, lo cual se debe, entre otras, al cumplimiento internacional que ha tenido que hacer el Ecuador, primero con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (No. 7), y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (No. 6).

La realización del derecho humano al agua en Ecuador

Como se señaló oportunamente en el marco normativo, tanto la Constitución de 2008, así como la LORHUA y su reglamento, tienen por propósito generar las condiciones apropiadas para la realización efectiva del derecho humano al agua, tanto es así, que si se consideran los 5 parámetros establecidos por la Relatoría Especial del Derecho Humano al Agua y al Saneamiento, es significativo que cada uno de los elementos, son abordados y regulados en el texto constitucional, a saber: a) disponibilidad (art. 264, numeral 4⁹; art. 282¹⁰; art. 314¹¹; art. 326, numeral 15¹²; y,

9 “...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.”

10 “...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”.

11 “...El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado pondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación...”

12 “...Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado...”

8 En Ecuador, existe gran presencia de sistemas comunitarios, organizados a partir de juntas de agua potable, así como de riego, respectivamente, y que surgen de la organización de pueblos y nacionalidades indígenas, sectores campesinos, entre otros.

art. 411¹³, Constitución del Ecuador); b) aceptabilidad (art. 314, Constitución del Ecuador); c) asequibilidad (art. 314; art. 375, numeral 6¹⁴, Constitución del Ecuador); d) asequibilidad (art. 314, Constitución del Ecuador); y, calidad y seguridad (art. 276, numeral 4¹⁵; art. 314; art. 411¹⁶; art. 413¹⁷).

En este sentido, la Observación general N° 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se refirió al derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y desde su fundamento jurídico señaló que “...es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Así también, la forma como se debe brindar prioridad de derecho para consumo humano con fines personales y domésticos, así como un acceso sostenible para fines agrícolas para garantizar una alimentación adecuada. Así como su relevancia al tratar al agua como un bien cultural, y no netamente económico, para garantizar el acceso al recurso para las generaciones futuras.

En relación con la disponibilidad, destaca que el Ecuador fijó en 2017, el mínimo vital de agua, en 200 litros (habitante/día) (Martínez-MoscOSO, Aguilar Feijó, & Verdugo Silva, *The Vital Minimum Amount of Drinking Water Required in Ecuador*, 2017). Así, se entiende que el abastecimiento de agua es suficiente y continuo, para uso personal (higiene) y

doméstico. A nivel nacional, la prestación del servicio de agua potable es una competencia exclusiva de los municipios.

Por su parte, la aceptabilidad entiende que las instalaciones de agua deben cumplir con los estándares sociales o culturales de las personas a las que están destinadas (olor, sabor y color aceptables para todos los usos personales y domésticos).

Mientras que la accesibilidad, supone los subdimensiones: física, económica o asequibilidad, no discriminación, y, acceso a la información. Sin embargo, la norma constitucional, hace referencia expresa a la accesibilidad física, entendida como tal, la que se refiere a: diseño de instalaciones; tiempo y distancia de acceso; así como seguridad física.

Así, la asequibilidad o accesibilidad económica, supone que las personas destinatarias del servicio tengan la posibilidad de pagar por el costo e agua y saneamiento, y que de la misma forma, sean capaces de adquirir otros bienes y servicios básicos, entendida así la realización de otro derechos humanos (educación, salud, alimentación, etc.).

Por último, la calidad y seguridad, supone que no solo se debe tener acceso a agua, sino que esta se encuentre libre de contaminación (limpieza), es decir, se apareja a la noción de salud pública. Se encuentra así, el parámetro de agua segura para el consumo humano.

En este sentido, merece la pena resaltar las observaciones que hizo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su tercer informe sobre el Ecuador durante su cuadragésimo noveno período de sesiones (14 al 30 de noviembre de 2012), entre las que destacan la aplicación directa del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales por la Corte Constitucional (en casos de vivienda digna, agua y educación); así también observó al Estado ecuatoriano acerca de la criminalización de la protesta social en los casos de defensores del agua (caso Laguna Kimsacocha) frente a proyectos de explotación minera, así como la repercusión que este tipo de actividades podría tener en el acceso al agua de las comunidades rurales.

El derecho al agua en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el ejercicio de su función contenciosa, la Corte IDH, ha generado una influencia positiva en los distintos Estados de la región, en relación con el desarrollo y contenido de los derechos.

13“El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua”.

14“...Garantizará la dotación ininterrumpida de los servicios públicos de agua potable y electricidad a las escuelas y hospitales públicos”.

15“...Garantizará la dotación ininterrumpida de los servicios públicos de agua potable y electricidad a las escuelas y hospitales públicos”.

16“El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua”.

17“El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua”.

Tal es el caso del derecho al agua, el cual recién en el año 2020 fue reconocido expresamente, pero que en casos anteriores se lo tuvo en cuenta, primero desde una derivación del derecho a la salud y la dignidad humana, entre otros.

El derecho al agua a nivel regional puede sistematizarse a partir de dos momentos:

- i. su contenido y alcance a partir del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como a la luz del Protocolo de San Salvador, en relación con informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, que en su capítulo IV se refirió a la situación del acceso al agua en las Américas, teniendo en cuanto a la misma como un derecho humano en el Sistema Interamericano, pues la Comisión considera que el acceso a este recurso a se encuentra estrechamente vinculado al respeto y garantía de varios derechos humanos (vida, a la integridad personal y al principio de igualdad y no discriminación). En el informe se trata el marco normativo, una visión comparada del derecho en otros continentes, así como los avances realizados por los Estados, donde destaca la incorporación del derecho por parte del Ecuador (párrafo 128); y,
- ii. sobre el derecho a la salud desarrollado por la Corte IDH, que en este segundo caso, destacan casos como: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de (2006); Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006); Caso: Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (2008); Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana (2012); y, Caso Gonzales Llu y otros Vs. Ecuador (2015).

Por su parte, de manera específica la Corte IDH, al referirse a la obligación estatal de garantía de acceso a agua potable (personas privadas de la libertad), la cual debe ser por lo menos suficiente y salubre para garantizar una vida digna; entre estos destaca de manera cronológica jurisprudencia de: Caso López Alvarez vs Honduras (2006); Caso Yvon Neptune vs. Haití (2008); Caso Vélez Loor vs Panamá (2010); y Caso Pacheco Teruel y otro vs. Honduras (2012).

Del mismo modo, la cuestión del acceso al agua ha estado vinculada a la jurisprudencia sobre pueblos indígenas, y su relación con ambiente sano, alimentación, agua e identidad cultural. Ya que, por ejemplo, este alto Tribunal, reconoce al

agua como parte de la propiedad colectiva de estos grupos.

Así, la jurisprudencia¹⁸ relevante ha evolucionado en este sentido a través de: Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (párrafo 164, 167, 2005); Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (párrafo 73.69, 168, 230, 2006); Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (párrafo 126, 201, 2007); y, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (párrafo 259, 273, 300, 303, 323, 2010).

Especial referencia merece el Caso Lhaka Honhat vs. Argentina (2020), pues se trató del primer caso en el que la Corte IDH, se pronunció sobre el derecho al medio ambiente sano, la alimentación adecuada, el acceso al agua y a la identidad cultural (Mora Navarro, 2020).

Del texto de la sentencia, se destaca un recorrido pormenorizado por los distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos entre los que se refiere al agua, entre otros: el artículo 26 de la Convención Americana, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), el Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14), la Resolución 64/292, la Carta Social de las Américas (art. 9), las resoluciones 2349/07 y 2760/12 de la Asamblea General de la OEA de 2007 (agua, la salud y los derechos humanos) y 2012 (derecho humano).

En su análisis, la Corte IDH, reconoce que el agua es esencial para la vida y la salud, e indispensable para garantizar una vida digna (párrafo 228). Del mismo modo, se hace una cita a lo señalado por el Comité DESC, en relación con el contenido del derecho humano al agua (suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible).

Entre lo representativo para la sentencia, se refiere al agua como un bien social y cultural, y no necesariamente económico.

Si bien es cierto que la garantía del derecho al agua implica obligaciones progresivas, los Estados tienen que garantizar sin discriminación el acceso a su plena realización. Y sobre todo,

¹⁸Por su parte, a través de su función consultiva, la Corte IDH, se expresó sobre el derecho al ambiente sano a través de la Opinión Consultiva OC-23/17, solicitada por la República de Colombia.

evitar que terceros menoscaben el derecho, así como la garantía de un mínimo vital de agua (la Corte IDH lo llama “mínimo esencial de agua”¹⁹), de manera particular para personas de atención prioritaria, entre los que incluye a los pueblos indígenas (Comunidad Lhaka Honhat).

A criterio de (Ferrer Mac Gregor, 2020), la novedad de la sentencia radica entre otras, en la distinción entre “tierra” y “territorio”, así como una protección diferenciada del mismo, entre los que se encuentra el agua²⁰. Así, la diferencia radica que, si bien existen derechos identificados con la tierra, estos cobran valor en la cosmovisión indígena al encontrarse dentro de un “territorio” determinado. Es así, que el agua pasa a ser justiciable de manera directa a la luz del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

CONCLUSIONES

Con la aplicación de la metodología planteada, se ha podido obtener importantes resultados, respecto a la evolución de los DESCAs, hasta el reconocimiento internacional y nacional del derecho humano al agua. Muestra de ello ha sido el valor que han tenido en primer lugar los instrumentos internacionales, y luego la influencia que esta ha tenido en la legislación nacional.

De igual manera, no se debe dejar pasar por alto como la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido decisiva a la hora de pasar desde la protección del ambiente a través de los derechos colectivos, así como el derecho a la salud hasta posicionar un reconocimiento autónomo tanto del agua como del ambiente.

Como se ha demostrado en la presente investigación, el caso ecuatoriano merece ser estudiado, tanto por su innovación de reconocimiento y constitucionalización del derecho, desde 2008, pero a su vez, por el giro ideológico y de tratamiento que se lo dio, dejando de ver a los recursos hídricos como una simple mercancía que se podía privatizar, y generar las condiciones necesarias para garantizarlo como un derecho esencial para la consecución del buen vivir (vida digna).

Sin embargo, el fenómeno que aconteció en Ecuador se ha replicado al continente, precisamente a través

de los innovadores fallos de la Corte IDH, que a lo largo de estas décadas había tutelado el derecho al agua de una manera indirecta, pero que desde el 2020 con el Caso Comunidad Lhaka Honhat vs. Argentina, lo desarrolla como un derecho autónomo, así como establece las condiciones para su tutela y exigibilidad.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Acosta, A. & Martínez, E. (2010). Agua, un derecho humano fundamental. Abya Ayala.

Ayala Mora, E. (2018). Revolución constitucional del Ecuador. Rasgos históricos. Corporación Editora Nacional.

De Albuquerque, C. (2014). Realising the human rights to water and sanitation: A Handbook by the UN Special Rapporteur Catarina de Albuquerque. Portugal: Human Rights to water and sanitation – UN Special Rapporteur.

Grijalva Jiménez, A. (2011). Constitucionalismo en Ecuador. Corte Constitucional para el periodo de transición.

Larson, R. (2020). Just add water: solving the world's problems using the most precious resource. Oxford University Press.

Martínez Moscoso, A. (2017). El derecho al agua en el Ecuador. Un análisis desde la ciencia política y el derecho público. Universidad de Cuenca

Trujillo, J., Andrade, S., & Viciano, R. (2004). La estructura constitucional del estado ecuatoriano. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Corporación Editora Nacional.

Fuentes hemerográficas

Ferrer Mac Gregor, E. (2020). Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas. Revista electrónica de estudios internacionales. 39, 1-5.

Guevara Baltazar, A., Espejel Mena, J. & Flores Vega, M. (2010). Los retos de la nueva gestión pública en América Latina. Espacios públicos. 13 (27), 33-46.

Hidalgo Capitán, A., Cubillo Guevara, A. & Masabalín Caisaguano, F. (2020). The Ecuadorian indigenist school of good living (sumak kawsay). Ethnicities. 20 (3), 408-433.

19 Párrafo 229 Caso Comunidad Lhaka Honhat vs. Argentina
20 Se constató contaminación directa a acuíferos y otras fuentes de agua por parte de los criollos, sobre todo por heces de ganado, así como la falta de acceso a arroyos, debido a las alambradas instaladas.

Larson, R. (2017). Law in the Time of Cholera. *Notre Dame Law Review*. 92 (3), 1271-1322.

Martínez Moscoso, A. (2019). La regulación del abastecimiento de agua en Ecuador. Evolución histórica y realidad actual. *Sostenibilidad: económica, social y ambiental*. 1, 31-54.

Martínez Moscoso, A., Aguilar Feijó, V., & Verdugo Silva, T. (2017). The Vital Minimum Amount of Drinking Water Required in Ecuador. *Resources*, 7(15).

Mejía, A., Santos, J., Rivera, D., & U. G. (2015). Pricing Urban Water Services in the Developing World: The Case of Guayaquil, Ecuador. *Global Issues in Water Policy*. 9, 393-405.

Mora Navarro, F. (2020). Los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina ante la CIDH. *e-Revista Internacional de la Protección Social*. 5(2), 330-355.

Ronconi, L., & Barraco, M. (2021). La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*. 105, 50.

Spijkers, O. (2020). The Sustainable Human Right to Water as Reflected in the Sustainable Development Goals. *Utrecht Law Review*. 16, 18-32.

Valdés De Hoyos, E. & Uribe Arzate, E. (2020). El derecho humano al agua. Una cuestión de interpretación de reconocimiento. *Cuestiones Constitucionales*. 34, 3-25.

Fuentes legales

Consejo Supremo (1979). Constitución política de Ecuador.

Fuentes electrónicas

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2019). Medición de los indicadores de agua, saneamiento e higiene (AHS), en Ecuador. <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2019/Indicadores%20ODS%20Agua%2C%20Saneamiento%20e%20Higiene-2019/3.%20Principales%20resultados%20indicadores%20ASH%202019.pdf>

Organización Mundial de la Salud (2019). Progresos en materia de agua para consumo, saneamiento e higiene en los hogares 2000-2017. <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241516235>

Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador (2022). Sentencia No. 45-15-IN/22

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso López Alvarez vs Honduras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil,

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso Xomunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Albán Cornejo y otros vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Yvon Neptune vs. Haití.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Vélez Loor vs Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Pacheco Teruel y otro vs. Honduras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Caso Lhaka Honhat vs. Argentina.