

La evolución de la regulación del agua en Ecuador hasta su declaratoria como derecho humano y fundamental

The evolution of water law in Ecuador until its recognition as human and fundamental right

Andrés MARTÍNEZ-MOSCO*^{*}

RESUMEN: El trabajo realiza un estudio descriptivo de la evolución de derecho de aguas en el Ecuador hasta llegar a la constitucionalización del agua en 2008. Para ello se identifica el contexto internacional que repercutió en la medida, así analiza cómo las distintas instituciones jurídicas que forman parte de la regulación de los recursos hídricos han variado en el país, y presenta el estado actual en el que se ha implementado este derecho humano y fundamental. La investigación concluye que, si bien es cierto, Ecuador cuenta con importante normativa que reconoce y regula al agua como derecho humano y fundamental, la misma debe articularse a nivel de políticas públicas, así como buscar alternativas de financiamiento para la construcción y mantenimiento de infraestructuras.

PALABRAS CLAVE: Agua; derecho humano; regulación hídrica; derecho del agua; Ecuador.

* Doctor (PhD) en Estudios Políticos y Constitucionales. Profesor a tiempo completo y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Ha sido consultor nacional e internacional en temas relacionados con la gestión del agua y el derecho ambiental. Es miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental (CMDA) de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Contacto: <amartinez@usfq.edu.ec>. Fecha de recepción: 20/01/2021. Fecha de aprobación: 26/05/2021.

ABSTRACT: The paper makes a descriptive study about the evolution of water law in Ecuador, and it focus on how the right to the water was incorporated in the Constitution in 2008. It identifies the international context which had a directed influence. In the other hand, the research analyzes the different legal institutions and its relationship with hydric resources which have evolutioned in the country, and it presents the current situation of the water in the country as a human right. The conclusion of the research explain that Ecuador has an important legal framework, based in the idea of the water recognized as a fundamental and human right, but its necessary that the government put it on practice, especially in the development of public policies, and the necessity to find alternatives to financial the build and keeping of water infrastructure.

KEYWORDS: Water; human rights; hydric regulation; water law; Ecuador.

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación del agua como derecho humano y fundamental en la Constitución de la República del Ecuador, tuvo una influencia desde la perspectiva exterior, así como un desarrollo para la consecución de este a través de la evolución constitucional.

Por ello, el presente trabajo estudia los dos aspectos, primero con una referencia especial al Sistema Universidad de Derechos Humanos, revisando la principal normativa internacional, así como decisiones que han sido determinantes a la hora de la consideración del agua como derecho humano; para luego concentrar su estudio en la influencia que, a nivel de la región, ha ejercido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con una especial referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH.

La primera sección sobre la influencia a nivel internacional, culmina con la evolución histórica que ha tenido la Relatoría Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, en el que destacan los criterios relacionados con el contenido del derecho, situación que fue tenida en cuenta en la norma ecuatoriana.

Por su parte, la segunda sección concentra su estudio en la evolución de la regulación del agua, la cual en esta investigación se divide en tres grandes períodos: la primera, previa a 1972; la segunda, con la ley elaborada durante dictadura con una clara visión nacionalista, y que fue posteriormente reformada en la década de los noventa; y, la última, a partir del reconocimiento constitucional en el 2008, y el desarrollo de su contenido a partir de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, y su respectivo reglamento.

II. HIPÓTESIS

La consecución del agua como un derecho humano y fundamental en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, llegó a consecuencia de la evolución de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales, y Ambientales, de manera particular el derecho a la salud, el cual, fue reconocido previamente en el texto constitucional ecuatoriano de 1998, en la cual el líquido vital constituía elemento trascendental para su realización.

Además, durante el período constituyente, los cambios paradigmáticos que se dieron en el debate, tuvieron como elementos simbólicos: la incorporación de la cosmovisión andina de los pueblos y nacionalidades indígenas del buen vivir o “sumak kawsay” como modelo de desarrollo, así como el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, así como respuesta desde la perspectiva ideológica, la prohibición de privatización del agua, así como reconocerla como derecho humano y fundamental.

III. METODOLOGÍA

El trabajo utiliza el método exegetico, con el propósito de descifrar la intención auténtica que tuvo el legislador¹ (Álvarez Undurraga, 2002), desde el reconocimiento del agua como un bien de uso público, hasta llegar a su constitucionalización como derecho humano y fundamental.

Del mismo modo, se recurre a una aproximación histórica descriptiva, a través de la cual, se pone en evidencia los distintos momentos que atravesó la regulación de los recursos hídricos, con tres momentos que se destacan: a inicios del siglo XX; el régimen nacionalista; y, el del derecho humano al agua.

¹ ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel, *Metodología de la Investigación Jurídica*, Santiago de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, 2002.

Así también, se pone de relieve una perspectiva de tipo comparada, a través del marco jurídico internacional, tanto a nivel del Sistema Universidad de Derechos Humanos, así como en lo regional, respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

IV. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

A) EL SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Y SU RECONOCIMIENTO DEL AGUA COMO DERECHO HUMANO

Uno de los primeros antecedentes del reconocimiento del derecho humano al agua para uso domésticos se encuentra en el Plan de Acción de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977 en Mar de la Plata, Argentina (Naciones Unidas, 1977), en el cual se reconoció que todos tienen derecho al agua en cantidad y calidad acorde a sus necesidades. Posteriormente, en 1979 la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), hizo referencia explícita al derecho de las mujeres rurales al abastecimiento de agua (Naciones Unidas, 1979). En la misma línea, en 1989 la Convención de los Derechos del Niño realizó una conexión entre el agua y el derecho al más alto nivel posible de salud (Naciones Unidas, 1989).

En 1992, en el marco de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente en Dublín, surgió la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, en la que se reconoce el agua como derecho fundamental de todo ser humano y como un bien económico y social (Naciones Unidas, 1992). Por su parte, el Plan de Acción de la Declaración de Río (Agenda 21), desarrollado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, retomó la premisa del Plan de Acción de Mar de la Plata (1977) y recalcó su vinculación con la garantía de la salud humana (Naciones Unidas, 1992).

En 1996, tuvo lugar la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo en El Cairo, cuyo Plan de Acción contemplaba el derecho a un nivel de vida adecuado que incluía agua y saneamiento (Naciones Unidas, 1994). Posteriormente, en el 2000 la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre “El Derecho al Desarrollo”, consideró que para la realización del mencionado derecho se debía garantizar el derecho humano fundamental a un agua pura (Asamblea General de Naciones Unidas, 2000). En 2002 la Declaración de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, llevada a cabo en Johannesburgo, consideró el acceso al agua potable como un servicio básico y recalcó el valor del acceso a la información pública y la participación en la adopción de políticas para la planificación en recursos hídricos (Naciones Unidas, 2002).

Sin lugar a duda, un hito importante en el reconocimiento del Derecho Humano al Agua, constituyó la Observación General No. 15 realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), en la que se reconoció de manera expresa el derecho humano al agua con sus características de: disponibilidad, calidad y seguridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad. El análisis del CESCR radica en que el derecho al agua se constituye en garantía indispensable para asegurar un nivel de vida adecuado, al ser condición para la supervivencia, además de estar vinculado con el derecho al más alto nivel posible de salud, derecho a una vivienda y una alimentación adecuada (Naciones Unidas, 2002).

En 2007, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad contempló el derecho al acceso a agua potable en igualdad de condiciones y a un precio asequible (Naciones Unidas, 2007). Finalmente, no es sino hasta 2010, que la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció oficialmente el derecho humano al agua y al saneamiento, y estableció que el mismo es esencial para el pleno disfrute de todos los derechos humanos (Asamblea General de Naciones Unidas, 2010).

B) EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.
REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia de la Corte IDH ha contemplado el acceso a agua para consumo humano y aseo personal, como parte del deber de garantía de los Estados, en torno a condiciones carcelarias que aseguren la dignidad humana e integridad de las personas privadas de la libertad. En este sentido, se desarrollan las sentencias a continuación, en las cuales diferentes personas privadas de la libertad, han enfrentado falta de acceso a agua suficiente y salubre que les garantice una vida digna: i) Caso Pachecho Teruel y otro vs. Honduras (2012; ii) Caso Vélez Loor vs Panamá (2010); iii) Caso Yvon Neptune vs. Haití (2008); y, iv) Caso López Alvarez vs Honduras (2006).

Por otro lado, la Corte IDH ha planteado un desarrollo jurisprudencial innovador sobre los pueblos indígenas y la interdependencia entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. La Corte contempla que el derecho a la propiedad colectiva está vinculado con la protección y acceso a los recursos naturales, entre ellos el agua, necesarios para la supervivencia y continuidad del estilo de vida de los pueblos indígenas.

Los Estados Parte, tienen la obligación de respeto de abstenerse de: a) cualquier práctica o actividad que impida o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a requisitos para una vida digna como el agua y alimentos; y, b) contaminar ilícitamente el medio ambiente, dentro de ello los cuerpos de agua. Adicionalmente, los Estados deben adoptar medidas positivas para la difusión de información sobre el uso y protección del agua y de las fuentes de alimentación adecuadas, así como, de ser el caso, garantizar un mínimo esencial de agua y alimentación.

En este sentido cabe revisar: i) Caso comunidad indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020); ii) Opinión consultiva OC-23/17 solicitada por

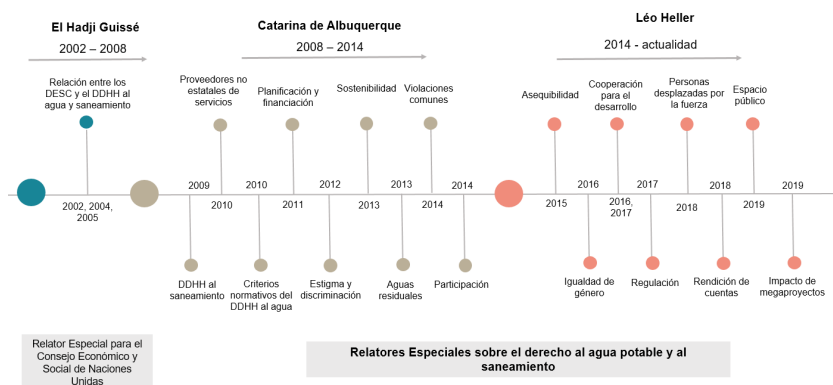
la República de Colombia (2017) MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS; iii) Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay (2010); iv) Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (2005); v) Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (2006); y, vi) Pueblo Saramaka Vs. Surinam (2007).

El caso Lhaka Honhat vs. Argentina, es el más reciente proceso en el cual la Corte IDH establece y enfatiza que el derecho al agua comprende el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos, la higiene personal, y la higiene doméstica, así como agua suficiente y accesible para individuos y grupos (vulnerables), y los recursos de agua adicionales en razón de su salud, clima y condiciones de trabajo.

C) LA RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO.

En este apartado se desarrolla un abordaje general de los informes de los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre agua y saneamiento. En primer lugar, de El Hadji Guissé (2002-2008), designado como Relator Especial para el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas; Catarina de Albuquerque (2008-2014), primera Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al agua potable y al saneamiento; Léo Heller (2014-2020); y Pedro Arrojo Agudo (2020-presente), Relator Especial sobre este derecho hasta la actualidad.

Gráfico No. 1. La evolución de la Relatoría Especial del derecho humano al agua



Fuente: Elaboración propia a partir de los Informes de la Relatoría.

En 2002 la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas designó a El Hadji Guissé como Relator Especial para el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Durante su periodo emitió informes sobre la relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y el ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento². Determinó también lineamientos para la realización de di-

² GUISSÉ, E. H, *Informe preliminar presentado por el Sr. El Hadji Guissé de conformidad con la decisión 2002/105 de la Comisión de Derechos Humanos y de la resolución 2001/2 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos* (Vol. E/CN.4/Sub), 2002; y, GUISSÉ, E. H, *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento: Informe final* (Vol. E/CN.4/Sub), 2004.

chos derechos dirigidos a la sociedad civil, a los formuladores de políticas públicas y agencias internacionales.

Posteriormente, en 2008 el Consejo de Derechos Humanos nombró a Catarina de Albuquerque como la primera Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al agua potable y al saneamiento³. Durante su periodo la experta emitió informes en relación con el derecho humano al saneamiento independientemente del derecho al agua⁴; las obligaciones de los proveedores no estatales de servicios⁵; sobre los criterios normativos respecto de las características del derecho humano al agua⁶; en relación con su planificación y financiación⁷; las consecuencias negativas del estigma y la exclusión en el ejercicio del derecho (2012); sostenibilidad (2013); aguas residuales (2013); violaciones comunes al derecho (2014); y, el ejercicio de la participación (2014).

En su informe de 2010, consideró los siguientes elementos del derecho humano al agua: disponibilidad, calidad y seguridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad, en base a lo desarrollado en la Observación General No. 15 del CESCR (Naciones Unidas, 2002). La Relatora amplió su análisis a los cinco criterios comunes para el ejercicio de los derechos humanos, a saberse: a) no discriminación; b) participación; c) responsabilidad, de modo que los encargados de la provisión del servicio conozcan sus obligaciones y los ciudadanos puedan reivindicar sus derechos; d)

³ OACDH, Sra. Catarina de Albuquerque, *Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento*. Disponible en : <<https://www.ohchr.org/SP/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/CatarinaDeAlbuquerque.aspx>>.

⁴ ALBUQUERQUE, CATARINA, *Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*. Disponible en: <<https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/144/40/PDF/G0914440.pdf?OpenElement>>.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

repercusión, que implica superar la retórica y establecer medios para garantizar el goce efectivo de los derechos; y, e) la sostenibilidad ambiental, social y económica⁸.

Por su parte, Léo Heller inició su periodo en diciembre de 2014 como el segundo Relator Especial sobre el derecho humano al agua y saneamiento, designado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁹. A la actualidad ha redactado informes sobre normas y principios aplicables al derecho humano al agua y saneamiento; sobre el criterio normativo de la asequibilidad; sobre la cooperación para el desarrollo; la igualdad de género; la regulación en el sector; el principio de rendición de cuentas; y, la situación de las personas desplazadas por la fuerza. Para 2019, el Relator emitió dos informes, uno sobre los derechos humanos al agua y el saneamiento en esferas de la vida distintas del hogar, con especial atención a los espacios públicos, y otro, sobre el impacto de megaproyectos en el derecho humano al agua y saneamiento¹⁰.

D) LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL AGUA EN EL ECUADOR

La regulación sobre la gestión de las aguas, distingue algunos modelos claramente marcados: a) aquel que permite que la administración sea llevada desde una perspectiva de propiedad privada (mercados de agua); y, b) por otro lado, una en la cual el agua es considerada como de dominio público, y es gestionada por parte del Estado¹¹.

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ HELLER, Leo, *Informe del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento: asequibilidad*. Disponible en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/172/80/PDF/G1517280.pdf?OpenElement>>.

¹¹ MARTÍNEZ-MOSCOSO, Andrés, “La regulación del abastecimiento de agua en Ecuador. Evolución histórica y realidad actual”, en *Sostenibilidad: eco-*

En el caso del Ecuador, la gestión del agua utilizó la siguiente dinámica: la primera bajo una corriente civilista, previo a la dictadura militar y su correspondiente visión nacionalista; y el período posterior, en la cual el Estado pasó a ser protagonista de la regulación, autorización y gestión, a través de una norma específica en la materia.

V. PREVIO A 1972

Desde 1860 (art. 581), con el primer Código Civil, y posterior a ello, con la norma de la *pesa* a que se reconoció que tanto los ríos, así como las aguas que corrían por los cauces naturales se consideraban bienes nacionales de uso público.

Sin embargo, dejaba de lado a las vertientes que nacían y morían en una misma heredad, las cuales no eran consideradas bienes nacionales, sino que se regulaban desde una perspectiva privada, e incluso podían establecerse sobre estas limitaciones al uso o goce por parte de sus dueños, y podían ser heredades, por sucesión por causa de muerte.

Situación similar sucedía en relación con los pozos en terreno propio, el cual no necesitaba de la autorización por parte del Estado (art. 936).

Durante este período, el gobierno central se manifestaba simplemente con el propósito de participar en la solución de controversias y concesiones de uso, teniendo el ejercicio de la competencia a través del Ejecutivo, con uno de sus Ministerios, primero a través de Fomento y posteriormente a cargo de Agricultura.

No obstante, con la promulgación de la Ley de 1960, se tuvo un instrumento normativo específico relativo a la gestión del agua, en el cual se reguló a esta como un bien nacional, categoría que se mantuvo en las reformas de 1972, donde se declaró a todas las aguas continentales del país de dominio público.

nómica, social y ambiental 2019, pp. 31-54.

VI. LEY DE 1972

La segunda mitad del siglo XX, fue convulsa en relación al mantenimiento del Estado de Derecho en el Ecuador, de tal suerte, en el período 1963-1966, gobernó una Junta Militar, y desde 1972-1976, se proclamó un Gobierno Nacionalista y Revolucionario de las Fuerzas Armadas, bajo la dirección del general Guillermo Rodríguez Lara, quien bajo una ideología “nacionalista”, impuso para la administración de los recursos naturales, normas especiales, y el caso del agua no fue la excepción, pues a través de Decreto Supremo 369, publicó en el Registro Oficial 69 del 30 de mayo de 1972, la “Ley de Aguas”¹².

Uno de los rasgos más revolucionarios que tuvo la referida Ley, fue el hecho de declarar todas las aguas en el Ecuador bajo el régimen de bienes nacionales de uso público, incluso aquellas que previamente habían sido consideradas como propiedad particular, por lo tanto, cambió su estatus a quienes querían beneficiarse de ellas como titulares de un derecho de aprovechamiento de agua¹³.

VII. CODIFICACIÓN DE LA LEY DE AGUAS

Pese a tratarse de una ley redactada durante la dictadura, la Ley de Aguas (1972), estuvo vigente hasta el año 2004, cuando el Congreso Nacional, a través de su Comisión de Legislación y Codificación, la actualizó y la puso en concordancia con la norma constitucional de 1998, así como a la Ley de Modernización del Estado, que buscó mayor participación del sector privado¹⁴.

¹² AYALA MORA, Enrique, *Resumen de Historia del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2008.

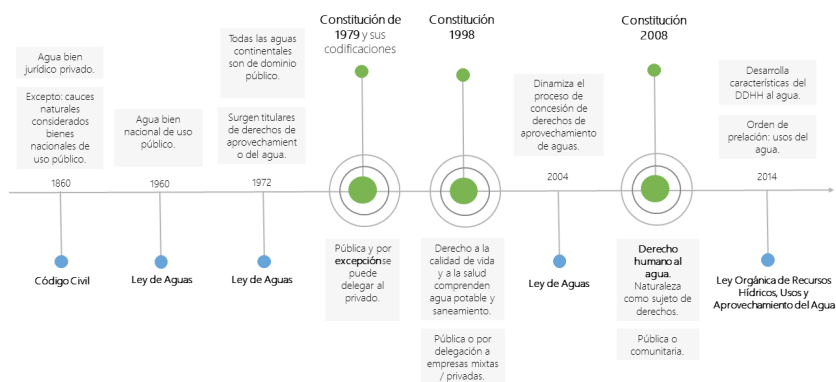
¹³ ISCH LÓPEZ, Edgar, *Entre retos, debilidades y esperanzas. La transición en la gestión de las aguas en el Ecuador*, Quito, Consorcio CAMAREN, 2012.

¹⁴ KUFFNER, Ulrich, “El proceso de la formulación de la política y estrategia de manejo de los recursos hídricos en el Ecuador”, *REGA*, vol. 2, núm. 1,

En este sentido, la lógica que siguió la codificación se basó en: modificar la institucionalidad (Consejo Nacional de Recursos Hídricos); optimizar y dinamizar el proceso de concesión de derechos de aprovechamiento de aguas; e, incorporar medidas de protección contra la contaminación de los recursos hídricos¹⁵.

La norma codificada no hizo referencia expresa al concepto de agua potable en el orden de preferencia para aprovechamiento, simplemente se puso al mismo nivel al abastecimiento para las poblaciones para necesidades domésticas con el “abrevadero de animales”, seguido de la agricultura y ganadería, usos energéticos, industriales y mineros (art. 36).

Gráfico No. 2. Evolución del derecho del agua en el Ecuador



Fuente: Elaboración propia a partir de legislación histórica.

2005, pp. 23-34.

¹⁵ FONAG, *Agua a Fondo*, Quito, FONAG, 2008.

VIII. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, 2008.

Entre las innovaciones que incorporó la Constitución de 2008, se encuentran: el Sumak Kawsay o buen vivir, como una alternativa al modelo del desarrollo bajo la cosmovisión andina; el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos¹⁶¹⁷, debate que dividió a la sociedad y a los juristas ecuatorianos, respectivamente^{18 19}; y, la división de 5 funciones del Estado, incorporando a la clásica de Rousseau, a la función Electoral, y de Transparencia y Control Social, respectivamente²⁰.

No obstante, el reconocimiento del agua como derecho humano y fundamental²¹, fue otro de los ejes en los que se sustenta

¹⁶ BUSTAMANTE, Francisco, *Justicia Constitucional aplicada a la defensa y protección de los Derechos Ambientales y de la Naturaleza*, Quito, CEDENMA, 2018.

¹⁷ ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza, *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Editorial Abya-Yala, 2009.

¹⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, “Los derechos humanos y los derechos de la naturaleza en el neoconstitucionalismo andino. Hacia un necesario y urgente cambio de paradigma”, en Estupiñán Achury, L., et al., *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo*, Bogotá, Universidad Libre, 2019.

¹⁹ SIMON, Farith. *Introducción al Estudio del Derecho*, Quito, Cevallos-Editorial Jurídica-Colegio de Jurisprudencia-Universidad San Francisco de Quito, 2017, p. 235.

²⁰ MARTÍNEZ-MOSCOSO, Andrés, “A new concept of the separation of powers. The fifth power: Transparency and Citizen Participation”, *Panel Ethics, Transparency and Integrity: Good Government and Democracy. ECPR Graduate Student Conference*, Innsbruck, University of Innsbruck, 2014. Disponible en: <<https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/551deb1d-22b3-47b2-8e8a-4facc3066708.pdf>>.

²¹ MARTÍNEZ-MOSCOSO, Andrés, “La regulación del abastecimiento de agua en Ecuador. Evolución histórica y realidad actual”, en *Sostenibilidad: económica, social y ambiental*, 2019.

tanto el Sumak Kawsay, así como los derechos de la naturaleza, respectivamente.

Uno de los aspectos más representativos del texto constitucional ecuatoriano es el reconocimiento del derecho humano al agua, al cual se le dota de una característica adicional, que se trata de un derecho fundamental (art. 12), es decir, se lo considera como un derecho que emana de la dignidad humana, y que atienda al libre desarrollo de su personalidad, pero, sobre todo, tiene supremacía material, y además tiene reserva de ley.

La Constitución definió al agua como un patrimonio nacional estratégico, y le dio las características de uso público (con prohibición expresa de su privatización), así como repite lo establecido en el Código Civil, en relación con la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, no obstante, agrega que es esencial para la vida.

Situación que, se asocia de manera directa tanto con la obligación estatal, derivada del art. 3, numeral primero, en el que se establece como deber primordial del Estado para la garantía de los derechos derivados de la Constitución y los instrumentos internacionales, entre los que destacan algunos DESC, y el agua de manera específica.

En este sentido, el constituyente utilizó la misma fórmula de la Constitución de 1998, al señalar que para asegura la vida digna de las personas se reconocen entre otros derechos, el derecho a agua potable y saneamiento ambiental (art. 66, numeral 1).

Y termina señalando que, la garantía del derecho a la salud solo será posible, si el Estado reconoce otros derechos, en los que se encuentra en primer lugar precisamente el derecho al agua (art. 32).

IX. LEY ORGÁNICA DE RECURSOS HÍDRICOS, USOS Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA

La (Constitución, 2008) estableció disposiciones transitorias relativas a la auditoría de las delegaciones de servicio de agua potable y saneamiento realizadas por empresas privadas, y, desarrollo normativo del agua; en el aspecto normativo, el constituyente le dio al Legislativo 360 días después de aprobada la carta constitucional, para que emita una ley sobre la regulación de los recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua.

Pese a que se trató de una disposición constitucional, el legislador cumplió su cometido 6 años después, con la expedición de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, LORHUA el 6 de agosto de 2014 (Registro Oficial, Segundo Suplemento No. 305), norma que tuvo oposición, en especial del movimiento indígena, así como fue la primera norma en el Ecuador, que parte de sus artículos fueron sometidos a Consulta Prelegislativa, debido a que estos podían afectar los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas²².

El objeto de la LORHUA fue garantizar el derecho humano al agua y regular, controlar su autorización, gestión, preservación, conservación, restauración, de los recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, con el propósito de garantizar el Sumak Kasway, y en concordancia con los derechos de la naturaleza (art. 3).

La ley define al agua como patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

El referido cuerpo normativo se compone de 163 artículo, a través de e títulos, en los que desarrolla los principios, los recur-

²² MARTÍNEZ-MOSCO, Andrés y AGUILAR-FEIJÓ, Víctor, “La consulta prelegislativa y la participación de los titulares de derechos colectivos: ¿mito o realidad? Análisis del caso de la Ley de Aguas”, *Obets*, vol. 10, núm. 2, 2015, pp. 335-368.

sos hídricos, los derechos, garantías y obligaciones, el aprovechamiento del agua, y las infracciones, sanciones y responsabilidades.

Con relación a la institucionalidad y gestión de los recursos hídricos, la LORHUAA creó un Sistema Nacional Estratégico bajo la rectoría de la Autoridad Única del Agua (responsable de la rectoría, planificación y gestión de los recursos hídricos), una Agencia de Regulación y Control del Agua (organismo de carácter técnico-administrativo encargado de la regulación y control de la gestión integral e integrada de los recursos hídricos, de la cantidad y calidad de agua, y calidad de los servicios públicos), y, un Consejo de Cuenca Hidrográfica (órgano colegiado de carácter consultivo que participa en la formulación, planificación, evaluación y control de los recursos hídricos de cada cuenca).

En el título III, relativo a los derechos, garantías y obligaciones, la LORHUAA, en su I Capítulo, trata sobre el derecho humano al agua, dando un contenido (definición), así como indica los requisitos para su exigibilidad.

La ley da especial importancia al definir el derecho humano al agua, a la disponibilidad. Pues señala, que será el derecho al que tienen las personas de disponer de: "...agua limpia, suficiente, salubre, aceptable y asequible", así como se refiere al uso, la cantidad, la calidad, la continuidad y la cobertura (art. 57). Es evidente que el legislador se apega al contenido definido por parte de la Relatoría Especial del Derecho Humano al Agua.

En este sentido, la encargada de garantizar el derecho es la Autoridad Única del Agua, para lo cual debe aplicar políticas que permitan su efectividad (art. 57). Es importante destacar que, al tratarse el Ecuador de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la exigibilidad de los derechos puede ser solicitada por las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y comunas por lo que, en el caso del derecho humano al agua, no es la excepción, y la norma indica que las autoridades tienen que dar prioridad a los pedidos que se les realice, so pretexto de sanción por incumplimiento (art. 58).

Por ello, se aplica el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al derecho al agua (art. 61), por razones de etnia, género, sexo, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, posición económica, discapacidad física o mental, salud, enfermedades (incluidas las catastróficas), orientación sexual, identidad de género (art. 62), estado civil u otras que puedan menoscabar el pleno ejercicio del derecho. Incluso, se deben adoptar medidas de acción afirmativa para promover el ejercicio del derecho (grupos de atención prioritaria definidos en la Constitución de 2008).

La Autoridad Única del Agua, con el propósito de garantizar el derecho humano al agua, según la norma tenía que fijar una cantidad vital y una tarifa mínima²³, respectivamente, de agua por persona (habitante/día), para satisfacer las necesidades básicas de uso doméstico (art. 59).

La cantidad vital por persona es la piedra angular sobre la cual descansa la exigibilidad del derecho humano al agua. De tal suerte que el agua cruda destinada a ser procesada dentro de este rango es gratuita, sí excede de este mínimo se aplica una tarifa²⁴.

Situación totalmente distinta a la del agua procesada (agua potable), la cual tiene una tarifa para garantizar la sostenibilidad del servicio.

La Secretaría del Agua, a través de Acuerdos Ministeriales No. 2017-1522 (reformado por Acuerdo No. 2017-0010) y 2017-1523, respectivamente, aprobó la fórmula de cálculo para la obtención de la tarifa referencial de agua cruda, mientras que en el segundo fijó la cantidad mínima vital de agua (200 litros/habitante/día, como valor unificado de cantidad mínima, pese a que la Orga-

²³ CHENOWETH, Jonathan, "Minimum water requirement for social and economic development", *Desalination*, vol. 229, núms. 1-3, 2008, pp. 245-256.

²⁴ MARTÍNEZ-MOSCO, Andrés, *et al.*, "The Vital Minimum Amount of Drinking Water Required in Ecuador", *Resources*, vol. 7, no. 15, 2017.

nización Mundial de la Salud, considera que debe ser 100 litros/habitante/día)²⁵.

La tarifa referencial de agua cruda, la misma se basa en la fórmula de costos totales de sostenibilidad hídrica, sobre el volumen nacional de agua autorizado, la misma que tiene vigencia de 5 años, pero que lo más importante es la diferenciación que se hace en la tarifa por el tipo de uso y/o aprovechamiento, estando exentos del pago quienes utilicen menos de 5 litros por segundo para actividades vinculadas a la soberanía alimentaria; mientras que las tarifas gravan significativamente por los usos de riego productivo, industrial, turismo, hidroelectricidad y envasado de agua²⁶.

El Acuerdo No. 2017-1523, fijó la cantidad mínima vital de agua en el Ecuador, en un equivalente a 200 litros por habitante al día de agua cruda.

Por ende, se deben cobrar por el excedente que se consuma por sobre el mínimo vital. Y, son sujetos de cobro los prestadores de los servicios de agua potable a nivel nacional (Gobierno Municipales o sus Empresas Públicas y las Juntas de Agua Potable).

En el mismo título III de la Ley, el capítulo VII se refiere a las obligaciones del Estado para el derecho humano al agua, así como las respectivas obligaciones de corresponsabilidad (art. 83 y 84), y pone énfasis en las políticas públicas en relación con el agua: manejo sustentable, mejoramiento de la infraestructura, mejora de la calidad y de agua y cobertura, limitación a los avances de la frontera agrícola, participación de las comunas y pueblos indígenas, medidas para la adaptación y mitigación al cambio climático, uso eficiente del agua, gestión a través de alianzas público-comunitarias para la mejora y optimización de los sistemas de agua.

Al tratarse de obligaciones del Estado para con el derecho humano al agua, uno de los criterios fundamentales que estableció el

²⁵ RESTREPO GUTIÉRREZ, Elizabeth, y ZÁRATE YEPES, Carlos, “El mínimo vital de agua potable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*, 2016, pp.124-140.

²⁶ *Idem*.

legislador, se trata del principio de progresividad y universalidad del derecho, en consecuencia, no se pueden adoptar políticas o medidas que sean regresivas o que impidan el acceso al agua, o limiten de manera arbitraria su ejercicio.

Mientras que, en el plano de la universalidad, se refiere a las acciones conjuntas en relación a la conservación del agua, de los cuales el Estado es parte.

Gráfico No. 3. El orden de prelación de los diferentes destinos del agua



Fuente: Elaboración propia a partir de (Constitución, 2008) y LORHUAA

X. CONCLUSIONES

Si bien es cierto, el abordaje del agua como un derecho humano se concretizó en el presente siglo, ya desde la década de los setenta del siglo pasado tanto la comunidad internacional a través de acuerdos internacionales, así como por medio de conferencias y planes de acción, pusieron en evidencia que el líquido vital, era fundamental para la consecución de otros derechos, inicialmente asociado con el derecho a la salud, y posteriormente se lo tuvo en cuenta en instrumentos internacionales de diversa índoles,

asociados a género, niñez y adolescencia, así como personas con discapacidad, entre otros.

Por su parte, a nivel regional, un innovador sistema de protección de derechos humanos, ha tenido presente al agua, como una obligación estatal asociada primero a personas privadas de la libertad, y en segundo lugar a los derechos colectivos de pueblos y nacionalidades indígenas, y fue precisamente en 2020, cuando se lo tuvo en cuenta como derecho autónomo, a través de la sentencia: Caso comunidad indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020).

Todos estos factores, sumados al *soft law*, producto de la Relatoría Especial del Derecho Humano al Agua, hicieron que el cambio que tuvo la normativa en legislación de aguas en el caso ecuatoriano, acoja como derecho humano y fundamental al agua, inclusive una década antes que lo hizo las Naciones Unidas.

Sin embargo, el camino para este reconocimiento no fue sencillo, ya que de acuerdo a la concepción del legislador ecuatoriano, primero tuvo que pasar por una visión estrictamente civilista, para luego avanzar bajo un concepto más “nacionalista”, y de esa manera que el agua sea tenida en cuenta como parte del régimen de bienes nacionales de uso público.

Además, no se puede olvidar que durante la década de los noventa del siglo pasado, la influencia de la Nueva Gestión Pública, tuvo su efecto en la legislación bajo una corriente privatizadora, la cual fue en poco tiempo desvirtuada hasta al consecución de la Constitución de 2008.

Se puede afirmar que, en el vigente texto constitucional ecuatoriano, a más de las novedades e incorporaciones relacionadas con la Naturaleza y el ambiente sano, el agua forma parte de esa ampliación del catálogo de derechos, pues se la tiene como derecho humano y fundamental, y deber primordial del Estado.

No obstante, según lo demuestran las estadísticas, 7 de cada 10 personas en el Ecuador beben agua gestionada de manera segura, no obstante, es claro que aún se evidencia una brecha entre lo urbano (85%) y lo rural (58%), por lo que, si bien es cierto el

país reconoce el derecho humano y fundamental al agua, así como ha desarrollado importante normativa asociada, incluido un mínimo vital, hace falta que los organismos e institucionalidad creada alrededor de este derecho, deje de ser simplemente retórica, y se convierta en una realidad con el propósito de elevar la calidad de vida de los ciudadanos.

