



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA
JURÍDICA
DISTRITAL


BOGOTÁ

Las providencias judiciales como herramientas de regulación: El caso del mínimo vital de agua potable¹

Germán Darío Isaza Cardozo

Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás (Col.) y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Col.). Profesor de Carrera de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, Sede Campus. Docente Líder del Semillero de Investigación "SETARE" de la misma institución. Email: german.isaza@unimilitar.edu.co.

Juan Pablo Castro López

Estudiante de la de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, Sede Campus adscrito al Semillero de Investigación "SETARE" de la misma institución. Email: est.juan.castro15@unimilitar.edu.co.

1 Este artículo sistematiza y documenta en parte los resultados de los ejercicios de investigación formativa y científica adelantados al interior del Semillero de Investigación en Transformaciones de Estado, Derecho Administrativo y Responsabilidad Estatal- "SETARE" de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada, Sede Campus, sobre el estudio de herramientas regulatorias como actividad de intervención estatal. La propuesta académica se sustenta en parte de los hallazgos planteados en el texto titulado "La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre mínimo vital de agua como elemento transformador del Estado regulador" publicado por la Editorial Neogranadina en junio de 2024, en armonía con múltiples posiciones de autores que han reconocido a profundidad el alcance de las herramientas de regulación, con un enfoque especial hacia los servicios públicos domiciliarios.

Resumen

Suele entenderse que, la actividad regulatoria se circunscribe a las tareas desempeñadas por autoridades especializadas en el contexto de la administración pública. Desde una postura más amplia la regulación, entendida como una manifestación de intervención estatal en sectores y actividades económicas concretas, resulta completamente alineada con ejercicios de intervención que desempeñan otras autoridades al interior de las ramas del poder público. Es así como, el juez constitucional en defensa de los derechos consagrados en la carta magna colombiana y para los casos específicos de la garantía de mínimos vitales de agua para consumo humano, materializa través de sus providencias reglas de la regulación, en especial cuando toca aspectos como los de suministro del servicio, cobertura y acceso al mercado del agua potable. Entender al juez como un agente de regulación es sin duda, una propuesta no convencional del estudio de la disciplina jurídica y materializa una nueva herramienta de regulación.

Abstract

Regulatory activity is generally understood to be limited to the tasks performed by specialized authorities within the context of public administration. From a broader perspective, regulation, understood as a manifestation of state intervention in specific economic sectors and activities, is completely aligned with intervention exercises carried out by other authorities within the branches of public power. The constitutional judge, in defense of the rights enshrined in the colombian constitution and for the specific cases of guaranteeing minimum vital water requirements for human consumption, materializes regulatory rules through his or her rulings, especially when

addressing aspects such as service supply, coverage, and access to the drinking water market. Understanding the judge as a regulatory agent is undoubtedly an unconventional approach to the study of legal discipline and embodies a new regulatory tool.

Palabras clave: Regulación, providencia judicial, mínimo vital de agua, corte constitucional, servicios públicos.

Key words: Regulation, judicial ruling, minimum vital water, constitutional court, public services.

Sumario: Introducción. Desarrollo del tema: a) Regulación, servicios públicos e intervención estatal: estados de arte y puntos de encuentro; b) La decisión judicial en la garantía de acceso a mínimos vitales: el activismo judicial y su convergencia con la tarea de regulación; c) La jurisprudencia constitucional colombiana como herramienta de regulación: la garantía de acceso al mínimo vital de agua para consumo humano. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El acceso a condiciones de vida digna y el aseguramiento de derechos fundamentales y sociales se garantiza en el mayor de los casos, a través de estrategias de intervención del estado. Existen así, diversas formas de intervención estatal, entre las que se encuentra la regulación. El estudio de la actividad regulatoria y la noción de regulación ha logrado materializar posturas diversas que llevan desde la intervención en sectores específicos para aliviar las fallas del mercado hasta la protección de derechos y el cumplimiento de fines esenciales (marcou, 2009; prosser, 2014; alviar & lamprea, 2016; restrepo medina y franco, 2021; lópez-murcia, 2022)

A su turno, la actividad regulatoria se concreta a través de la existencia de autoridades de regulación, con tareas claramente definidas y con conocimientos especializados (jordana, 2004; marcou, 2006; levi-faur, 2011; pimiento, 2013). Sin embargo, el estudio de la actividad regulatoria y las diversas concepciones de la acepción "regulación" permite ver que la noción cuenta con mayores alcances. Son estas posiciones las que permiten reconocer puntos de convergencia entre los fines de la regulación y las tareas que cumplen otras autoridades con los mismos propósitos.

Desde años atrás, la figura del mínimo vital de agua para consumo humano ha sido desarrollada en línea con el reconocimiento de derechos innominados como el derecho fundamental al agua, en armonía con diversos instrumentos internacionales. A su turno, el juez constitucional en Colombia, ha asumido un papel protagónico en la defensa de estos derechos que si bien, no reposan de forma expresa en la constitución política de 1991, se alinean con los derechos consagrados en ella y permiten su desarrollo (Cubides y Dajanna, 2021).

De esta manera, la corte constitucional colombiana ha reconocido en la *ratio decidendi* de múltiples providencias, que el mínimo vital de agua para consumo humano tiene una especial relación con el servicio público domiciliario de acueducto, que a su vez permite la garantía de derechos en el territorio nacional. Con ello, la prestación del mencionado servicio se ve sometido a reglas especiales en casos en los cuales debe asegurarse la garantía de derechos fundamentales y sociales (estos últimos en conexión con los primeros) (Isaza, 2015).

Sin embargo, cuando la corte constitucional en ejercicio de dicha protección, establece preceptos claros sobre la garantía del suministro de agua potable a determinados sujetos, actúa en completa sintonía con los objetivos de la regulación. Ello permite ahondar en el alcance de la actividad regulatoria a fin de determinar su cercanía con la tarea que adelanta el juez constitucional. Al efectuar una comparación entre los fundamentos de las providencias y los alcances de la noción "regulación" se observa que su inmensa similitud permite identificar la decisión del juez como una herramienta de regulación, transformando en parte la idea tradicional de regular (Alviar y Lamprea 2016; Barreto Moreno, 2016).

Metodológicamente en cuanto a la construcción de la reflexión, es importante reconocer que, el documento expone los resultados de un estudio jurídico, con un enfoque cualitativo, considerado el adecuado para el estudio de la realidad legal de Colombia en armonía con los desarrollos jurisprudenciales contemporáneos. Con ello se pretendía alcanzar la reflexión por medio de un enfoque hermenéutico y crítico, que parte del acercamiento a la bibliografía contenida en textos jurídicos, filosóficos y sociológicos. Es importante tener en cuenta que, la investigación académica ha tomado rumbos distintos a los que habitualmente estaba dedicada. El propósito tradicional ha sido responder preguntas a distintos entes (privados o públicos) en un lenguaje técnico y de complejo entendimiento, es por ello que definir que es científico en el contexto de las humanidades y las ciencias sociales no es posible desde las ciencias exactas o el denominado método científico.

Por lo que las conclusiones llevan a reflexiones o discusiones sobre nuevas maneras

de entender la regulación y la comprensión de nuevas herramientas regulatorias diversas a las tradicionalmente reconocidas.

La investigación adelantada en armonía con el método cualitativo permitió la recolección de información a partir de doctrina, normas, jurisprudencia y otras fuentes similares, que permitieron analizar el problema y cumplir el objetivo de proponer la tesis planteada hacia la construcción de herramientas de regulación. El enfoque cualitativo que permitió la revisión exhaustiva de la literatura sobre regulación e intervención estatal, así como el análisis crítico de la jurisprudencia relevante.

Así las cosas, este escrito condensa una propuesta temática conforme la cual, las decisiones expedidas por la corte constitucional de Colombia en defensa de los derechos constitucionales y en el caso específico del mínimo vital de agua, dada su garantía a través del servicio público domiciliario de acueducto, constituyen herramientas de regulación. Con este propósito, el escrito se construye a través del abordaje de tres (3) grandes ejes temáticos así: i) inicialmente se efectúa una aproximación doctrinal a las nociones de regulación, servicios públicos e intervención estatal a fin de construir estados de arte concretos y reconocer los puntos de encuentro entre las mencionadas expresiones. ii) posteriormente se aborda el contexto de la decisión judicial en la garantía de acceso a mínimos vitales identificando figuras como el activismo judicial y su posible convergencia con la tarea regular. iii) por último, se desarrolla el planteamiento de que la jurisprudencia constitucional colombiana puede ser entendida como herramienta de regulación a partir de los elementos temáticos desarrollados en los apartes

anteriores y tomando como ejemplo el caso de las decisiones judiciales que han ordenado garantizar un mínimo vital de agua potable a determinados sectores de la población.

Desarrollo del tema:

a) Regulación, servicios públicos e intervención estatal: estados de arte y puntos de encuentro

El estudio de la actividad regulatoria reconoce diversas posiciones y asume variadas dimensiones en la literatura jurídica reciente. En línea con los planteamientos de del guayo (2017) la regulación se ha gestado en el ambiente económico, inspirado en los escenarios ingleses y norteamericanos, que luego se articularon con los contextos administrativos económicos propios del centro de Europa.

Desde tiempo atrás, autores como Stigler (1971) asumían posiciones similares al reconocer en la regulación la injerencia del pensamiento económico especializado o profesional². Por su parte, Lozano (2016) incorporó a la noción de regulación la posible implementación del poder de coerción del gobierno encaminado a la restricción sobre decisiones de orden económico de diversos agentes. A su vez, abordó el significado de la expresión desde dos (2) dimensiones distintas: una económica y una jurídica. Al hablar de "regulación económica" reconoció elementos como: i) la existencia de una "interferencia en las fuerzas del mercado" según decisión estatal; ii) la actuación general o particular (decisiones específicas que influyen sobre una empresa) y;

² Stigler (1971) sostuvo en una recopilación de sus planteamientos de la década de los 70's que "The idealistic view of public regulation is deeply imbedded in professional economic thought" (p. 397).

iii) la interferencia en torno a las “decisiones de oferta y demanda” (p. 133).

Autores como carbajales (2019) dimensionaron la regulación como “el conjunto de elementos jurídicos y técnicos necesarios para mantener un sector de la actividad humana, dentro de unos parámetros determinados” (p. 48). También construyó su noción de regulación desde tres (3) escenarios: regulación como conjunto de normas, regulación como intervención económica y regulación como medio de control social. El autor precisó además que, la actividad de regular trae consigo intervención del sector público sobre sectores privados.

Vallejo (2016) haciendo referencia a una propuesta de Julia Black, sostuvo que la doctrina recopiló diversas nociones de regulación, pero dos (2) de ellas se relacionan de manera estrecha con las tareas del estado: la primera, relativa a la promulgación de normas y su ejecución a través de una agencia especializada y; la segunda, como cualquier forma de intervención directamente sobre la economía por parte del estado.

En escenarios mayormente económicos, Páez y Silva (2010) reconocieron tres (3) enfoques de regulación: el primero sustentado en teorías del interés público (también denominado normativo), el segundo, desde el enfoque de los intereses privados y, un tercero sustentado en la visión de economía institucional, desde la relación agencia y agente regulado³. Alviar y Lamprea (2016) sostuvieron que, ha proliferado últimamente la expresión “régimen regulador” el cual se compone de las normas y mecanismos para la toma de decisiones, así como de los actores

que se involucran en la actividad de regular. A su vez, Sánchez (2015) citando a Nicolás y Rodríguez, asumió como definición de regulación la de “mantener un equilibrio en un sistema complejo y de coordinar su funcionamiento” (p. 42). Que les es común a la tarea de regular.

Conforme a lo expuesto, el sentido normativo de la regulación, esto es, la asimilación de la regulación con la expedición de reglas o definición de pautas por parte de una autoridad es común en los estados del arte en torno a la noción, por lo que conviene identificar la naturaleza de aquellas disposiciones normativas. A manera de ilustración, Levi-Faur (2011) reconoció que las reglas que constituyen regulación no serán aquellas formuladas por el legislativo o por el juez. Al respecto expresó:

“All in all, while recognizing pluralism and its strength, we suggest that regulation is the promulgation of prescriptive rules as well as the monitoring and enforcement of these rules by social, business, and political actors on other social, business, and political actors. These rules will be considered as regulation as long as they are not formulated directly by the legislature (primary law) or the courts (verdict, judgment, ruling and adjudication)” [en definitiva, si bien se reconoce el pluralismo y su fuerza, se sugiere que la regulación es la promulgación de reglas prescriptivas, así como el monitoreo y aplicación de estas reglas por parte de actores sociales, empresariales y políticos sobre otros actores sociales, empresariales y políticos. Estas normas tendrán la consideración de reglamento siempre que no sean formuladas directamente por el legislador (derecho primario) o los tribunales

³ Al respecto puede verse también a Palacio & Zambrano, 2012.

(sentencia, sentencia, fallo y adjudicación)]
(2011, p. 9).

Por su parte, moreno castillo (2019) aclaró que la regulación puede materializarse, según diversas posturas de la literatura jurídica, en normas de carácter general o en normas de naturaleza particular dictadas por agentes independientes. Sin embargo, acogió la posición conforme la cual, la regulación se evidencia en las normas de carácter general y se materializa en “leyes que dicta el congreso, reglamentos y otro tipo de disposiciones de carácter general expedidas por la administración pública e incluso los organismos autónomos del estado” (p. 58).

Incluso la regulación resulta ser “un fenómeno de intervención pública en la actividad económica que ineludiblemente exige la participación del poder ejecutivo, del poder legislativo y del poder judicial” (moreno castillo, 2019, p. 58). A juicio de alviar y lamprea (2016) “una corte constitucional como la colombiana puede ser un actor tan relevante en la producción de normas reguladoras como un ministerio o una agencia reguladora” (, p. 8). Postura que coincide con la de barreto (2016) cuando reconoció que “esta estructura complementa con actores administrativos, como la superintendencia de industria y comercio y judiciales, como la corte constitucional (...) que actúan como verdaderos reguladores” (p. 85). Lo anterior sin dejar a un lado expresiones como las de baamonde (2019) cuando concluyó que “el nuevo estado regulador supone un desafío a la tradicional división de poderes” (p. 258).

El denominado estado regulador constitucional que recalde (2016) sustentado en el rol desempeñado por el juez al intervenir en la

actividad de redistribución de bienes y servicios de gran importancia para la sociedad complementa la posición de que la actividad regulatoria traspasa las fronteras de la división tradicional tripartita del poder. El “estado regulador constitucional” también fue traída al escenario jurídico por urueña (2015) quien de manera expresa sobre la actividad judicial de la corte constitucional de colombia sostuvo: “la argumentación de la corte termina creando un espacio intermedio entre los derechos humanos y la regulación basada en la eficiencia” (p.64).

Las posiciones y conceptos esbozados permiten construir nociones de regulación más amplias. A juicio de jordana (2004):

“La regulación puede tener objetivos muy diversos, aunque regular la actividad económica es sin duda, uno de los más habituales. La economía de mercado es considerada como el mecanismo básico para la asignación de recursos en nuestras sociedades capitalistas, y es objeto principal de la política de regulación mediante un conjunto de instrumentos de intervención, que intentan superar los conflictos y contradicciones que generan a menudo la implicación pública” (p. 1).

Demodo que la regulación como intervención del estado, bien sea, intervención a través de las autoridades de naturaleza pública u otros agentes en ejercicio de funciones públicas, irrumpe en diversos contextos como el económico, a través de instrumentos jurídicos. A su turno, la noción evoluciona al punto de relacionarse con las funciones de las distintas ramas del poder público lo que permite su contextualización incluso desde las actividades de administración de justicia. En

este punto, resulta importante traer a la discusión a chevallier (2011) quien preceptúa en el marco de la regulación que a través de ella “el estado no se posiciona como protagonista sino como árbitro del juego económico, limitándose a encuadrar el juego de los operadores y esforzándose en armonizar sus acciones” (p. 108).

Aunado a lo expuesto, también es posible hablar de “regulación social” conforme la cual se “busca proteger al ciudadano con la regulación” (calvo garcía, 2017 como se citó en moreno castillo, 2019, p. 56), De tal suerte que los “objetivos públicos” como afirma moreno (2019) son el propósito y el fin de desarrollar dicha regulación. Para matés (2009) la regulación permite la incorporación de una especie de control que logra relacionar “la trascendencia social de una actividad con el control público que recae sobre la misma” (p. 216). Sobre este punto específico lópez murcia (2014) sustentado en mike hantke-domas, reconoció que, en el marco de las teorías del interés público, la regulación persiguió el beneficio y la protección pública en general⁴. Así, el interés público también es móvil del ejercicio de regulación al punto de justificarla. Incluso, baamonde (2019) en relación a un posible “derecho regulatorio” tiene como propósito “conciliar las exigencias del funcionamiento eficiente del mercado con las exigencias derivadas de la satisfacción de las necesidades colectivas” (p. 253).

4 López- Murcia (2014) expresa que: “According to public interest theories, regulation seeks “the protection and benefit of the public at large” [Conforme a las teorías del interés público, la regulación busca “la protección y el beneficio del público en general”] (p. 110).

Es posible también reconocer como alcance de la regulación, la manifestación intervención estatal que promueve o garantiza intereses públicos (matés, 2009; marcou, 2009; alviar y lamprea, 2016; restrepo medina y franco, 2021) promoviendo la garantía de derechos de los individuos (lópez murcia, 2022). Prosser (2014) expuso sobre el particular que, la protección de verdaderos derechos humanos, así como, la garantía de acceso a servicios de orden básico constituye finalidades de la regulación. Concretamente sostuvo: “regulation was necessary not just to limit the operation of markets, to protect human rights, and to guarantee the provision of basic service, but also to make markets work” [la regulación era necesaria no solo para limitar el funcionamiento de los mercados, proteger los derechos humanos y garantizar la prestación de servicios básicos, sino también para hacer que los mercados funcionaran] (prosser, 2014, p. 2).

Resulta oportuno así, traer a colación la definición traída a colación por perdomo villamil (2014):

“La regulación económica es una actividad, en virtud de la cual el estado interviene sobre la economía, pero no con la finalidad de las tradicionales actividades de intervención, sino procurando, en un contexto de economía de mercado, la armonización de objetivos económicos con los no económicos, en últimas, persiguiendo la realización y concreción de las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos mediante actividades con connotación económica” (p. 63).

Conviene ahora abordar la noción servicio público, dada su cercanía con la concreción de derechos y cumplimiento de fines estatales. Rodríguez arana y sendín (2010) quienes, haciendo referencia a I. Duguit, protagonista de la escuela de burdeos sostienen que “los poderes públicos no tienen otra razón de ser que servir a sus ciudadanos, ayudándoles a dar satisfacción a sus necesidades más acuciantes, permitiéndoles llevar una vida digna y feliz” (p. 332).

Montaña plata (2005) en un acercamiento a la relación existente entre los servicios públicos y el derecho administrativo, sostuvo que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 de la constitución política de Colombia, existe una conexión evidente entre una actividad en esencia económica (la prestación como tal de los servicios de esta naturaleza) y los fines esenciales del estado. En el marco de esta última relación, Atehortúa ríos (2012) en atención especial a los servicios de carácter domiciliario, afirma que, dada su intención de satisfacción de necesidades de orden fundamental, estos servicios desarrollan el contenido social de los fines del estado.

He aquí un punto de encuentro entre regulación y servicios públicos, pues la regulación representa intervención estatal y dicha intervención persigue finalidades propias de los estados, como la garantía de la prestación de los servicios públicos. Adicionalmente, el estudio de los servicios públicos se sostiene en dinámicas de mercado. Stiglitz (2000, como se citó en De la Torre, 2014) trae a colación posturas como las de Wilfredo Pareto relativas a la búsqueda de la eficiencia en los mercados y su repercusión en la optimización de la economía. Sin embargo,

el autor identifica la existencia de fallas⁵ que corroboran la necesidad de la intervención del estado, mediante la regulación⁶.

No obstante, en el escenario de los servicios públicos se traen a colación diversos tipos de regulación, verbigracia, regulación con orientación a los costos y con sustento en los incentivos, generando espacio de interacción con el sector privado (productores y comercializadores) y con el sector público (regulación y control). Todo ello, encaminado al propósito estatal de alcanzar indicadores de eficiencia en el manejo de los servicios de carácter público, característica

5 Conviene precisar también, tal y como sostienen Baldwin, Cave & Lodge (2011) que las fallas del Mercado justifican la regulación. Sobre el particular estos autores afirman que: “Many of the rationales for regulating can be described as instances of ‘market failure’. Regulation in such cases is argued to be justified because the uncontrolled marketplace will, for some reason, fail to produce behaviour or results in accordance with the public interest” (p. 2). A su turno, “Stiglitz identifica 6 casos que se consideran fallos del mercado:

- -Fallo de la competencia
- -Bienes públicos-Externalidades
- -Mercados incompletos
- -Fallos de información
- -Paro, inflación y desequilibrio” (De La Torre, 2014, p. 50).

6 Para el caso particular de los servicios públicos de carácter domiciliario en Colombia, De La Torre (2014) trae a colación el documento de exposición de motivos de la Ley 142 de 1994 que reposa en los archivos del Congreso de la República, y en el que se sostuvo que:

“La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor (p. 54).

de la prestación en los países latinoamericanos (otiniano carbonell, 2012).

Tal y como sostiene costas (2005) las actividades relacionadas con la prestación de servicios, entre los que se encuentran los de carácter público y público domiciliario, han estado supeditados a procesos de liberalización muy generalizados. Dicha situación ha pretendido incluir mayores indicadores de eficiencia en la prestación, aumento de competencia de oferentes y privatización de antiguos monopolios estatales. Según lo expuesto por perdomo (2021) y de conformidad con los escenarios de liberalización en la prestación de servicios públicos, se presentan exigencias que demandan la inclusión de medidas de regulación que armonicen los objetivos de índole social propios de dichos servicios, con los intereses económicos.

En contraposición con una posición netamente mercantil de estos servicios y en el marco de los comentarios a la sentencia de revisión de tutela t-058 de 2009 de la corte constitucional de colombia, castaño parra (2009) sostiene que la función regulatoria logra su despliegue con el propósito de promover el respeto y la tutela de los derechos fundamentales y los fines sociales del estado, preservando con ello la eficiencia y los servicios y su acceso universal.

A propósito del escenario colombiano y en atención especial de la prestación de servicios públicos de carácter domiciliario, betancur (2004) afirma que el modelo contenido en la ley 142 de 1994⁷ estuvo inspirado en la "forma de regular del reino unido y de estados unidos", es decir que la

7 Ley 142 de 1994 "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones"

regulación en el marco de los servicios públicos se sustentó en tendencias anglosajonas. Sobre este aspecto, pando (2006) hace especial referencia a "isomorfismo institucional" entendido como aquella tendencia de adoptar fórmulas para la creación de autoridades que se sustentan en otros entornos que sirven de referencia, situación que powell y di maggio (1991, como se citó en pando, 2006) reconocen en el caso latinoamericano.

Es así como, el desarrollo de las actividades de servicios públicos permite la aparición de la figura de regulador independiente que garantiza a los prestadores de tales servicios competir en libertad (mates, 2009). En una aproximación al escenario colombiano de regulación de los servicios públicos domiciliarios, sostiene que "se ha decantado en el derecho colombiano un concepto propio de la regulación, fuertemente caracterizado por su vinculación con las comisiones de regulación" (p. 25)⁸.

b) La decisión judicial en la garantía de acceso a mínimos vitales: el activismo judicial y su convergencia con la tarea de la regulación

Pese a los diversos significados que son adjudicados a la expresión "activismo judicial", es posible reconocer como manifestación de activismo, la asunción de competencias por parte del juez, sobre materias que constituyen en principio, asuntos de otras ramas del poder (nosetto, 2017; lópez sterup, 2018; nazir lleneris, 2022). Así se encuentran incluidas, las posiciones conforme las cuales, el juez ha venido asumiendo la tarea de definir y concretar aspectos que no son resueltos o materializados por otras autoridades, que también representan manifestaciones de dicho activismo judicial.

8 Sobre el particular puede verse también Pimiento, 2013.

El activismo judicial abarca aquellas decisiones del juez que sobrepasan las competencias tradicionales de la rama judicial, para intervenir en las demás, alcanzando en algunos casos, un determinado nivel de configuración normativa (guzmán jiménez, 2018), llegando incluso a fungir como creador de reglas (mejía & perez, 2015). No puede perderse de vista que, en los casos en los que el operador judicial debe irrumpir para decidir asuntos o controversias, debe primar la garantía de los presupuestos constitucionales, circunstancia que legitima su accionar.

En el proceso de aseguramiento de los derechos a unos mínimos vitales de agua para consumo humano, es claro el papel desempeñado por la corte constitucional en Colombia ha permitido la salvaguarda de estos derechos y el rompimiento de lógicas meramente económicas. Con ello, el juez constitucional, no solo ha luchado por ajustarse a los mandatos constitucionales, sino que, ha dimensionado el sentido de los derechos sociales y ha cumplido incluso con finalidades de la regulación entre las cuales se encuentran, la garantía de acceso al mercado del agua potable y la defensa de los derechos. Esta última tarea, entendida como una dimensión de la regulación (lópez murcia, 2022).

Este rol activo y novedoso del juez, que ha sido planteado por autores como molina betancur & silva arroyave (2020) y que logra puntos de encuentro con posiciones como las asumidas por mejía & perez (2015) y guzmán jiménez (2018), constituyen una alternativa. Precisamente en aquellos escenarios en los que la regulación de las autoridades regulatorias comúnmente conocidas, o la normatividad existente en el marco de los servicios públicos domiciliarios, no

contempla preceptos relativos a la garantía del mínimo vital, la corte constitucional está llamada a contemplarlos como parte de su tarea de defensa de los preceptos constitucionales.

Nótese como, la jurisprudencia del alto tribunal constitucional durante años ha logrado establecer reglas concretas de la provisión de un mínimo vital de agua potable y que responden a supuestos específicos como estos:

- i.** Ha evidenciado y reconocido una relación concreta entre la garantía de mínimos vitales de agua potable y la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, al constituirse dicho servicio en el vehículo que permite para garantizar el aseguramiento del derecho mencionado (sentencias como la c-741 de 2003, t-1104 de 2005, t-091 de 2010, t- 616 de 2010, t-131 de 2016, t. 118 De 2018, t-401 de 2022). Precisamente en la mencionada providencia constitucional del año 2022, la corte expresó: “los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado adquieren una connotación fundamental. Estos constituyen la herramienta principal del estado para asegurarle a la población el acceso al agua potable y al saneamiento básico” (corte constitucional, 2022, núm. 61
- ii.** A partir de los instrumentos internacionales ha establecido volúmenes específicos de agua potable para garantizar el mínimo vital en el contexto de las necesidades básicas (t-016 de 2014, t-641 de 2015, t-140 de

2017, t-282 de 2020, t-401 de 2022, t-096 de 2023). En particular, el fallo de revisión de tutela t-096 precisó en su decisorio: “se ordenará al acueducto metropolitano de bucaramanga que (...) garantice el abastecimiento de mínimo 50 metros cúbicos diarios de agua apta para consumo humano por persona en la vivienda de la accionante” (corte constitucional, 2023, núm. 62).

- iii. Ha garantizado en sus providencias, la entrega de un mínimo vital de agua para consumo humano, a sujetos que son identificados como de especial protección constitucional, lo que reconoce unas condiciones específicas a determinadas personas que requieren con urgencia, la protección de sus derechos (t-374 de 2018, c-154 de 2020, t-401 de 2022, t-096 de 2023).

Es precisamente la posición creadora y propositiva del juez constitucional que se materializa en la jurisprudencia sobre el mínimo vital de agua potable, la que permite evidenciar el desarrollo de supuestos cercanos a los fines de la regulación que consolidan el actuar de la corte hacia dicha tarea.

Aunado a lo anterior, el rol principal asumido en sus decisiones y que garantiza el acceso de determinados sujetos al mercado de la provisión de agua para consumo humano, consolida la posición conforme la cual, la corte constitucional de colombia adelanta actividades idénticas a las de la regulación, garantizando el acceso al agua potable como verdadera manifestación de intervención estatal.

c) La jurisprudencia constitucional colombiana como herramienta de regulación: la garantía de acceso al mínimo vital de agua para consumo humano

El cumplimiento de los fines de la regulación puede identificarse en la parte de la jurisprudencia de la corte constitucional de colombia, en lo que respecta a la garantía a un mínimo vital de agua para consumo humano de determinados sectores de la población tal y como es posible evidenciarse del acercamiento a determinados fallos judiciales como los reconocidos en el acápite anterior.

Ello permite identificar que parte de la posición activa, asumida por la corte colombiana para lograr la protección y aseguramiento de derechos consagrados en la carta magna colombiana, concreta postulados como los descritos, cercanos a la regulación. Al dimensionar la regulación como un instrumento fundamental para guiar la actividad económica, corregir las fallas del mercado y promover la competencia justa, (jordana, 2004; pimiento, 2013), actividad comúnmente materializada en normas (restrepo medina & franco fuquen, 2021) o en actos de naturaleza administrativa y técnica emitidas por autoridades especializadas (selznick, 1985, como se cita en lópez murcia 2022; moreno castillo, 2019), tiende a sesgarse que éstas son por excelencia las herramientas exclusivas para regular.

Sin embargo, si se reconoce en la regulación, su intención de asegurar el cumplimiento de tareas relativas al bienestar de la comunidad en escenarios mayormente económicos (baamonde, 2019; restrepo medina y franco fuquen, 2021) e inclusive, como una manera de alcanzar el cumplimiento de objetivos verdaderamente colectivos en conjunto

con la protección de derechos (lópez murcia, 2013; perdomo villamil, 2014; moreno castillo, 2019; lópez murcia, 2022; prosser, 2006 como se citó en lópez murcia, 2022), se evidencia que la decisión del juez constitucional, que apunta a los mismos propósitos, es una herramienta de regulación.

No puede olvidarse que, tal y como ha sostenido la literatura jurídica sobre la regulación, el regulador puede ser, una autoridad especializada y autónoma (jordana, 2004; marcou, 2009; levi faur, 2011) o alguna otra que se encuentre ubicada en alguna de las ramas del poder público, incluso en la judicial (alviar y lamprea, 2016; barreto moreno, 2016; moreno castillo, 2019; lópez murcia, 2022).

De tal manera que, la jurisprudencia de la corte constitucional encaminada a la garantía de mínimos vitales de agua para consumo humano y haciendo uso de la figura de la prestación de servicios acueducto y saneamiento básico, constituye una herramienta de regulación precisamente cuando se encamina a garantizar mínimos vitales de agua potable y de establecer pautas concretas para el acceso al recurso hídrico de determinados sujetos participando de forma activa en las dinámicas del mercado y logrando la intervención estatal. Aunado a lo anterior, fines específicos de la regulación (isaza, 2021), como aquellos relacionados con la satisfacción de necesidades públicas y el aseguramiento de derechos, se reconocen como instituciones específicas de las providencias expedidas por la corte constitucional de colombia.

Conclusiones

Al abordarse el estudio de derechos de los sujetos de especial protección constitucional, en el campo del acceso al agua para su consumo, es

posible reconocer que, las decisiones judiciales han equilibrado las relaciones de poder en el sector, posicionando a la corte constitucional de colombia, como un actor clave en la construcción de un marco jurídico que garantice el acceso al agua como un derecho humano fundamental. Este enfoque que además se asimila a los fines de la regulación, resulta ser una herramienta eficaz para abordar las asimetrías de poder en el mercado del agua y promover una distribución más equitativa de este recurso.

Así mismo al reconocer los mínimos vitales de agua potable, la decisión del juez se convierte en una herramienta para regular el servicio público de acueducto en lo que corresponde al acceso y la forma del suministro.

Nótese entonces que, las decisiones judiciales que reconocen mínimos vitales de agua potable buscan equilibrar el mercado del agua, incluyendo a grupos vulnerables, y garantizando con ello el derecho al agua potable. Esta tarea, materializada a través de múltiples fallos de la corte colombiana, logra posicionar a dicha autoridad como un regulador clave en el mercado del agua.

Desde luego, el activismo judicial ha sido fundamental para asegurar el suministro de agua potable, consolidando el papel de la corte como autoridad reguladora en este ámbito. A través de su jurisprudencia, se han podido consolidar escenarios de reconocimiento de los mínimos vitales de agua potable con reglas similares a los fines de la regulación del mercado hídrico.

De tal manera que, la corte constitucional en colombia a través de sus sentencias, puede establecer obligaciones concretas para los prestadores del servicio, fijar tarifas máximas,

ordenar la prestación de servicios a poblaciones vulnerables, y exigir la adopción de medidas correctivas para garantizar la continuidad del suministro en escenarios en los que bajo circunstancias normales no es posible efectuar. De esta manera, el juez se ha convertido en un actor fundamental en la construcción de un marco regulatorio efectivo para el sector del agua. Con ello, las herramientas de regulación de los servicios públicos en Colombia se diversifican.

Bibliografía

- Alviar García, H. Y Lamprea, E. (2016). *El estado regulador en Colombia*. Universidad de los Andes.
- Baldwin, R., Cave, M. Y Lodge, M. (2012). *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford University Press.
- Barreto Moreno, A. A. (2016). La estructura reguladora del servicio público domiciliario de aguas, más allá del enfoque mercantil. En Alviar García, H. Y Lamprea, E. (Eds.) *El Estado Regulador En Colombia* (75-97). Universidad De Los Andes.
- Baamonde Gómez, L. (2019). Estado regulador. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad* (17), 249-261.
- Betancur, L. I. (2004). Notas sobre la legalidad de la resolución Superservicios n.º 1366/04 (Recusación expertos creg). *Contexto* (18), 43-52
- Carbajales, M. (2019). Hacia una definición jurídica de regulación económica. *Revista republicana*, (26), 43-66.
- Castaño Parra, D. (2009). Funcion De Regulacion Como Mecanismo De Intervencion Del Estado En La Economia En Materia De Servicios Publicos Comentarios A La Sentencia T-058 De 2009, *La. Rev. Derecho Del Estado*, 23, 221.
- Chevallier, J. (2011). *El estado posmoderno*. Universidad Externado De Colombia.
- Costas, A. (2005). Regulación y calidad de los servicios públicos liberalizados. *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas* (32) 9-32.
- Cubides, V., & Dajanna, L. (2021). Derechos Innominados En Colombia: avance jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana respecto a reconocimiento de derechos innominados desde 2010 hasta 2020.
- Del Guayo Castiella, Í. (2017). *Regulación*. Editorial Marcial Pons.
- De La Torre Vargas, D. (2014). Fallos del mercado y regulación económica en los servicios públicos domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas. *Revista Digital De Derecho Administrativo* (12), 45-62.
- Isaza Cardozo, G. D. (2014). El derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de Acueducto En Colombia. Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario, Facultad De Jurisprudencia, Bogotá.
- Isaza Cardozo, G. D. (2021). El juez constitucional como regulador de los servicios públicos en Colombia: el caso de las decisiones judiciales sobre mínimo vital de agua potable. *Opinión Pública*, (16), 9-19.
- Levi-Faur, D. (2011). Regulation And Regulatory Governance. *Handbook On The Politics*

- Of Regulation*, 1(1), 1-25.
- López-Murcia, J. D. (2013). Regulatory Agencies And Courts In The South: The Overlaps In Colombian Water Regulation. *Journal Of Politics In Latin America* 5(2), 105-132.
- López-Murcia, J. D. (2022). *Inteligencia regulatoria*. Primera Edición. Legis Editores.
- Lozano Acosta, C. H. (2019). La acción de tutela como mecanismo procesal para el amparo del derecho al agua en Colombia: ¿Protección en perspectiva ambiental? *Pensamiento Jurídico* 25, 271-292.
- López Sterup, H. (2018). Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la corte constitucional colombiana sobre una política pública. *DOXA. Cuadernos de Filosofía Del Derecho* (41), 171-192.
- Moreno, L. F. (2016). Regulación para lograr los objetivos públicos: el caso de los servicios públicos de Colombia. *Revista De La Facultad De Derecho PUCP* (76), 277-287.
- MorenoCastillo, L.F. (2019). *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*. Universidad Externado De Colombia.
- Matés Barco, j. M. (2009). Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador. *Revista empresa y humanismo*, 11(1), 187-230.
- Marcou, G. Y moderne, F. (2009). *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional: Comparaciones y comentarios*. Volumen 1. Universidad del Rosario.
- MorenoCastillo, l. F. (2019). *Teoría de la regulación: hacia un derecho administrativo de la regulación*. Universidad Externado De Colombia.
- Nosetto, l. (2017). Judicialización de la política y legitimidad democrática. En García Delgado, D. Y Gradin, A. (comps.). Documento De Trabajo N°5. El neoliberalismo tardío. *Teoría Y Praxis* (203-215). Flacso.
- Otiniano Carbonell, m. (2012). La regulación de los Servicios Públicos: la experiencia de OSINERGMIN, *Revista de Derecho Administrativo* (12), 135-142.
- Páez, P., & Silva, J. (2010). *Las teorías de la regulación y privatización de los servicios públicos*. *Administración & Desarrollo* 38 (52): 39-56.
- Plata, A. M. (2005). El concepto de servicio público en el derecho administrativo. *Books*, 1.
- Prosser, T. (2014). *The economic constitution*. OUP Oxford.
- Perdomo Villamil, C. (2021). Control jurídico de la regulación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado durante la pandemia por Covid-19. *Revista digital de Derecho Administrativo*, (26), 49-89.
- Pando, D. P. (2006). Un enfoque conceptual para el estudio de la regulación de servicios públicos. *Buen Gobierno* (1), 162-190.
- Pimiento Echeverri, J. A. (2013). La regulación. Análisis a partir de las funciones

- jurisdiccionales de la Comisión De Regulación De Comunicaciones. *Revista digital de Derecho Administrativo* (9), 15-40.
- Pimiento Echeverri, J. A. (2016). Las comisiones de regulación en Colombia. Anatomía de una institución. *Revista De La Facultad De Derecho PUCP* (76), 123-150.
- Restrepo Medina, M. A. Y Franco Fuquen N. R. (2021). Autoridades regulatorias, soft law administrativo y jurisprudencia. Editorial Universidad Del Rosario.
- Restrepo Medina & otros (2022). Nuevos rumbos del derecho administrativo: Conmemoración del XXV aniversario de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Editorial Universidad del Rosario.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. Y Sendín García, M. Á. (2010). El servicio público según Duguit ¿una referencia para un mundo en crisis? *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales Y Políticas*, 4(6), 313-332.
- Recalde Castañeda, G. (2016). Acceso equitativo a servicios de agua potable y alcantarillado: una oportunidad para el activismo judicial y social a nivel local. *Revista de Derecho*, (46), 257-291.
- Sánchez Hernández, H. A. (2015). La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia. [Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid]. Repositorio de la Universidad Carlos III De Madrid.
- Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2(1), 3-21
- Stiglitz, J. E. (2000). Capital market liberalization, economic growth, and instability. *World development*, 28(6), 1075-1086.
- Vallejo Basantes, J. R. (2016). Análisis y propuesta de implementación y aplicación de MDM en la agencia de regulación y control de las telecomunicaciones.