

## **ELEMENTOS DE LA PROPUESTA DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ART. 2 PARA RECONOCER EL DERECHO AL AGUA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA HUMANA.**

### **EL AGUA ES UN BIEN PÚBLICO NECESARIO E INDISPENSABLE PARA LA VIDA**

En primer lugar hay que referir que el agua es un recurso natural necesario e indispensable para la vida de la persona humana, como de otros seres vivos; situación que ha sido reconocida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>1</sup>, interpretando los Derechos a la Vida Digna y a la Salud, se encuentra implícito el Derecho Humano al Agua, en el cual se determina que: “el agua es un recurso natural limitado, y un bien público fundamental, para la vida y la salud. El derecho humano al agua es el derecho de todos, a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”<sup>2</sup>.

La discusión relativa a si el agua es un bien público, de uso público y de interés general, también ha sido superada en nuestro país, no solo por el reconocimiento internacional de dicha calidad, sino además a partir de la propia jurisprudencia constitucional salvadoreña, la cual reconoció:

“...el agua —superficial o freática— está sometida a un régimen de dominio público y es un elemento esencial para la vida humana, se concluye que debe ser un bien nacional de uso público.”<sup>3</sup>

Pero que es el dominio público y cuáles son las consecuencias de darle la categoría de bien público al recurso agua; iniciaremos por definir el dominio público como el conjunto de

<sup>1</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el 29° periodo de sesiones en 2002, en la observación general 15, interpretación de los Arts. 11 y 12, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>2</sup> La disponibilidad: abastecimiento de agua continuo y suficiente para uso personal y doméstico, el cual incluye: higiene personal, preparación de alimentos, alimentación, y saneamiento  
La calidad: significa que el agua debe ser salubre, es decir, que no contenga sustancias radioactivas, químicas o microorganismos dañinos para la salud fuera de los valores permisibles.  
Accesibilidad física: el agua y las instalaciones de agua potable deben estar al alcance de los ciudadanos.  
Asequible: que sea accesible económicamente.

<sup>3</sup> Sentencia de Amparo del 15-12-2014, ref. 513-2012, p.15.

bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes; el cual se compone por cuatro elementos, a saber:

- ✓ Elemento subjetivo, el titular del dominio público tienen que ser una persona jurídica pública estatal.
- ✓ Elemento objetivo, son los bienes objeto de dominio y su condición jurídica depende de la voluntad del legislador si son naturales, tal es el caso del agua.
- ✓ Elemento finalista, ya que los bienes de dominio público están afectados al uso público de forma directa o indirecta, denominado uso común, no obstante, no se excluye la posibilidad de autorizarse un uso especial<sup>4</sup>.
- ✓ Elemento normativo, ya que se establece que no hay bienes públicos por naturaleza, solamente la norma puede servir de fundamento para que un bien tenga el carácter dominical, de ahí que uno de los elementos de la noción conceptual del dominio público sea el elemento legal; por otra parte se señala que para determinar el concepto de dominio público se dice que los bienes deberán ser sometidos a un régimen de derecho público, por tanto los bienes de dominio público y las relaciones jurídicas que los afectan se rigen por las disposiciones del derecho administrativo.

Este último elemento normativo o legal reviste una gran importancia, por cuanto, que el recurso agua se declare como un bien público, lo somete a un régimen jurídico de derecho

---

*Hacia la libertad por la cultura*

---

<sup>4</sup> El uso especial, implica un uso privativo o uso preferencial el cual importa la sustracción de una parte del bien público del uso común para atribuirlo al uso exclusivo de una persona determinada, y puede otorgarse en forma de permiso o concesión, y tiene por objeto aumentar la esfera de acción y el poder económico de los particulares, por tanto es de carácter oneroso, pero también Precario por cuanto el uso privativo está supeditado al interés público, de ahí que si en cualquier momento el uso especial menoscaba grave y sustancialmente el uso común, la autoridad que lo otorga tiene la obligación de ponerle fin.

administrativo basados en un principio de inalienabilidad<sup>5</sup> e imprescriptibilidad<sup>6</sup>, soportando reglas diversas de delimitación, de protección penal, de utilización, desconocidas en el derecho privado, necesarias por cuanto el agua sirve para la satisfacción del interés general.

Como consecuencia directa de la inalienabilidad de los bienes de uso público, sobre los mismos no puede realizarse ningún acto jurídico que implique la transferencia de dominio, acarreado la nulidad de los actos jurídicos cuyo objeto constituya bienes que se encuentran fuera del comercio, adicionalmente a la consecuencia principal aparecen otras, a saber:

- ✓ Los bienes públicos son inembargables, ya que, si bien el embargo no requiere desapropiarse ni enajenar, el embargo apareja una eventual enajenación por tratarse de una medida cautelar que en última instancia tiende a asegurar la ejecución forzada del bien.
- ✓ Los bienes públicos no pueden ser hipotecados por cuanto el interés general es incompatible con el derecho de los acreedores hipotecarios, que es un interés privado, y en caso de conflicto prevalece el interés general.
- ✓ No puede establecerse ninguna servidumbre privada sobre los bienes de dominio público.
- ✓ No se pueden ejercer acciones petitorias del dominio público o acciones reivindicatorias.
- ✓ No puede expropiarse un bien público.

Universidad de El Salvador  
Hacia la libertad por la cultura

<sup>5</sup> El principio de inalienabilidad resulta de la afectación del dominio público al uso directo o indirecto de la colectividad y las exigencias que resulten de estas circunstancias, se entiende que la afectación del dominio público no puede estar garantizada realmente más que si el bien sigue siendo propiedad del ente público; como consecuencia la inalienabilidad nace con la afectación y dura mientras el bien está afectado al dominio público.

La inalienabilidad es un medio jurídico a través del cual se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes dominicales, a los efectos de que ellos cumplan el fin que motiva su afectación. Se trata de reservar los bienes del dominio público a las generaciones futuras.

La inalienabilidad de los bienes públicos no implica su indisponibilidad absoluta, pues si la afectación al uso directo o indirecto de la colectividad no es afectada u obstaculizada por actos o hechos que puedan desnaturalizarla, no existe prohibición para otorgar un permiso o una concesión para que se haga un uso especial de ese bien.

<sup>6</sup> El principio de la imprescriptibilidad tiene por objeto conservar el dominio público en su integridad frente a las usurpaciones de los particulares que con el transcurso del tiempo terminarían por imponerse.

De allí que no hay ninguna duda que el recurso natural agua debe ser declarado como un bien público necesario e indispensable para la vida, siendo un bien destinado al uso público, y debe ser reconocido como tal en la norma de rango constitucional, para salvaguardar el derecho fundamental de la persona humana de tener acceso al agua y al saneamiento<sup>7</sup>.

El derecho al agua y saneamiento están unidos indisolublemente, por cuanto para asegurar que se disponga de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, no puede separarse del saneamiento, ya que, si no se asegura que las características y valores físicos, químicos, microbiológicos y radiactivos respondan a los estándares permisibles que debe presentar el agua residual para proteger y rescatar los cuerpos receptores<sup>8</sup>, ese derecho se pone en grave riesgo.



# Universidad de El Salvador

*Hacia la libertad por la cultura*

---

<sup>7</sup> La Estrategia Nacional de Saneamiento Ambiental del MARN define saneamiento ambiental como “el conjunto de acciones al medio físico, con énfasis en la prevención y el control de factores ambientales que podrían afectar potencialmente la salud de la población, entendiendo que salud no es solamente la ausencia de enfermedad, sino el estado de completo de bienestar físico, mental y social”.

<sup>8</sup> Para la descarga de aguas residuales vertidas a cuerpos de agua receptores superficiales, debe observarse el cumplimiento de los valores permisibles establecidos por la NORMA SALVADOREÑA OBLIGATORIA NSO 13.49.01:09 “Aguas Residuales descargadas a un Cuerpo Receptor”, Acuerdo Ejecutivo No. 249, del 3 de marzo de 2009, publicado en el Diario Oficial de fecha once de marzo de dos mil nueve, de forma que no se causen efectos negativos en el cuerpo receptor tales como: color, olor, turbiedad, radiactividad, explosividad, entre otros.

Por su parte el aprovechamiento del suelo como elemento para el reúso o tratamiento de las aguas residuales queda sujeto a los establecido por el Reglamento Especial de Aguas Residuales, los respectivos permisos ambientales emitidos y la Norma de Uso de Aguas Residuales que se adopte.

## RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA COMO UN DERECHO DE LA PERSONA HUMANA Y SU UBICACIÓN DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Como lo señala Robert Alexis<sup>9</sup> la importancia de las normas de derecho fundamental para el sistema jurídico resulta de dos cosas: de su fundamentalidad formal<sup>10</sup> y de su fundamentalidad material<sup>11</sup>.

Con la tesis de la fundamentalidad formal y material se ha dicho que las normas de derecho fundamental juegan un papel central en el sistema jurídico, para ejemplificarlo se establece la Tesis de la Irradiación de las normas de derecho fundamental en la totalidad del sistema jurídico, de acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, “las normas de derecho fundamental contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica de derecho constitucional, es válida para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisdicción”<sup>12</sup>.

# Universidad de El Salvador

<sup>9</sup> ALEXIS, ROBERT, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2ª Edición en español, Traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 461 y ss.

<sup>10</sup> La fundamentalidad formal de las normas de derecho fundamental resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico, en cuanto derecho directamente vinculante para los tres órganos fundamentales de gobierno, la Constitución tiene un carácter mixto material – procedimental; entre sus elementos materiales se cuentan las normas de derecho fundamental, la determinación de los fines del Estado y el núcleo de su parte procedimental está constituido por las normas sobre procedimiento legislativo.

Que en una constitución estén recíprocamente vinculados elementos procedimentales y materiales, es algo que tiene grandes consecuencias para el sistema jurídico en su totalidad, por cuanto, las normas de derecho fundamental determinan los contenidos constitucionalmente necesarios e imposibles, necesarios por cuanto la norma constitucional determina el contenido de la norma secundaria; e imposibles por que la constitución excluye algunas normas de la posibilidad de reforma, mientras las normas procedimentales fijan los elementos de validez en la emisión de la norma.

<sup>11</sup> A la fundamentalidad formal se suma la fundamentalidad material. Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales, porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad, esto es válido, independientemente de qué tan grande sea el contenido que se les atribuya, quien les atribuye poco contenido, delega mucho en el legislador, algo que puede ser considerado como una decisión mediata a cerca de la estructura normativa básica del Estado y la sociedad.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 465.

La Constitución salvadoreña contiene igualmente normas materiales conocida clásicamente como parte dogmática<sup>13</sup> que regula los Derechos Fundamentales y parte orgánica que regula la institucionalidad del Estado y otra procedimental.

La estructuración normativa de la parte dogmática, se divide en diversos apartados, entre ellos, uno sobre Derechos Individuales y otro sobre Derechos Sociales. Ese aspecto ha marcado la inclusión de los derechos según su naturaleza.

En la actualidad, una afirmación indubitable es que “si no hay agua no hay vida”, por lo tanto, el derecho al acceso a agua potable y saneamiento son consustanciales a la naturaleza humana. Por tanto, una muy buena categorización de los derechos humanos, que supera a la de las generaciones, advierte que el Derecho al Agua debe enmarcarse en la más alta jerarquía de los derechos que pudiera reconocer un Estado contemporáneamente.

Esta nueva categorización es: Derechos esenciales que nos habilitan a gozar de otros derechos, derechos que facilitan el ejercicio de la dignidad humana, derechos de procedimiento o instrumentales, derechos negativos o prohibitivos, derechos inmanentes o inherentes a otros derechos<sup>14</sup>.

Según esta nueva clasificación el Derecho al Agua se encontraría en la primera categoría: Derechos esenciales que nos habilitan a gozar de otros derechos. En el mismo sentido, el derecho a la vida, derecho a la alimentación. Por tanto, el Derecho al Agua debe verse como un derecho del más alto rango por su vinculación a la existencia y dignidad del ser humano.

De hecho, se vincula con otras categorías de derechos como es la vida, la integridad física, la salud y el medio ambiente. En relación al Derecho a la Vida, la visión de que la protección

---

<sup>13</sup> La parte dogmática encuentra ubicación desde el Art. 2 Cn. hasta el Art. 120 Cn. Y se divide en varios apartados. Así por ejemplo en el título II, capítulo I, encontramos dos secciones. La sección primera relativa a los Derechos Individuales, donde se ubica el Art. 2 que contempla un catálogo de derechos. Dentro de este catálogo tenemos el *derecho a la vida*, como derecho expreso. Siendo que este es un catálogo abierto de derechos y no cerrado, pueden tener cabida otros derechos que, por razón del *principio de progresividad de los derechos*, puedan ir surgiendo en el devenir de la historia.

<sup>14</sup> CAROL PRONER, HECTOR OLASOLO, Directores, AAVV, 70º Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Protección Internacional de los Derechos Humanos en Cuestión, Tirant Lo Banch, Valencia, 2018.

de la vida se refiere a la prohibición de atentar contra la vida de otra persona, constituye una visión muy limitada, ya que ahora se vislumbra una visión más positiva o amplia que implica que el Estado debe proveer a todas las personas de los medios esenciales para su subsistencia y para llevar una vida digna.

La Jurisprudencia constitucional nacional<sup>15</sup> ha reconocido que el Derecho al Agua se deriva de diversas disposiciones, por ejemplo la salud, el medio ambiente y la vida. Por su parte la Jurisprudencia Interamericana<sup>16</sup> ha señalado que ese derecho se deriva, entre otros, de un nivel de vida digno. Por otro lado, en diversas normas jurídicas de varios países han incorporado de manera expresa ese Derecho en distintos apartados de sus Constituciones<sup>17</sup>.

Lo anterior nos indica que la ubicación del Derecho al Agua es un tema que puede ser decidido por cada pueblo según sus características propias; lo cual no debe afectar en nada su eficacia.

Sin embargo, para tomar una decisión del lugar donde ubicarlo, es necesario recordar que los Derechos son interdependientes, y por ello, su separación no es adecuada.

No obstante, creemos que, si el agua es un aspecto consustancial con la *vida del ser humano*, es conveniente incluirlo en un apartado ligado con el mismo *Derecho a la Vida*. En tal sentido, siendo el Art. 2 Cn. una disposición que contempla el Derecho a la Vida de manera expresa, y además ese mismo artículo es un catálogo abierto de derechos, pueden

*Hacia la libertad por la cultura*

---

<sup>15</sup> Sentencia de Amparo del 15-12-2014, ref. 513-2012. Incluso determinó que el derecho al agua se extraía del Art. 2 inc. 1 Cn., es decir, que converge con la propuesta de reforma constitucional planteada en el sentido que el derecho al agua puede ser reconocido expresamente en el Art. 2 Cn.

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia del 17 – VI – 2015, párrafo 167.

<sup>17</sup> Ecuador en los Arts. 12 y 318; Bolivia en los Arts. 16.1, 20 y 373.1; El Congo en el Art. 48; Sudáfrica en su Art. 27.1.b y Uruguay en el Art. 47. Asimismo, algunas Constituciones aluden a la Responsabilidad general del Estado de asegurar el acceso al agua potable y el saneamiento, por ejemplo, Ecuador en los Arts. 3, 264.4, 276.4, 314, 375.6 y 411; Bolivia en los Arts. 297.1.9 y 374; Colombia en los Arts. 356 y 366; Etiopía en el Art. 90.1; Gambia en el Art. 216.4; México en el Art. 4 inc. 6°; Nigeria en el Art. 20; Panamá en los Arts. 110.4 y 118; y Zambia en el Art. 110.

incorporarse otros derechos que se consideren indispensables para garantizar la dignidad del ser humano.



# Universidad de El Salvador

---

*Hacia la libertad por la cultura*

## LA GESTIÓN DEL RECURSO HÍDRICO ESTARÁ A CARGO DEL ESTADO

El término gestión, adopta diversas acepciones, entre las cuales se debe destacar, la primera de ellas referida a una serie de diligencias efectuadas dentro del marco de un proceso, a efecto de alcanzar un objetivo establecido y la segunda, se refiere a la acción de administrar, conllevando acciones de disponer, dirigir, gobernar, ordenar y organizar en función de una determinada situación.

Siendo el agua un recurso natural que no tiene sustituto, se deben adoptar una serie de decisiones de carácter estratégico a nivel de políticas, planes y programas, así también relativas a la regulación, control, seguimiento y evaluación, de los diversos aspectos vinculados a una buena gestión, del recurso hídrico, tales como: titularidad del recurso, producción, gobernanza, protección de la cuenca y del recurso hídrico, permisos, cánones de explotación, usos del agua, entre otros. Este conjunto de decisiones deben ser adoptadas e implementadas por el Estado, como garante del Derecho Humano al Agua.

La gestión sobre dicho recurso, por parte del Estado, debe estar enmarcado dentro de una nueva cultura del agua, en donde se abandone los tradicionales enfoques tecnocráticos de gestión del recurso agua, de carácter esencialmente ingenieril, de finales del XIX y principios del XX, que desarrolla una visión productivista del agua basada en el paradigma renacentista de “dominación de la naturaleza” en los cuales se privilegia, la oferta y el costo- beneficio; a nuevos enfoques interdisciplinarios que asuman esa visión holística en la que deben integrarse las múltiples dimensiones de la gestión ecosistémica.

El nuevo enfoque, es decir la Gestión Ecosistémica, prioriza la eficiencia y la conservación, asumiendo el paradigma de sostenibilidad, donde el objetivo central, es la recuperación y preservación del Buen Estado Ecológico de los ecosistemas y conceptualizando los caudales ecológicos como restricciones a los usos productivos<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> PEDRO, ARROJO AGUDO, lo público y lo privado en la gestión del agua, Departamento de análisis económico de la Universidad de Zaragoza.

Desde esta visión, los objetivos de sostenibilidad ambiental, están por encima de usos y expectativas productivas. En esta línea, el análisis de racionalidad económica exigido para validar el llamado plan de medidas, como núcleo de la planificación, no es un análisis coste-beneficio sino coste-eficacia. Ello significa, en suma, que se renuncia a perseguir la pretendida “rentabilidad”, en términos monetarios, para asegurar la primacía de alcanzar eficazmente los objetivos ambientales de sostenibilidad, escogiendo, eso sí, la opción más económica.

Según la jurisprudencia constitucional salvadoreña, establecida en la Sentencia del 15- XII- 2014, Amp. 513- 2012, el derecho Humano al agua, tiene dos dimensiones a saber: dimensión subjetiva y dimensión objetiva, en ambas dimensiones se pone de manifiesto que la gestión del recurso hídrico debe estar a cargo del Estado, pues establece lo siguiente” El derecho en cuestión tiene una dimensión subjetiva y objetiva. En virtud de la primera, la tutela del derecho especialmente cuando se trata de agua para el consumo humano— puede ser reclamada judicialmente por vulneraciones atribuidas al Estado o a los particulares; son titulares del derecho tanto el individuo como la comunidad. En virtud de la dimensión objetiva, es preciso el despliegue de un conjunto de medidas, tareas y actuaciones del Estado orientadas a garantizar su plena efectividad.

En ese sentido, el derecho implica: primero, un deber de respeto, el cual supone que los Estados deben asegurar que las actividades de sus instituciones, agencias y representantes no interfieran con el acceso de las personas al agua; segundo, un deber de protección frente a terceros, relativo a la implementación de medidas que impidan la contaminación y que aseguren a la población el abastecimiento, la seguridad y la accesibilidad al agua, y tercero, un deber de satisfacción, según el cual se deben implementar políticas que faciliten, promuevan y garanticen progresivamente el acceso de la población a agua potable segura y a instalaciones de saneamiento.”

Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General 15, establece al referirse, al agua desde la perspectiva de un derecho, lo siguiente:

“...comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua”.

Finalmente se debe considerar, que conforme a la visión ecosistémica de gestión, la misma debe ser realizada por el Estado, pues desde sus fines debe priorizar los objetivos ambientales de sostenibilidad, protegiendo y orientando al uso racional del recurso hídrico, logrando de esa forma garantizar la vida de los ecosistemas, que incluya todos los seres vivos y el ser humano como parte de éstos.

En función de lo anterior, la Gestión Integral de los Recursos Hídricos (GIRH por sus siglas en inglés) ha sido definida por la Asociación Mundial del Agua como un proceso que pretende desarrollar y gestionar de forma coordinada el agua, la tierra y los recursos conexos, tratando de maximizar el bienestar social y económico, de una manera equitativa y sin comprometer el nivel de sostenibilidad de los ecosistemas.”



# Universidad de El Salvador

*Hacia la libertad por la cultura*

## USO PRIORITARIO AGUA PARA CONSUMO HUMANO

El agua tiene usos múltiples al estar relacionada con el ambiente y con todos los sectores sociales y económicos. Las demandas de agua para el consumo humano básico y la sostenibilidad ambiental son prioritarias sobre todo otro uso.

El resto de las demandas será satisfecho conforme a las prioridades establecidas por cada país o región. La consideración de la totalidad de las ofertas y demandas de agua en una cuenca permite detectar las mejores oportunidades para su uso sobre la base de una valoración social, ambiental y económica—lográndose al mismo tiempo minimizar impactos negativos a terceros o al ambiente y anticipar conflictos. Por lo que se requiere articular la planificación hídrica con la planificación ambiental y la planificación del desarrollo social y económico<sup>19</sup>.

En vista de lo anterior, es necesario establecer que dentro de los diversos usos del recurso hídrico, tales como: agricultura, comercial, industrial, energético y recreativo, es prioritario el agua para consumo humano, pues de esa forma se está garantizando la vida de los habitantes del país, cumpliendo de esa manera con el mandato constitucional, establecido en los Arts. 1 y 2 Cn, en el sentido de poner de manifiesto que el origen y el fin de la actividad del Estado es la persona humana, quien tiene derecho a la vida digna, la salud y el medioambiente, derechos que solo se pueden materializar en la medida, que se tiene agua para consumo humano y que cubra las necesidades básicas de higiene y salubridad.

También se debe destacar, que el agua para consumo humano solo puede asegurar su producción y calidad, en la medida que se extiende esa prioridad, al agua, que permita el mantenimiento y desarrollo de los ecosistemas, que conforman el ambiente y que permiten el desarrollo de todas las formas de vida.

---

<sup>19</sup> AGUSTO, PEREZ FOGERET, Agua y desarrollo, en : El Agua como elemento clave para el desarrollo, editorial canal educa, Madrid, 2011. POCHAT, VITOR, Principios de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos, Gloval Water Partnership, Central América and South América, Brasil, febrero, 2008.



# Universidad de El Salvador

---

*Hacia la libertad por la cultura*

**EL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO, DEBERÁ SER PRESTADO DIRECTAMENTE POR OPERADORES ESTATALES Y MUNICIPALES.**

El servicio público puede ser definido de la siguiente manera: “Es la ejecución regular, continua, directa e inmediata, por una organización pública o por delegación, de un conjunto de actividades técnicas de prestación material, esenciales para la vida social, asumidas por el Estado, mediante una declaración formal de titularidad, bajo un régimen de derecho público.”<sup>20</sup>

La prestación del servicio de agua potable cumple todos los elementos para ser considerada un servicio público<sup>21</sup>, la cual por la naturaleza del recurso el cual es insustituible y además por lo esencial que resulta para la materialización de otros derechos, la prestación debe ser realizada de forma directa por operadores Estatales y Municipales. En el primero de los casos a través de ANDA, quien a nivel nacional es el más grande prestador del servicio público de agua potable. En el caso de las municipalidades existen, proyectos que son gestionados desde ese tipo de entidades, y ocupan el tercer lugar en brindar el servicio de agua potable a sus habitantes.

La prestación directa del servicio, por el Estado y las municipalidades, evita que se produzcan privatizaciones, mediante figuras como la concesión y permisos a operadores privados con fines de lucro. Esta forma de regulación, potencia el Derecho Humano al Agua, desde una vertiente negativa y positiva, ya que por un lado, desde la perspectiva negativa, se le impone la prohibición al Estado de realizar injerencias que impliquen cortes arbitrarios del agua, y además, que no se le impida acceder a fuentes de agua, en una cantidad adecuada y necesaria para abastecer las necesidades de consumo humano, higiene personal y doméstica, alimentación, saneamiento. Esto significa, que terceros no puedan prestar el servicio, en el cual el lucro privado pueda imponerse a las necesidades básicas de los ciudadanos.

---

<sup>20</sup> MALJAR, DANIEL EDGARDO, Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos, editorial AMURABI, Buenos Aires, 1998. Pág. 318

<sup>21</sup> Sentencia de Amparo, 142 -1998, Sala de lo Constitucional, de fecha 28 de agosto de 1999.

Desde la perspectiva positiva, es obligación del Estado asegurar las instalaciones hidráulicas necesarias para llevar el acceso a agua potable y el saneamiento, siendo este último también una obligación de los particulares de tratar sus aguas residuales.



# Universidad de El Salvador

*Hacia la libertad por la cultura*

## **RECONOCIMIENTO DE LA GESTIÓN COMUNITARIA DEL AGUA POTABLE, AL CONSIDERAR A LAS JUNTAS DE AGUA COMO OPERADORAS DEL SERVICIO.**

A nivel internacional, países como Nicaragua y Ecuador, reconocen con rango constitucional, la gestión comunitaria del agua potable, ello debido a su importancia en la administración del recurso.

En El Salvador, históricamente ante la falta de cobertura por parte del Estado en prestar el servicio de agua potable, provocó que las habitantes de las áreas especialmente rurales se organizaran en asociaciones comunales, juntas de agua y juntas administradoras de agua, para administrar el recurso agua y brindar dicho servicio, con calidad y de forma eficiente.

En el país, existen 2,325 juntas de agua, las cuales proporcionan agua potable, a un número aproximado de 1, 261,846 habitantes, que representan el 52 %, de la población en el área rural, teniendo mayor cobertura que ANDA y las Municipalidades. A nivel nacional se cubre un porcentaje arriba del 30%. En otras palabras son el segundo operador que administra agua potable a nivel nacional.

Esta forma de gestión comunal del recurso<sup>22</sup>, tiene la característica de ser sin fines de lucro, es decir no persiguen generar utilidades, para particulares, pues no existen propietarios de las mismas, sino más bien los beneficios y desarrollo que generan en las comunidades, va directamente a sus habitantes.

Por ser entidades sin fines de lucro, no están en función de la visión productivista del agua, por el contrario priorizan, la sostenibilidad de los ecosistemas, al considerar que el agua es esencial para la vida y que solo protegiendo la fuentes desde los ecosistemas, cuencas y microcuencas, evitando su contaminación, efectuando un uso racional y evitando la sobre explotación del recurso se puede asegurar el agua para las actuales y futuras generaciones.

La primacía del interés general, por sobre el particular, y el cumplimiento del contenido normativo del derecho al agua, al proporcionar agua suficiente, salubre, aceptable,

---

<sup>22</sup> RICARD, GENE GARRIGA, sostenibilidad del servicio agua y saneamiento, en: El agua como elemento clave para el desarrollo, editorial Canal educa, Madrid, 2011.

accesible y asequible permite que esta forma de gestión, no sea equiparada a gestión privada con fines de lucro y por ese motivo se convierta de forma subsidiaria en prestadores de servicio de agua potable.

En razón de lo anterior, se debe proteger a las mismas reconociendo su existencia y titularidad en la gestión del recurso hídrico, al regularlas desde la Constitución como operadores comunales que prestan servicio de agua potable.



# Universidad de El Salvador

*Hacia la libertad por la cultura*

## CONCLUSIÓN

Los derechos, desde un punto de vista positivista, se pueden reconocer de manera expresa en una norma jurídica escrita – por ejemplo la Constitución – también pueden reconocerse de manera interpretativa vía jurisprudencia.

En ese sentido, si bien es cierto el *Derecho al Agua* no está expresamente reconocido en el texto de nuestra Constitución, ya fue reconocido e identificado como inserto dentro del Art. 2 Cn. y además, catalogado como un bien público de uso público.

En tal sentido, la propuesta de reforma constitucional, teniendo en cuenta la interpretación realizada por la Sala de lo Constitucional, y la incuestionabilidad de lo vital del agua para la persona humana, considera al Agua como un bien público que además es de uso público – reconociendo el carácter social del agua – por lo que busca positivizar en la norma fundamental el reconocimiento que ya se ha realizado del agua como un derecho fundamental de las personas humanas.

El saneamiento está indisolublemente unido al derecho al agua, por cuanto significa la obligación del Estado y los particulares al tratamiento de las aguas residuales, y por tanto el derecho de las personas a que el agua sea purificada, para ser nuevamente utilizada de acuerdo al ciclo hidrológico, que asegure el recurso y el derecho para las futuras generaciones, en ese sentido, es claro que el saneamiento debe de ir incorporado dentro del derecho al agua desde una perspectiva constitucional.

La gestión del recurso natural agua, debe ser de naturaleza pública, es decir, las potestades sobre la planeación estratégica del recurso, regulación y control, deben estar a cargo del Estado, pues de esa forma se garantiza que las decisiones fundamentales sobre el agua, estén en función del interés general por sobre el interés particular.

Por la naturaleza esencial del recurso natural agua y lo insustituible del mismo, el servicio debe ser prestado por operadores estatales y municipales, y de forma subsidiaria por asociaciones comunales y juntas de agua sin fines de lucro, esta forma de regulación evitaría la privatización directa o indirecta de la prestación del servicio, no siendo procedente la

concesión o permisos para la prestación del servicio de agua potable por parte de entidades con fines de lucro.

Por todas las motivaciones expresadas, es adecuado incluir junto al Derecho a la Vida el Derecho al Agua como un Derecho Fundamental de la Persona Humana dentro del Art. 2 Cn.



# Universidad de El Salvador

*Hacia la libertad por la cultura*