

ORIGEN, EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DEL DERECHO AL AGUA EN AMÉRICA LATINA

MAURICIO PINTO

Doctor en Derecho

Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza)

mpinto@fca.uncu.edu.ar

LIBER MARTÍN

Doctor en Derecho

CONICET-Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza)

libermartin@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El derecho humano al agua —es decir, ese derecho natural que corresponde a toda persona, inherente a su personería, de acceder al agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible— ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico desde antiguo, aunque con distintos matices a los que presenta actualmente¹.

Esta apreciación parte de considerar que históricamente, en cada paradigma que ha asumido la regulación jurídica en los últimos siglos, la relación de acceso al agua por parte de las personas siempre ha sido un contenido propio del derecho de cada época.

En el liberal régimen del siglo XIX, las legislaciones de aguas contemplaron instituciones que aseguraban y priorizaban el acceso al agua para fines personales indispensables, sea en el denominado “uso común” o en el “uso especial” destinado al abastecimiento poblacional. En el siglo XX, el Estado de Bienestar impactó en la

¹ PINTO, Mauricio, MARTÍN, Liber, et al, “Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularidades de su integración y expansión conceptual”, en EMBID IRUJO, Antonio (dir), *El Derecho al Agua*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 285-316.

sociabilización del acceso al agua mediante sistemas de redes administradas bajo los cánones del servicio público. Y en los albores del siglo XXI, la maduración del sistema de derechos humanos está dando un nuevo salto cualitativo en esta temática, que abre la puerta a nuevos marcos analíticos que desafían el estudio y replanteo del tema.

En los puntos siguientes analizaremos esa evolución desde las viejas leyes decimonónicas hasta el moderno enfoque humanista, procurando exponer resumidamente las características que informaron cada uno de estos periodos evolutivos, con especial atención a la significación y límites de los más recientes avances en la materia.

Y sobre tal base, nos proponemos observar aquellos puntos en los que la discusión debe profundizarse, reseñando algunos de los principales aspectos que hacen al concepto del derecho al agua y su maduración jurídica.

II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO AL AGUA EN LOS DISTINTOS PARADIGMAS JURÍDICOS

1. El "uso común" y el derecho al agua

El "uso común" del agua ha sido definido como aquel que realiza toda persona por su mera condición de tal, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias. Se distingue así de los "usos especiales", que procuran ampliar la esfera patrimonial de los usuarios² en un marco de contenido económico que se condice con un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial.

Miguel Merienhoff explicaba que dicho "uso común" es un derecho preexistente al Estado, innato del individuo, a quien pertenece como consecuencia de su condición de hombre miembro de la colectividad, siendo su esencia propia de un derecho natural de todo individuo, un atributo inherente a la personalidad humana. Este derecho natural —al que denomina "derecho a la sed"— genera un deber humano de permitir que todos tomen el agua que necesiten para apagar su sed, como expresión del "derecho a la vida" que ha de sobreponerse al derecho de dominio que pudieran tener

² MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, V. Abeledo, Buenos Aires, 1939, p. 729.

terceros sobre el agua o su uso. A pesar de esta concepción, que se condice con el actual concepto de derecho humano, el destacado jurista no vislumbra en el uso común un derecho subjetivo³.

En esa misma perspectiva, desde ciertas doctrinas se ha visto el "uso común" sólo como el ejercicio de la esfera de libertad individual, sin alcanzar el status de "derecho"⁴. Sin embargo, lo cierto es que —en nuestra opinión— aun así el ejercicio de esa "libertad", o el respeto de la "vida" a la que refería Marienhoff, importan un derecho tutelado jurídicamente, tutela que —como veremos— con la evolución del pensamiento jurídico se ha consolidado en el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano.

Gay de Montellá y Massó Escofet⁵ ven en el uso común "un verdadero derecho público, consubstancial con la existencia de las personas que habitan la nación sean nacionales o extranjeras, y del cual puede usar cada uno se halle donde se halle del territorio y sean las que sean las aguas públicas que pueden satisfacer las necesidades de la vida de los individuos".

Sebastián Martín Retortillo⁶ por su parte, considera que el uso común es hoy difícilmente configurable si no es como un derecho subjetivo que corresponde a todos, y —apoyándose en Mayer— expresa que tal uso es parte integrante de la libertad personal, libertad que originalmente no es determinada por ley positiva alguna. Dicho uso, como expresión del derecho de libertad de los individuos, pertenece al público, nacionales o extranjeros, es decir, a todo el mundo, y es tutelado por el ordenamiento jurídico.

Este fue el sentido de "uso común" que quienes redactaron la Ley española de 1866 tuvieron en mente, y que se trasladó a las restantes legislaciones cuya fuente fue esa norma. La exposición de motivos de la comisión redactora de la Ley de Aguas de 1866 expresamente considera que es indiscutible como "derecho natural no sujeto a

³ MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, ob. cit., p 729. Miguel Marienhoff, *Tratado de Dominio Público*, TEA, Buenos Aires, 1960, p. 298 y ss.

⁴ SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho de Aguas*, Tº II, Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 876.

⁵ GAY DE MONTELLÁ, Rafael y MASSÓ ESCOFET, Cristóbal, *Tratado de la Legislación de Aguas Públicas y Privadas*, t. I, Bosch, 3º ed., Barcelona, 1956, p. 326.

⁶ RETORTILLO, Sebastián Martín, *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997, p. 234 a 236.

las reglas civiles, la facultad de sacar agua para las necesidades domésticas o para abreviar ganado"⁷.

En igual sentido, se ha expresado el Tribunal Supremo español al referirse al uso común como "un derecho natural al libre disfrute de las aguas públicas mientras corran por sus cauce naturales, a fin de que todos, sean o no vecinos de la localidad, puedan usar de ellas"⁸, y a "un derecho natural que prevalece sobre todos los demás"⁹.

Las leyes que rigieron a partir del siglo XIX –como por ejemplo la Ley de Costas española de 1869 (art. 3), la Ley de Aguas española de 1866/79, la Ley de Puerto Rico de 1886 y la Ley de Aguas de 1884 de Mendoza (Argentina), entre otras– no desconocieron este instituto, incluso ante situaciones de competitividad con otros derechos de contenido económico; y las modernas normas que –en algunos casos– han sustituido aquellas viejas leyes han procurado respetar el derecho que analizamos (como ocurre con los arts. 48 y 49 de la Ley de Aguas española 29/1985 o el art. 41 del Decreto-Ley 138/1993 sobre Aguas Terrestres de Cuba, el art. 17 de la Ley de Aguas Nacionales mexicana de 1992, o los arts. 61.1 y 73 de la Ley venezolana del 9/11/2006).

El contenido de ese derecho al uso común del agua fue estipulado en las normas clásicas, que enumeraron diversas actividades como beber, lavar ropa, vasijas o cualesquiera otros objetos, bañarse, abreviar o bañar animales, usos fabriles, o riego de plantas; enunciación que responde a las condiciones de tiempo y lugar de la época. Pero el concepto de uso común es dinámico, muta de época a época y de lugar a lugar, dependiendo de aquellas condiciones valoradas a la luz del sentido común¹⁰. Consecuentemente, puede afirmarse en primer término que dicha nómina de actividades es meramente enunciativa y pueden existir otros usos no expresados que surjan de la naturaleza humana¹¹; y además, que los usos comprendidos en aquel

⁷ Comisión Redactora de la Ley de Aguas de 1866, "Exposición de Motivos", publicada en RETORTILLO, Sebastián Martín, *La Ley de Aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*, Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963, p. 779.

⁸ STS, 11 de mayo de 1901.

⁹ STS, 15 de abril de 1981.

¹⁰ RETORTILLO, Sebastián Martín, *Derecho de Aguas*, ob. cit., p. 236.

¹¹ RETORTILLO, Sebastián Martín, *Derecho de Aguas*, ob. cit., p. 236 y 237. Alberto SPOTA, *Tratado de Derecho de Aguas*, t. II, ob. cit., p. 886.

entonces, no se corresponden necesariamente con los actuales, ya que las presentes inquietudes y necesidades de la humanidad son diversas a las de antaño.

En la época en que se dictaron las leyes decimonónicas, no se podía privar al hombre del derecho de abrevar sus animales, porque de la vida de las bestias dependía el laboreo de la tierra, fuente de comida. Contemporáneamente, en la generalidad de los supuestos, los animales han sido reemplazados por maquinarias y tecnologías de todo tipo. Para darle vigencia actual al precepto y atendiendo a su espíritu, podemos deducir que la intención del legislador era, por lo menos, incluir entre los usos comunes a aquellos que permitieran la subsistencia del hombre.

En este marco, el uso común no estaba limitado únicamente a los usos domésticos, sino que iba más allá, asegurado el uso agrícola, comercial o industrial, en la medida de las necesidades de la subsistencia.

Por ello, y con una visión moderna, en relación a este derecho natural del hombre se "señala la importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada. Debe hacerse lo posible para asegurar que los agricultores desfavorecidos y marginados, en particular las mujeres, tengan un acceso equitativo al agua y a los sistemas de gestión del agua, incluidas las técnicas sostenibles de recogida del agua de lluvia y de irrigación. Los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia"¹².

De esta forma, el uso común del agua –como preludio del derecho humano que hoy lo abarca– posibilitaba el desarrollo de una economía de subsistencia, es decir, un sistema social que sólo produce lo suficiente para sus necesidades, pero no excedentes que den lugar a relaciones entre productores y consumidores regidas por las leyes de la oferta y la demanda propias de la economía de mercado¹³. Esto último, a diferencia de la mera subsistencia que permite el uso común, importaría el acceso al agua con una connotación económica propia de los llamados usos especiales, lo que – en relación con el derecho al agua que procuramos analizar– puede vincularse con el desarrollo y la calidad de vida que conforman la dignidad del hombre.

En esta concepción, el uso común importaba ya en la legislación decimonónica

¹² Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

¹³ VIDALES Rubí, Leonel, *Glosario de términos financieros: Términos financieros, contables, administrativos, económicos, computacionales y legales*, Plaza y Valdez, Baja California, México, 2002, p. 186.

el reconocimiento de un derecho al agua, que no sólo abarcaba las actividades domésticas, sino además todas aquellas que –como la agricultura, industria, etc– fueran realizadas con fines de proveer a la inmediata subsistencia humana.

2. Derecho al agua: uso común y abastecimiento poblacional

El uso común del agua, entendiendo por tal, el derecho de uso con fines de subsistencia, se regula a partir del siglo XIX de dos maneras diferentes desde la óptica del derecho clásico.

Por un lado, mediante el instituto del "uso común" ya referido, el que tenía lugar ante extracciones de agua para satisfacer necesidades individuales que por su cuantía eran imperceptibles en cuanto al perjuicio que pudieran causar a terceros. Esta es la solución de los arts. 126/128 y 160 de la Ley española de 1879 —en concordancia con sus antecedentes arts. 166/168 de la Ley española de 1866—, que fueron luego receptados en otros ordenamientos que los siguieron, principalmente en Latinoamérica.

Por otro lado, a través de la preferente concesión para abastecimiento poblacional¹⁴. Cuando las extracciones de aguas fundadas en ese derecho natural producen alteración en la cantidad o calidad de las aguas, exceden las regulaciones propias de los usos comunes, y deben regirse por las que corresponden a los usos especiales. Esta solución legal se instrumentó mediante la concesión referida, y responde a salvaguardar la cláusula sin perjuicio de terceros que tanta fuerza presentó en el paradigma liberal de la legislación positiva del siglo XIX.

Cuando el consumo no ha de impactar sensiblemente en el recurso, la ley permite su uso sin previa autorización; y cuando el impacto es sensible, ya sea porque importa un gran consumo individual o porque la suma de los pequeños e imperceptibles consumos individualmente toma una escala apreciable, debe previamente obtenerse una concesión para abastecimiento poblacional, dándose lugar al uso común del agua que realiza cada individuo a través de la intermediación del uso especial concedido.

"Al referirnos al abastecimiento poblacional —explicaba Castello—, debe entenderse bien que no es el caso del uso del agua para el servicio doméstico común, que hemos estudiado como aprovechamiento que no produce mayor consumo de

¹⁴ RETORTILLO, Sebastián Martín, *Derecho de Aguas*, ob. cit., p. 241.

líquido, sino al de poblados para cuyo servicio es preciso destinar cantidades fijas y apreciables"¹⁵.

La Exposición de Motivos de la Ley española de 1866 es clara en este sentido: "Ya se indicaron antes los motivos que la Comisión ha tenido para distinguir entre los aprovechamientos comunes que por no consumir el agua o consumirla sólo en una pequeña cantidad y no impedir otros iguales constituyen propiamente un mero uso y no exigen autorización, y los que por consumir cantidad considerable de agua o impedir otros aprovechamientos idénticos, exigen concesiones especiales por parte del poder público". "Reconoce, pues, en todos, el derecho de extraer con vasijas de los canales, acequias o acueductos descubiertos, aunque éstos sean propios de los concesionarios, el agua necesaria para usos domésticos o fabriles y para el riego de plantas aisladas; pero con objeto que la extracción no pueda ser de una cantidad tan considerable en proporción a la que corra por el acueducto, que ocasione perjuicio notable al concesionario, deberá verificarse a mano, sin género alguno de máquina o aparato, y sin detener el curso del agua, ni deteriorar los márgenes o cajeros". "Cuando existen corrientes abundantes, no aprovechadas en su parte inferior, puede tomarse de ellas el caudal que se quiera para dotar abundantemente y aun pródigamente a las poblaciones (...) Mas cuando para el abastecimiento de una población sea preciso cercenar aprovechamientos inferiores, dignos siempre de respeto, es ya indispensable poner un límite y dejarlo reducido a lo prudentemente necesario"¹⁶.

Explican Gay de Montellá y Massó Escofet que "la Administración ha equiparado el abastecimiento de poblaciones al derecho de servirse agua para las necesidades de la vida, sin exigir que se trate de un determinado núcleo de habitantes que formen población, desde el momento que admite el beneficio igualmente para las necesidades domésticas de una casa aislada en el campo, como para edificios que, sin ser casas aisladas ni poblaciones, pueden albergar cierto número de habitantes, como son los Hoteles, Sanatorios, Hospitales, Internados, Conventos, etc. La expresión concesión de aguas públicas para las necesidades de la vida, o sea, el derecho de obtenerlas para servirse de ellas y aplicarlas a tales necesidades, comprende los servicios que en la vida demandan la satisfacción de la necesidad del

¹⁵ CASTELLO, Manuel, *Legislación de Aguas*, UNBA, Buenos Aires, 1921, p. 291.

¹⁶ Comisión Redactora de la Ley de Aguas de 1866, Exposición de Motivos, ob. cit., p. 778, 779 y 782.

agua, y comprende no solamente los servicios de bebida y alimentación, sino los de limpieza e higiene, tanto públicos como privados"¹⁷.

En síntesis, este aspecto del derecho al agua ha sido regulado en las normas de corte decimonónico a través del uso común cuando no implicaba alteración del caudal de la fuente, y a través de la concesión de abastecimiento poblacional cuando el consumo era de mayor cuantía y significación; mecanismos que subsisten en los modernos textos de aguas, como son la Ley 29/1985 de España, o el Código de Aguas de la Provincia de Córdoba (Argentina), entre otros.

3. El acceso prioritario al agua para subsistencia en las instituciones decimonónicas

Bajo estas dos instituciones que comentamos, el uso común y el uso especial en abastecimiento poblacional, el régimen jurídico de mediados del siglo XIX va a canalizar el acceso al agua para las necesidades humanas básicas como un derecho preferente.

Tanto la Ley española de 1866 —en coincidencia con el posterior texto de 1879— o la Ley de Aguas de 1884 sancionada en la Provincia de Mendoza (Argentina), como en general las normas sobre el tema sancionadas desde esta época en otros Estados, estipulan en diversas disposiciones la existencia de un derecho propio de toda persona a satisfacer sus necesidades básicas de agua, incluso por sobre terceros que gozaran de una concesión para el "uso especial" del recurso en una actividad productiva de contenido patrimonial, y sin que ello altere la cláusula "sin perjuicios de terceros" que salvaguardan fuertemente esas normas.

Así, la referida ley mendocina reconoce en el art. 49 el derecho del dueño de una heredad de hacer el uso conveniente, para los menesteres domésticos o para abrevar sus animales, de las aguas que corren por ella; pero no podrá hacer uso para el riego ni como fuerza motriz sin una concesión. Esta disposición, muestra claramente que para las necesidades básicas los ribereños pueden servirse del recurso hídrico sin que deban contar para ello con una concesión, pues se trata del ejercicio del derecho al uso común del agua.

Pero tal prerrogativa, a satisfacer las necesidades básicas, no es privativa de quienes presentan la calidad de ribereño: la ley mendocina (art. 106), en forma

¹⁷ GAY DE MONTELLA R. y MASSO ESCOFET, Cristóbal, *Tratado de la Legislación de Aguas Públicas y Privadas*, ob. cit., p. 431.

coincidente con la Ley española de 1866 (art. 166), la boliviana de 1879 –reiterada por Ley en 1906– (art. 164) o la puertorriqueña de 1886 (art. 126), dispone: “Mientras las aguas corran por cauces naturales y públicos todos podrán usar de ellas para beber, lavar la ropa, vasijas o cualesquiera otros objetos, bañarse, abrevar o bañar animales, con sujeción a los reglamentos de policía y ordenanzas municipales”. Igual solución otorga el decreto 137/1927 de Honduras en su art. 9º.

Esta regulación del uso común del agua no hace más que reconocer que el derecho a satisfacer las necesidades humanas básicas es una prerrogativa de "todos", sin distinción alguna, sean o no propietarios, ribereños, concesionarios, ciudadanos, extranjeros, etc. Todos los habitantes, todas las personas, tienen derecho a servirse del agua que necesitan para sus necesidades de subsistencia¹⁸.

Incluso, estas normas decimonónicas contemplan que ese derecho natural subsiste –y no podía ser de otra manera– cuando se conforman derechos de contenido patrimonial sobre las aguas: el art. 107 de la ley mendocina –al igual que el art. 167 de la norma española de 1866, el 165 de la boliviana de 1879, el art. 10 de la norma hondureña y el art. 127 de la ley puertorriqueña– establece que en las aguas apartadas artificialmente de sus cauces naturales o públicos, que discurriesen por canales, acequias o acueductos descubiertos, aunque pertenezcan a concesionarios particulares, todos podrán extraer o conducir en vasijas la que necesiten para usos domésticos o fabriles, o para riego de plantas; pero la extracción debía hacerse a mano, sin género alguno de máquinas y sin detener el curso del agua, ni deteriorar las márgenes del canal o acequia. En forma concordante, los arts. 109 de la ley mendocina, 168 de la española, 166 de la boliviana, 11 de la norma hondureña y 128 de la ley puertorriqueña reafirman este principio.

Así, el derecho de toda persona a servirse de las aguas que discurren por cauces públicos se mantiene, aun cuando sean separadas con motivo de concesiones de uso especial privativo, que desde luego integran los respectivos patrimonios de sus beneficiarios¹⁹. Idéntica situación se ha reglado en ocasiones incluso en relación con

¹⁸ EMBID IRUJO, Antonio (dir), voz “Usos comunes”, en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, 2007, p. 949.

¹⁹ Como muy bien observa GARCIA, Aniza, *El derecho humano al agua*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 36-37, ante una aparente colisión de derechos patrimoniales y fundamentales –vinculados estos últimos, en esa concepción, a la supervivencia física de las personas y comunidades- deben prevalecer los fundamentales mediante limitaciones dominiales que permitan una satisfacción mínima de las necesidades vitales, no pudiendo concebirse al derecho de propiedad como

aguas que corresponden a propiedad de particulares²⁰.

Esta preferencia del uso común ha sido expresamente contemplada como cláusula de estilo habitual en las concesiones de uso especial de agua otorgadas en España, donde se refería al respeto prioritario a los usos comunes que debía observar el concesionario²¹, y fue incorporada en forma explícita por en el texto legal español de 1879 —al regularse en el art. 160 las prioridades entre los usos especiales— en cuanto dispuso que "En todo caso, se respetarán preferentemente los aprovechamientos comunes expresados en las secciones 1, 2 y 3 del capítulo anterior".

Cualitativamente, conforme lo expuesto, la ley reconoce en el uso común diversas actividades que exceden la mera bebida²². Las necesidades humanas básicas en torno al agua alcanzan —de acuerdo con los textos legales— a los usos domésticos (lo que importa, entre otras actividades, lavar ropas, vasijas u otros objetos sin alterar la calidad de las aguas), o fabriles, o al riego de plantas; pero siempre en una escala que no altere sensiblemente el caudal y que no importe una explotación económica que vaya más allá de la mera subsistencia.

Además de regular el consumo individual mediante el uso común, las clásicas normas dictadas en el siglo XIX, normaron el uso especial del agua para distintas actividades, en particular el otorgamiento de concesiones para abastecimiento poblacional, y con ello se avanzó en el preludio de lo que sería el régimen propio de los servicios públicos, que analizaremos luego.

De tal modo, cuando la extracción para satisfacer las necesidades de agua de los individuos sobrepasaba el límite de lo imperceptible, provocando una merma sensible en el caudal, el uso común del agua quedaba desplazado y debía darse lugar a una concesión especial de abastecimiento poblacional. Así, el abastecimiento poblacional permitía extraer grandes caudales para satisfacer en forma colectiva las mismas necesidades individuales que importaban los usos comunes.

ilimitado y absoluto cuando ello sea un riesgo para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

²⁰ En este sentido, SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho de Aguas*, ob cit, t. I, p. 783, recuerda que en esa época la legislación bávara y prusiana autorizaban el uso común incluso sobre aguas de dominio privado

²¹ RETORTILLO, Sebastián Martín, *Derecho de Aguas*, ob. cit., p. 242.

²² MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, ob. cit., p 94, entiende en cambio que solamente la bebida es propia de las necesidades básicas humanas.

Las Leyes de Aguas establecieron, en este encuadre, un régimen de prioridades entre los posibles usos del recurso, prefiriendo el abastecimiento poblacional antes que otros (art. 115, Ley de Aguas de Mendoza; art. 207, Ley de Aguas española de 1866; y art. 160 en el texto español de 1879, así como el art. 160 de la ley puertorriqueña de 1886). Es más, aquéllas establecen que todo aprovechamiento especial de aguas públicas está sujeto a expropiación forzosa por causas de utilidad pública, previa indemnización correspondiente, en favor de otro aprovechamiento de mayor preferencia, pero no en favor de los que le igualen o sigan, a no ser en virtud de una ley especial.

Este encuadre es completamente lógico en cuanto compatibiliza en un sistema el uso común —como consumo preferente e imperceptible en relación a todo uso especial—, el uso especial en abastecimiento poblacional —como consumo notorio, pero preferente a todo otro uso especial—, y la cláusula salvo *iure tertii*.

Todo esto es sin perjuicio, como veremos luego, de la expansión conceptual del derecho al agua que se produce con el régimen de los derechos humanos, y donde tal prerrogativa, puede implicar el otorgamiento de otros usos especiales que resulten un presupuesto de la calidad de vida u otros derechos humanos.

4. La protección del acceso al agua en el derecho decimonónico

Antes del advenimiento del régimen de los servicios públicos y de los derechos humanos, y mucho más antes de las concepciones sobre protección de intereses difusos que se conformaron en la última etapa del siglo pasado²³, la protección efectiva del acceso al agua mediante el uso común presentaba marcadas limitaciones.

En aquella época, el uso común era visto en el pensar jurídico como un interés simple, propio del ejercicio de la libertad humana, que no alcanzaba el status de derecho. En este sentido, basta recordar la opinión que previamente hemos citado de Marienhoff y Spota, quienes si bien consideran que el uso común del agua responde a un derecho innato preexistente al Estado, acotaban a éste al status de un mero interés simple.

Por ello, su protección se limitaba —en esa concepción— a la reclamación

²³ Sobre los intereses difusos y la consolidación de su tutela, ver PINTO, Mauricio y ANDINO, Mónica Marcela, “El derecho humano al ambiente en Argentina y su relación con el sistema interamericano de derechos humanos”, en EMBID IRUJO, Antonio (dir), *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Lustel, Madrid, pp. 489-543.

administrativa y a los recursos que distintas legislaciones otorgaban para la protección de las libertades individuales. Las acciones judiciales no permitían procurar la protección del ejercicio del uso común, sino a lo sumo reclamar los perjuicios que la violación al mismo causarían²⁴.

Sin embargo, si coincidimos en que el uso común, en el estado actual de evolución del pensamiento jurídico, integra un verdadero derecho subjetivo que proviene de la misma naturaleza humana²⁵, no puede negarse la procedencia de su protección y mantenimiento jurisdiccional.

La evolución de los conceptos procesales ha permitido avanzar hacia otras formas de tutela efectiva a partir de la consolidación —primero jurisprudencial y luego legal— del reconocimiento y protección de los llamados intereses difusos o de incidencia colectiva. Este campo tutelar, receptado positivamente en el art. 43 de la Constitución Nacional de Argentina de 1994, permite el resguardo del uso común.

El uso especial en abastecimiento poblacional implica, sin lugar a dudas, un derecho subjetivo por parte de quien es titular de la concesión, y por ello es susceptible de la protección jurisdiccional que contempla cada ordenamiento para preservar o restituir tales derechos, sin perjuicio de la reclamación administrativa. En caso de que a partir de la concesión para abastecimiento poblacional se desarrollase un servicio domiciliario, la protección de los usuarios del mismo debería instrumentarse por los medios que referimos al analizar los usos comunes, y sin perjuicio de las consideraciones que realizaremos al analizar la protección de los usuarios del servicio público de agua.

5. El servicio público y el derecho al agua

El servicio público de distribución de agua potable y el derecho al agua presentan hoy en día una gran vinculación, al grado de que parte de la doctrina —en una postura que entendemos limitada— reduce tal derecho al contenido de dicho servicio, como veremos en otra parte de esta obra con mayor detenimiento.

Sin entrar en la discusión respecto a los orígenes y las realidades que abarca o

²⁴ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Dominio Público*, ob. cit., p. 448. LÓPEZ, Joaquín, *Legislación sobre los conflictos entre usos y usuarios del agua y su resolución*, publicado en INCyTH-CELA, *Sistemas Jurídicos. Derecho de Aguas. Curso de Posgrado para el Manejo Integral de los Recursos Hídricos*, Mendoza, 1985, p. 4.

²⁵ RETORTILLO, Martín, Sebastián, *Derecho de Aguas*, ob. cit., p. 234 a 236.

debería abarcar el servicio público, a los fines del presente trabajo interesa este instituto en tanto instrumento jurídico o herramienta que resultó apta para proveer a la distribución de agua potable a la población, consolidando desde el Estado el derecho al agua para satisfacer necesidades básicas que corresponden a todo habitante.

La doctrina especializada ha advertido que los denominados servicios públicos domiciliarios, prestados generalmente a través de redes —energía eléctrica, gas, teléfono, etc.— presentan características y comportamientos similares, que posibilitan la conformación de un verdadero estatuto jurídico²⁶.

Sin embargo, entendemos que en el caso de la provisión de agua potable —por encontrarse involucrado el derecho al agua, entre otros motivos—, algunos de sus caracteres aparecen acentuados y presentan algunas particularidades. Es aquí donde el servicio público se vincula a ese derecho subjetivo que abarca el "uso común" de las aguas.

Ahora bien, quizás no en la esencia, pero si en el método, en la forma y los propósitos existen diferencias entre las previsiones de las leyes en torno al uso común y la conformación de los sistemas de abastecimiento poblacional.

Disponer de agua potable en casa de modo continuo, sin tener que ir al pozo o al río como exigía el uso común, resultó un proceso lento y plagado de problemas técnicos, jurídicos, sociales y económicos. La sociedad urbana industrial buscó la resolución de todos esos problemas a través de la construcción de sistemas de distribución de agua potable, que han dado en denominarse modernos²⁷.

El "uso común" entonces, se identifica más con aquella primera etapa, donde había que ir a "buscar" el agua y su extracción no resultaba sensible al caudal, que con esta segunda, donde se crean sistemas de provisión domiciliarios de agua potable que, para abastecer a la totalidad de la población, deben extraer notorios caudales concesionados a tal fin.

La revolución industrial y el crecimiento de las ciudades se encontraban entre las causas, pero fundamentalmente, fueron los problemas sanitarios asociados a la propagación de epidemias los que determinaron, en el siglo XIX, la conformación de los primeros sistemas modernos de agua potable y saneamiento. Ello no significa que

²⁶ FERNANDEZ GARCIA, M. Yolanda, *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*, INAP, Ciudad Argentina, Madrid, 2003.

²⁷ MATES BARCO, Juan Manuel, *La conquista del agua. Historia económica del abastecimiento urbano*, Universidad de Jaén, Jaén, 1999.

no hayan existido incluso en la antigüedad empresas de este tipo. Sin embargo, es a mediados del siglo XIX cuando comienza a operarse la generalización de los mismos. La construcción de infraestructuras y la conformación y evolución de las empresas de provisión de agua potable y saneamiento han sido objeto de estudio e investigaciones recientes²⁸.

A partir de allí, el Estado no cesó en su preocupación por proveer de agua y saneamiento a los centros urbanos. Con el advenimiento del Estado de Bienestar, se pone énfasis en la expansión de los sistemas, la generalización de los mismos y se crean las grandes empresas nacionales de servicios públicos, como Obras Sanitarias de la Nación en Argentina²⁹. Finalmente, la transferencia reciente de la mayoría de estas empresas a manos privadas reavivó la discusión sobre el rol que le cabe al Estado respecto de la provisión de agua, los límites a las atribuciones de las empresas, el alcance de los contratos de concesión, la garantía del suministro, etc.

Un punto que debe ser destacado, es que mientras los servicios eran prestados por el Estado nacional o provincial, los derechos de los usuarios se confundían con los del administrado, y no se advertía claramente la diferencia que existía respecto del resto de la actividad de la Administración. Luego de las privatizaciones que ocurrieron en diversas latitudes a finales del siglo XX, se reanuda la discusión, y tanto la doctrina como la jurisprudencia comienzan a definir nuevamente el alcance de estos derechos.

En este orden de ideas, se advierte que los principios que inspiran el servicio público se encuentran vinculados —en consonancia con el uso común— a la consideración de la provisión de agua como una condición básica para la vida. Los principios de generalidad, igualdad y continuidad reflejan claramente este carácter esencial.

6. Los principios del servicio público: su vinculación con el derecho al agua

Desde lo conceptual, son claras las definiciones en materia de servicios públicos cuando se hace referencia a los principios que gobiernan la prestación de los mismos. La doctrina administrativista ha reconocido como comunes y aplicables a la regulación y prestación de los servicios públicos cinco principios básicos: generalidad,

²⁸ MATES BARCO, Juan Manuel, *El servicio de abastecimiento de agua potable: estado de la cuestión*, Universidad de Jaén, 2001.

²⁹ Ley n° 8889, de la República Argentina, de 1912.

igualdad, regularidad, continuidad y obligatoriedad³⁰.

Desde mediados del siglo XIX el derecho recepta estos principios que presidirán la prestación de los servicios hasta la actualidad³¹. Por citar tan sólo un ejemplo, la Ley 6044, dictada en 1993 en Mendoza (Argentina), regula el servicio público de agua y saneamiento en dicha provincia, y prescribe en su artículo art. 15 que el mismo "... será prestado en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad, generalidad y obligatoriedad, de manera que se logre la satisfacción de las necesidades de los usuarios...".

El siguiente análisis, no implica conferir a estos principios más importancia de la que realmente tienen. Compartimos muchas de las críticas que se han formulado respecto de los mismos³², pero los consideramos igualmente útiles para el propósito de este trabajo en tanto describen rasgos que permiten identificar el progreso que implicó el servicio de agua por sobre la tradicional regulación del uso común en la satisfacción del derecho al agua.

La *continuidad* importa la obligación de prestar el servicio de manera continua, pero ello no significa que siempre deba hacerse de manera ininterrumpida, como en el caso del agua potable.

La importancia que el carácter de continuidad reviste en el caso del agua, resulta evidente, a punto tal que, por ejemplo, la ley 6044, marco regulatorio para la prestación del servicio de agua potable y saneamiento de la Provincia de Mendoza, prohíbe a la empresa la suspensión del servicio por falta de pago, cuando se trate de usuarios que tienen otorgados subsidios, o cuando el mismo acredite fehacientemente la imposibilidad de pago, aspecto sobre el cual, nos explayaremos luego.

En caso de interrupciones del servicio, algunos contratos prevén la obligación de un suministro mínimo a domicilio, evitándose la ausencia de agua en los usuarios

³⁰ Entre otros: MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 61 y ss; DIEZ, Alejandro, *Derecho Administrativo*, T° II, Buenos Aires, 1967, p. 206 y ss.; PEREZ HUALDE, Alejandro, et al, *Servicios públicos y organismos de control*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 8 y ss.

³¹ SALOMONI, Jorge Luis, "El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina", en *Documentación Administrativa*, nº 267-268, Septiembre 2003/Abril 2004, INAP, Madrid, 2004, p. 371 y ss.

³² GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, 6ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, Servicios Públicos, p. VI-34 y ss.

de modo tal que se afecten las necesidades vitales³³. Por otra parte, jurisprudencialmente, en algunos casos aislados que se verán adelante, se ha vedado la posibilidad de corta del servicio por falta de pago, haciendo lugar sólo a su restricción.

Finalmente, el Código de Aguas de la Provincia de Córdoba (Argentina), veda la posibilidad de cortar el suministro de las concesiones para abastecimiento poblacional, por entender que responde a una necesidad vital³⁴.

El principio de *obligatoriedad* en el caso del servicio de agua tiene una doble faz. Por un lado, la obligatoriedad de prestación del servicio que pesa sobre la empresa, impide a la misma efectuar discriminaciones de ningún tipo respecto a la prestación del servicio a quienes estén en condiciones reglamentarias de recibirlo. Por otro, impone la conexión forzosa al usuario, fundado en razones de sustentabilidad del servicio, sanitarias y medio ambientales. Tal es la implicancia social que tiene el ejercicio de este derecho, que su utilización no resulta facultativa para el individuo, siendo compulsiva la conexión para todos quienes tienen la red a su disposición³⁵.

El principio de *generalidad* es el que brinda el fundamento jurídico y ético a todo el régimen público de excepción y generalmente monopólico que implica la prestación del servicio³⁶. La generalidad surge de la imposibilidad de negar a algunos sin causa lo que se da a otros. Es decir, todos tienen dentro de ciertas condiciones y posibilidades el mismo derecho al servicio. Para Gordillo significa que "... todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio y se comprende en una característica que a veces se menciona aisladamente: la igualdad o uniformidad, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones"³⁷.

³³ En Argentina, por ejemplo, el contrato de concesión con Obras Sanitarias Mendoza S.A., prestadora del servicio de agua potable en la Provincia de Mendoza desde 1996 a 2010. Como otro ejemplo, la *New Zealand Local Government Act 2002*, del 24 de diciembre, en su sección 193.2 autoriza únicamente la reducción de flujo de manera que no se creen condiciones que sean insalubres.

³⁴ LÓPEZ, Joaquín, *Código de Aguas de la Provincia de Córdoba*, Secretaría de Estado de Obras y Servicios Públicos de Córdoba, 1973, nota al art. 99.

³⁵ La ley 6044 de la Provincia de Mendoza (Argentina), que nos sirve de ejemplo, contempla esta situación en los artículos 18 y 19. Reglamentados a su vez, por el art. 22 del Decreto 911/95.

³⁶ PEREZ HUALDE, Alejandro, *Renegociación de contratos públicos*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 102.

³⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. IV-2 y ss.

Este principio prescribe que el servicio debe alcanzar a todos, o a la mayor cantidad de población posible, y es quizás uno de los más gráficos en torno a demostrar que estamos hablando del derecho al uso común que se le reconoce a “todas” las personas por su calidad de tal, condiciéndose en consecuencia con la accesibilidad que ha sido observada como elemento del derecho humano al agua³⁸.

Este principio –junto con el principio de igualdad–, en cuanto hacen a la accesibilidad, es la esencia del derecho humano al agua y se presenta de modo tal que no dan lugar a la posibilidad de discriminación o distinción de ningún tipo entre las personas en razón de la raza, nacionalidad, religión, condición social, etcétera.

Regularidad, significa que debe ser prestado o realizado con sumisión o de conformidad con reglas, normas positivas o condiciones preestablecidas. El servicio, debe ser prestado conforme las normas administrativas que reglan su funcionamiento y procuran el cumplimiento de sus fines.

Este principio importa, entre otras, la imposición de planes de operación y expansión, y de condiciones de cantidad y calidad suficientes en las que el servicio debe ser prestado —niveles de presión, composición química del agua, etc—, aspectos cuya importancia es destacada por las convenciones internacionales y su doctrina.

Finalmente, el principio de *igualdad* prescribe que el servicio debe ser prestado en igualdad de condiciones, sin que sea posible discriminar entre los usuarios. Sin embargo, se ha señalado que ello no implica la imposibilidad de establecer categorías, dentro de las cuales deberá dispensarse el mismo trato a todos.

Como se advierte, la igualdad, base del reconocimiento de los derechos humanos, reviste aquí también un papel preponderante y se encuentra también vinculado a la generalidad, es decir, a todos, en igualdad de condiciones.

La trascendencia del derecho al agua, ya analizada en torno a la categoría de uso común y especial de las aguas, se manifiesta aquí a través de una clara acentuación de los principios analizados, a punto tal, que podamos afirmar que es quizás en el servicio de agua, donde los cuestionados caracteres hayan su mayor justificación y vigencia.

Importantes cuestiones se pueden plantear aquí, en el sentido que, necesariamente, los marcos regulatorios, sus disposiciones reglamentarias, y los

³⁸ LODOÑO TORO, Beatriz et al., *Perspectiva del derecho ambiental en Colombia*, Universidad de Rosario, Bogotá, 2006, p. 433.

contratos de concesión deberán contemplar y respetar además de la Constitución y el régimen local, el alcance y contenido que los instrumentos internacionales acuerdan al derecho al agua³⁹. De no ser así, sus disposiciones, por ser de rango normativo inferior, podrían ser tachadas de inconstitucionales.

7. La protección del derecho al agua en el régimen de los servicios públicos

Como señalamos con anterioridad, mientras el Estado aparecía como el principal prestador de los servicios, la actividad prestacional se hallaba parcialmente confundida con la de la Administración. Los derechos de los usuarios, brillaron por su ausencia en esa época, y en rigor de verdad, era difícil distinguirlos de los de los administrados⁴⁰.

Con el proceso de Reforma del Estado que se presentó en numerosos países a finales del siglo XX, y la consiguiente transferencia de la mayoría de los servicios públicos a la gestión privada, se separan nuevamente las figuras de Concedente y Concesionario, y la contraposición de intereses que los caracteriza despierta nuevamente el interés por estos temas.

Pero esta relación va a aparecer signada por un excepcional reconocimiento de los sujetos destinatarios de los servicios: los usuarios; a quienes en el medio del reconocimiento general de intereses difusos y de grandes transformaciones del paradigma del derecho clásico, juntos a otros colectivos, se les reconocen derechos especiales. La jerarquización de los derechos de los usuarios y consumidores, han sido una constante de las últimas décadas.

En Francia, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos están representados en el seno de las comisiones de los servicios públicos locales, encargadas de examinar el informe de calidad, los precios del agua y los delegatarios de la gestión (ley 2002-276, del 27/2/2002). En Nueva Zelanda (NZ Local Govt. Act 2002, Sec. 83-84) y en Australia (Australian Utilities Act 2000 nro. 65, 2002, Sec. 36) es obligatorio consultar al público con respecto a los temas del sector. En Marruecos, una comisión paritaria de administradores y usuarios elabora los planes del sector

³⁹ GONZALEZ MORAS, Juan M., “Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo Argentino”, en *Documentación Administrativa*, nº 267-268, Septiembre 2003/Abril 2004, INAP, Madrid, 2004.

⁴⁰ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, op cit, p. IV-2 y ss.

(art. 101, ley 10-95). En Kirghizistan, asociaciones de usuarios administran los servicios rurales de agua (ley 81 del 29/9/2000)⁴¹.

En Argentina, tuvieron consagración constitucional a partir de la reforma de la Constitución de 1994. Con la introducción del nuevo art. 42 se reconocen los derechos de los usuarios a "la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno..." previendo que "... Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios"; y disponiendo finalmente que "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Esta consagración constitucional de los derechos de los usuarios ha llevado a la más calificada doctrina a sostener que se ha operado un cambio en el sistema servicial y concesional administrativo, donde a partir de ahora, hay un sujeto acreedor, el usuario —que se transforma así, en el sujeto determinante de la relación—, y dos sujetos deudores solidariamente responsables, el prestador del servicio y el Estado⁴². Esta línea de pensamiento expresa, a continuación, que "el usuario es titular de un derecho subjetivo pleno que le permite acceder irrestrictamente a la jurisdicción judicial para la defensa de esos derechos, esto es, la propia Constitución establece la garantía de defensa de sus derechos. Ello a través de las vías procesales comunes o de excepción, o a través de la vía procesal autónoma del Amparo o 'Contencioso de los Derechos Humanos' establecida en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos"⁴³.

La evidente desigualdad y desproporción existente entre el usuario del servicio y el concesionario determinó que, además de los medios de control y protección

⁴¹ SMETS, Henri, *El derecho al agua en las legislaciones nacionales*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p. 70.

⁴² SALOMONI, Jorge Luis, "El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina", ob. cit., p. 390

⁴³ SALOMONI, Jorge Luis, "El concepto actual de Servicio Público en la República Argentina", ob. cit., p. 391

genéricos —que quedan a cargo de todas las autoridades—, se previera —al estilo de las *regulatory agencies* del derecho norteamericano— la creación de órganos de control específicos que se ocupen del control y la protección del usuario, los que en Argentina revisten jerarquía constitucional⁴⁴.

La participación necesaria del usuario ha sido prevista en los órganos de control, a través de la constitución de comisiones y asociaciones de consumidores y usuarios, y su necesaria participación en la vida institucional del ente, y de distintos institutos, como la audiencia pública, los documentos de consulta, encuestas, etc. Si bien pueden constatarse experiencias en este sentido⁴⁵, la práctica aún no se ha consolidado.

En general, en busca de brindar una solución rápida y justa tomada por un órgano imparcial, independiente y especializado, la legislación ha sometido a conocimiento de estos entes, en forma previa y a veces obligatoria, las controversias suscitadas entre usuarios y concesionarios con motivo de la prestación del servicio.

Sin embargo, y a pesar de las previsiones constitucionales y legales, en la práctica, la actuación de los organismos de control de los servicios públicos ha sido pasible de numerosas críticas por parte de la sociedad, la doctrina y la jurisprudencia. Sobre todo, en lo referido a su ineficacia e ineficiencia para llevar a cabo las tareas encomendadas, su falta de independencia respecto del poder político⁴⁶ y su “captura” en algunos casos por parte del concesionario⁴⁷.

⁴⁴ PEREZ HUALDE, Alejandro et al, "Servicios públicos y organismos de control", ob. cit., p. 29 y ss.

⁴⁵ Un ejemplo podría ser la ley francesa 2002-276, del 27/2/2002, que regula comisiones de consulta para servicios públicos encargadas del examen de informes de calidad y precio del agua.

⁴⁶ Para contrarrestar esta situación se recomienda una conformación institucional de tales entes dotada de una independencia amplia, que abarque no sólo su actuación funcional sometida únicamente a control judicial, sino también su estabilidad política y su subsistencia económica. Al respecto, PINTO, Mauricio y ANDINO, Marcela, "Entes reguladores con independencia funcional, política e institucional: una antigua solución del derecho mendocino en las modernas instituciones de control", La Ley Gran Cuyo, La Ley, Buenos Aires, T° 2003, p.797.

⁴⁷ Por ejemplo, URBIZONDO, Santiago y ARTANA, Daniel – Navajas, Fernando, "La autonomía de los entes reguladores argentinos: agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones", Documento de Trabajo R-340, Red de Centros de Investigación, Banco Interamericano de Desarrollo, agosto 1998, p. 11, disponible en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=787940>, muestra elementos que señalan la probabilidad de captura del ente regulador de agua y cloaca ETOSS en la Argentina por parte de la empresa prestadora del servicio.

La práctica judicial, ha determinado una riquísima producción jurisprudencial en la materia, admitiendo cada vez más la legitimación amplia de las asociaciones de usuarios para actuar en defensa de los intereses de los mismos⁴⁸.

La generalización del recurso de amparo, contemplado por el art. 43 de la Constitución argentina, como forma de hacer efectiva la protección del derecho al agua, ha dado cuenta de ello. Fueron resonantes los casos "Comunidad de Paynemil", "Usuarios y consumidores en defensa de sus derechos c/ aguas del Gran Bs. As. s/ amparo", "Colonia Valentina Norte Rural", "Defensoría de Menores nro. 3 c. Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo", "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica '18 de Octubre' c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo", entre otros⁴⁹.

Debe recordarse también, que el efectivo cumplimiento del derecho al agua puede ser reclamado no sólo al Estado, sino también a los concesionarios, en el caso de que los haya. En este sentido, calificada doctrina ha advertido que el administrado de ayer es el usuario de hoy, precisando que "... toda la construcción del derecho administrativo contra el abuso del poder se corresponde perfectamente, hoy en día, no contra el poder del concedente sino contra el poder del concesionario o titular de un privilegio, que asume el rol de poder dominante; cabe sostener igual conclusión de los principios generales del derecho..."⁵⁰.

8. Los derechos humanos y el derecho al agua

En términos generales, se ha sostenido que los derechos humanos son aquellos que corresponden a todos los hombres, por el solo hecho de ser tales⁵¹.

⁴⁸ MURATORIO, Jorge I., "La situación jurídica del usuario de los servicios públicos", en *Documentación Administrativa*, nº 267-268, Septiembre 2003/Abril 2004, Madrid, INAP, 2004.

⁴⁹ Un resumen de los mismos se puede ver en, PICOLOTTI, Juan Miguel, "El Derecho al Agua en la República Argentina", www.cedha.org.ar.

⁵⁰ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, op cit, p. VI-16, 20 y ss.

⁵¹ GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, *Los derechos humanos y las garantías*, Zavallía, Buenos Aires, 1988, p. 45; MALJAR, Daniel E., "Teorías de los Derechos Humanos. Primera Entrega", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Año 25, Nº 298, RAP (jul. 2003), p. 19; BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tº I, Ediar,

Si bien todos los derechos son "humanos", en cuanto sólo el hombre es sujeto de derecho, la evolución de las ciencias jurídicas ha dado lugar a una categoría de derechos denominada "humanos", también conocidos como derechos del hombre, derechos naturales, derechos innatos, derechos originarios, derechos fundamentales, libertades fundamentales, etc. Esta redundancia terminológica no es casual, sino que semánticamente se ha procurado resaltar el carácter de fundamentalísimos para el hombre que presentan estos derechos, siendo por ello humanos por antonomasia⁵². Derechos Humanos son, entonces, todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personidad de su sujeto, o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personidad y de los que se es titular los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aun cuando éste los niegue⁵³.

Los conceptos referidos requieren de algunas precisiones. Fundamentalmente, cabe referirse a las características o cualidades del hombre que permiten atribuirle, sin más, la titularidad de derechos. Evans De La Cuadra⁵⁴ resalta esa cualidad, que en su concepción es un valor jurídico, e identifica a los derechos humanos como aquellos que representan la consecuencia de ese valor jurídico que es la dignidad fundamental del hombre.

La conformación de un régimen específico de los Derechos Humanos, que limita a los Estados soberanos en cuanto a cómo han de tratar a sus nacionales, es un fenómeno posterior a la Segunda Guerra Mundial, se formuló como una reacción a las atrocidades de Hitler y fue receptado por el Derecho Internacional del nuevo orden mundial de postguerra. Si bien su conformación comenzó con anterioridad, la Conferencia de San Francisco de 1945 dio lugar a la Carta de las Naciones Unidas y con ella se fijó por primera vez el objetivo multinacional de "estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales", comprometiéndose los Estados miembros a tomar medidas para su promoción. Con este puntapié inicial, el régimen internacional se conformó sobre la base de diversas declaraciones y tratados

Buenos Aires, 2000, p. 210.

⁵² PRADO, Juan José, *Derechos Humanos. Conceptos introductorios para su estudio*, CBC-UBA, Buenos Aires, 1997, p. 2 y 28.

⁵³ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 102.

⁵⁴ DE LA CUADRA, Evans, *Los derechos constitucionales*, Tº I, Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 19.

universales⁵⁵ y regionales⁵⁶ que reconocieron y procuraron proteger derechos fundamentales sobre los que existió consenso internacional⁵⁷.

Se ha postulado que el derecho a acceder al agua cae dentro de la categoría de derechos humanos, al menos como presupuesto o desarrollo de distintos de los derechos reconocidos en los acuerdos internacionales (derecho a la vida, a la libertad, a la salud, a la calidad de vida, a la vivienda, a la alimentación adecuada, etc).

Sin embargo, entendemos que debatir si el derecho al agua es un derecho humano autónomo, o si por el contrario es accesorio a otro derecho principal (como la salud, la alimentación o la vida) es una discusión innecesaria, ya que las clasificaciones, son instrumentos de claridad, que nos permiten conocer mejor el objeto de nuestra investigación; someten los entes a un cierto régimen ordenador para facilitar su estudio. Y si el derecho al agua es un derecho humano autónomo o si sólo lo es en función de otro derecho de contenido más extenso, es una discusión sin consecuencia práctica alguna y por ello ociosa⁵⁸: en ambos casos será susceptible de la protección que corresponde a los derechos humanos.

Hoy en día, el derecho humano al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas⁵⁹.

⁵⁵ Como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948, o los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁶ Como por ejemplo la Convención Europea de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁵⁷ BUERGENTHAL, Thomas, "Derecho e Instituciones Internacionales sobre Derechos Humanos", en Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud, *El Derecho a la Salud en las Américas*, publicación científica n° 509, OPS, Washington, 1999, p. 3 a 12.

⁵⁸ Sin embargo, en PINTO, Mauricio, TORCHIA, Noelia y MARTIN, Liber, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 55 a 59, observamos la conveniencia de adoptar el derecho humano de agua como una categoría autónoma de estudio que involucre a todas aquellas prerrogativas que hacen a la dignidad humana, y que dependen del acceso al agua para ello, pudiéndose instrumentar desde tal perspectiva metodológica la necesidad de replantear políticas ante la crisis hídrica, de modo tal que se fortifiquen las categorías preexistentes mediante una evolución que atienda las necesidades que tal dignidad presenta en relación al agua.

⁵⁹ Entre muchos otros: Art. 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Arts. 20, 26, 29, 46 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Arts. 85, 89, 127 del Convenio de Ginebra

Por ejemplo, en la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977 se expresó que "todas las personas, sin importar su estado de desarrollo y su condición económico social, tienen el derecho a acceder a agua potable en cantidad y calidad equivalente para cubrir sus necesidades básicas". En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua". En la Convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre". En la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible de 1992 se sostiene que "es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible".

Ha existido así una marcada tendencia desde el ámbito internacional a una consagración clara del derecho al agua en forma específica, propiciándose su reconocimiento en las cartas de derechos fundamentales. Concretando esta tendencia, mediante la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, el derecho al agua se ha especificado dentro del campo de los derechos humanos a la salud, al nivel de vida y a la alimentación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General el 16/12/1966 en su Resolución 2200 A (XXI)⁶⁰, reconoce "el derecho de toda persona a

relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Art. 54-55 del Protocolo Adicional I, de 1977; Arts. 5°, 14 del Protocolo Adicional II, de 1977; preámbulo de la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua; párrafo 18.47 del Programa 21, en Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro; Principio 4 de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente; Principio 2 del Programa de Acción, en Informe de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo; recomen. 14 (2001) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Carta Europea de Recursos Hídricos; resol. 2002/6 de la Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos acerca de la promoción del derecho a disponer de agua potable; apart. 38 de la Declaración de Johannesburgo, Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sostenible, 2002. La Carta Europea del Agua (1968), si bien no reconoce expresamente un derecho al agua, declara que la misma es indispensable a la vida humana.

⁶⁰ Entrado en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27 del

un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, ... reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre" (art. 11) y "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12).

La referida Observación General N° 15, ha especificado los arts. 11 y 12 del referido Pacto, entendiendo que el agua "es un bien público fundamental para la vida y la salud", y que "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". De esta forma, ratificó el criterio de identificar el derecho al agua como un derecho humano amparado en el Pacto, tal como había sustentado previamente en los párrafos 5 y 32 de la Observación General N° 6 (1995) sobre derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.

El referido documento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vincula además el derecho al agua con el derecho al más alto nivel posible de salud (conf. párr. 1 del art. 12 del Pacto y la Observación general N° 14 (2000) del mismo Comité, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud), y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (conf. párr. 1 del art. 11 y Observación general N° 4 (1991) del mismo Comité). Este derecho —entiende— también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, entre los que ocupa un lugar primordial el derecho a la vida y a la dignidad humana.

La vinculación del agua con la calidad de vida y con la satisfacción de otros derechos humanos, es la base de una expansión conceptual del derecho al agua que hoy se está produciendo, generándose un planteo superador de la concepción que vincula tal prerrogativa humana a las necesidades vitales de subsistencia que amparaba el uso común: este paradigma implica mucho más que la manutención, y exige no sólo una actividad planificadora sobre el mejor beneficio social al que se debe destinar el agua disponible, sino también en algunas circunstancias el otorgamiento de concesiones de uso especial que resulten una condición necesaria para la calidad de vida de los individuos⁶¹. Aun así, como detallaremos infra al analizar algunas

mismo.

⁶¹ PINTO, Mauricio, TORCHIA, Noelia y MARTIN, Liber, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, ob cit, p. 103 y ss., analizamos la importancia de la planificación en la satisfacción de las diversas demandas que involucran al derecho al agua.

particularidades del contenido del derecho al agua, su consolidación internacional avanza con una fuerte relación al suministro de agua potable y saneamiento, como lo demuestra la Resolución adoptada en la materia por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2010.

Pero además de ello, se ha producido un significativo desarrollo del reconocimiento –explícito o tácito- del derecho al agua en numerosos ordenamientos nacionales, como ocurre en el caso de Argelia, Argentina, Bélgica, Benín, Bolivia, Brasil, Chad, Chile, Costa Rica, Congo, Colombia, Ecuador, España –en los Estatutos de Autonomía de alguna de sus Comunidades autónomas-, Estados Unidos –en algunas Constituciones de los Estados federados-, Etiopía, Francia, Filipinas, Gambia, India, Kenia, Marruecos, México, Nigeria, Sudáfrica, Ucrania, Uganda, Uruguay, Venezuela, Zambia⁶².

De esta manera, el derecho al agua no puede en la actualidad ser divorciado del Derecho de los derechos humanos y su régimen superior de protección.

9. Los medios de protección y el acceso a la jurisdicción del derecho humano al agua

Si como hemos analizado el derecho a acceder al agua es un derecho humano, su satisfacción y protección como tal es una consecuencia inevitable, siendo en consecuencia sujeto a un sistema especial de tutela que las Constituciones y los tratados otorgan al respecto⁶³.

Los acuerdos internacionales contemplan, en materia de derechos humanos, la obligación de los Estados en su accionar a nivel interno de respetar los derechos humanos reconocidos en los tratados, garantizar dichos derechos y prevenir futuras violaciones a éstos⁶⁴. Si el acceso al agua es un derecho humano de toda persona, es

⁶² Un análisis particular de estas regulaciones lo efectuamos en PINTO, Mauricio, TORCHIA, Noelia y MARTIN, Liber, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, ob cit. Recomendamos en este punto la lectura de la 2º edición de esta obra (2011), donde hemos actualizado el contenido de tal realidad normativa.

⁶³ PINTO, Mauricio, “El agua y los derechos humanos”, en SOSA, Eduardo Adrián (coord), *Defensoría del agua y los derechos humanos – Informa 2006-2008: para hacer del agua un derecho humano*, Oikos Red Ambiental, Mendoza, 2008, p. 25.

⁶⁴ PICOLOTTI, Romina y BORDENAVE, Sofía, “Ambiente, Derechos Humanos y políticas públicas”, en SCOONES, Ana - SOSA, Eduardo (comp.), *Conflictos Socio-Ambientales y Políticas Públicas en la Provincia de Mendoza*, Oikos Red Ambiental, Mendoza, 2005, p. 38.

un deber estatal respetar tal prerrogativa y asegurar su protección mediante el adecuado acceso a la jurisdicción.

Así, es un deber de los Estados “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”⁶⁵.

Con ello, los regímenes jurídicos internos deben contemplar mecanismos para asegurar el disfrute por todas las personas del derecho al agua, asegurando además los mecanismos jurisdiccionales de tutela efectiva.

Ante el incumplimiento de estas obligaciones, los afectados podrán atender la protección que contempla el derecho internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, hay que considerar el mecanismo de protección que contempla cada tratado vigente en la materia:

a) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el que se apoya la referida Observación General nº 15, establece un procedimiento de informes en virtud del cual los Estados Miembros y los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas exponen periódicamente ante la ONU las medidas que han adoptado y los progresos que han alcanzado para garantizar el respeto a los derechos garantizados en el Pacto.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, bajo este sistema de control, ha referido al derecho al agua en sus Observaciones a informes de los Estados parte del pacto internacional que controla; por ejemplo, en las Observaciones finales al Segundo Informe Periódico del Estado de Israel sobre la implementación del Pacto⁶⁶ y en Observaciones finales al Segundo Informe Periódico del Estado de Nueva

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *in re* “Velázquez Rodríguez”, sentencia del 29/7/1988, párr. 166.

⁶⁶ Doc. E/C.12/1/Add.90 del 23/5/2003, párrs. 25 y 41, del 26/6/2003, cit. Este informe expresa: “El Comité insta encarecidamente al Estado Parte a que adopte medidas inmediatas para garantizar un acceso al agua y una distribución de este recurso que sean equitativas para todas las poblaciones residentes en los territorios ocupados y, en particular, para que todas las partes interesadas participen plenamente y en condiciones de igualdad en el proceso de gestión,

Zelanda sobre la implementación del Pacto⁶⁷.

Posiblemente, sería de mayor eficacia un sistema de control que, además de informes, contemplara al menos un sistema de denuncias como el previsto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, o mejor aún un control jurisdiccional internacional como el que fijan las Convenciones Americana o Europea de Derechos Humanos. Sin perjuicio de este limitante, el derecho al agua puede dar lugar a otros mecanismos de protección internacional. Revisten especial importancia los procesos de tutela que regulan las Convenciones Regionales de Derechos Humanos para Europa, América y África, mucho más eficaces que el sistema de informes del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁸ proclaman las normas regionales en la materia para América, estableciendo esta última un mecanismo de protección a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicables a los Estados que hayan adherido al régimen.

La Comisión actúa mediante el seguimiento de informes periódicos que deben realizar los Estados Miembros, y mediante el conocimiento de denuncias contra un Estado Miembro que realice cualquier persona, grupo de personas, entidades no gubernamentales u otros Estados Miembros, luego de agotados los procesos de jurisdicción interna. La Corte interviene agotados los procedimientos ante la Comisión, y tiene competencia para resolver en forma definitiva e inapelable cualquier caso relativo a la interpretación y la aplicación de la Convención, pudiendo disponer que se garantice el ejercicio de un derecho, que se reparen las consecuencias de su violación y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Un ejemplo de una tramitación ante estas instancias es un reclamo que, en su

extracción y distribución del agua. A este respecto, el Comité remite al Estado Parte a su Observación General 15 sobre el derecho al agua”.

⁶⁷ Doc. E/C.12/1/Add.88 del 23/5/2003, párr. 9, disponible en cit. En este informe: “El Comité agradece profundamente la información sobre el derecho al agua que se suministra en el informe del Estado Parte (párrs. 417 y 418) que se presentó antes de la aprobación de la Observación general 15”.

⁶⁸ La Convención, suscripta en 1969, entró en vigencia en 1978. Ha sido ratificada por diecinueve países americanos, entre ellos todos los sudamericanos menos Chile, Brasil y Paraguay. Estados Unidos y los países miembros de la Mancomunidad del Caribe (con excepción de Barbados, Granada y Jamaica) no han adherido a la Convención.

objeto sustancial, procuraba satisfacer el derecho al agua. Se trata de la causa CIDH nro. 12.010, “Comunidades Mapuche Paynemil y Kaxipayiñ - Neuquén, Argentina”, iniciada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹.

Otra forma de controlar e instar correcciones se presenta en los Informes Anuales, donde –en forma similar al sistema del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– la Comisión considera el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados, recomendando las medidas del caso. Por ejemplo, en el Informe correspondiente a Ecuador en 1997, se observó que la actividad petrolera en el oriente de ese país contaminó –entre otros recursos– cursos de agua que son las únicas fuentes de las que disponen los seres humanos en la zona para beber, cocinar y bañarse, y donde beben también el ganado, los animales domésticos y la fauna silvestre de que se sirven, lo que ha afectado la salud y la alimentación de los lugareños. La Comisión entendió que el ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física –amparados por el sistema interamericano– está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y a la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos. Finalmente, concluyó que es responsabilidad del Estado implementar las medidas necesarias para remediar la situación actual y evitar toda contaminación futura por petróleo que amenace la vida y la salud de esa población, recomendando al Estado adoptar las medidas necesarias para traducir esta inquietud en acciones preventivas y correctivas⁷⁰. La Comisión trató un tema similar de explotación de recursos e intrusión en territorio indígena en los casos de la comunidad

⁶⁹ Tal causa tiene como antecedente un reclamo judicial realizado en la provincia argentina de Neuquén antes citado mediante una acción de amparo en procura de salvaguardar el derecho a la salud de niños de comunidades aborígenes ante un incidente de contaminación hídrica, requiriéndose la inmediata provisión estatal de agua en condiciones adecuadas. Aunque la causa agotó las instancias judiciales nacionales, reconociéndose en todas ellas la correspondencia del reclamo, y a pesar de los astreintes fijados por incumplimiento, el Estado no obedeció las medidas judiciales ordenadas para garantizar el abastecimiento de agua. En el posterior reclamo internacional, el Estado argentino –como responsable en el derecho internacional– aceptó como acuerdo conciliatorio la construcción de una planta de agua potable y otras medidas sanitarias.

⁷⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador 1997”, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/indice.htm>.

indígena Yanomami v. Brasil y de la comunidad Mayagna Sumo v. Nicaragua⁷¹.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha atendido el contenido que corresponde al derecho al agua –aunque vinculando al derecho a la vida– en los casos “Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay” (sentencia del 17/6/2005) y “Comunidad Indígena Sawhoymaxa v. Paraguay” (sentencia del 29/3/2006)⁷².

c) La Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta Social Europea⁷³ brindan el régimen propio de Europa. La Convención y sus diversos Protocolos garantizan los derechos civiles y políticos; la Carta, en cambio, tiene por objetivo específico establecer un sistema de promoción de los derechos económicos y sociales, sin que se garantice el disfrute inmediato.

Mientras que la Convención establece un mecanismo de protección similar al americano, basándose para ello en peticiones individuales y denuncias de Estados presentadas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y seguidas ante la Corte Europea de Derechos Humanos, la Carta establece un complejo mecanismo de control mediante informes gubernamentales periódicos que ha resultado eficiente⁷⁴.

Dentro de este sistema, podemos recordar que la Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia del 25/11/1993, al resolver la Aplicación 14282/88, en el caso “Zander v. Suecia”, reconoció que el derecho a usar el agua para bebida de las perforaciones o pozos es una faceta del derecho civil a la propiedad de la tierra donde aquellas se encuentran, considerando que el derecho en cuestión es un derecho civil tutelable.

d) La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁷⁵ establece un régimen de derechos humanos específico para el África. Se distingue de los sistemas europeo y americano en cuanto no crea un tribunal para el caso de violación a los derechos, sino sólo la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Se ha sostenido que, si bien la aplicación de la Carta Africana se asemeja al mecanismo

⁷¹ PICOLOTTI, Romina, “Responsabilidad empresarial, Derechos Humanos y ambiente: jurisprudencia internacional de Derechos Humanos en casos de degradación ambiental empresarial”, Foro Social Mundial, Porto Alegre, enero 2002, disponible en http://www.cedha.org.ar/docs/doc72.htm#_ftn5.

⁷² Estos fallos están disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/>.

⁷³ La Convención entró en vigencia en 1953, y la Carta en 1965.

⁷⁴ BUERGENTHAL, Thomas, “Derecho e instituciones internacionales...”, cit., p. 11.

⁷⁵ La Carta Africana entró en vigencia en 1986 y está disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf>.

que desarrolla la ONU en la aplicación de los Pactos de Derechos Humanos que le corresponde, “algunas de las disposiciones de la Carta Africana son lo suficientemente amplias como para permitir que la Comisión Africana, si lo considera apropiado y si el clima político es propicio, adopte medidas más innovadoras en la promoción de los derechos humanos que las que podrían adoptarse por imperio de los pactos que aplica la ONU”⁷⁶.

Finalmente, es de destacar que la Carta Africana contempla expresamente, en sus arts. 60 y 61, que la Comisión debe atender los instrumentos de derechos humanos aprobados por la ONU y sus organismos especializados, con lo que el alcance del derecho a la salud que reconoce dicha Carta quedaría determinado por la Observación General nº 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas que hemos comentado, abarcando sin dudas el derecho al agua.

En relación con el derecho al agua, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha emitido resoluciones que lo contemplan. Un precedente de importancia es una causa de 1996⁷⁷ iniciada por cuatro ONG contra el antiguo Zaire (ahora la República Democrática del Congo). El antiguo Zaire fue acusado de violar el art. 16 de la Carta Africana, que reconoce el derecho a gozar del mejor estado de salud física y mental que se pueda alcanzar, dado que el Estado no había podido asegurar el acceso al agua potable esencial para la vida. A juicio de la Comisión, “el art. 16 de la Carta Africana afirma que cada persona debe tener derecho a gozar del mejor estado de salud física y mental que se pueda alcanzar y que los Estados parte han de tomar las medidas necesarias para proteger la salud de su población. El hecho de que el gobierno no proporcione servicios básicos como agua potable inocua y electricidad y la escasez de medicamentos (...) constituye una violación del artículo 16” (párr. 47). La Comisión estimó que las actuaciones del antiguo Zaire constituían una violación del derecho a la salud y necesitaban ser reparadas.

⁷⁶ BUERGENTHAL, Thomas, “Derecho e instituciones internacionales...”, cit., p. 12.

⁷⁷ Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Opinión del 4/4/1996 - 1/6/1996. Comunicación 25/89 –y sus acumuladas Comunicaciones 47/90, 56/91 100/93–, donde se analizó la queja del Grupo de Asistencia Jurídica Libre, Comité Austriaco contra la Tortura, Centro Haitiano de Derechos Humanos y Libertades, y los Testigos de Jehová v. Zaire. Disponible en <http://www.chr.up.ac.za>.

III. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO AL AGUA

Si bien el derecho al agua se ha consolidado, en nuestra opinión, como una prerrogativa humana tutelable incluso en foros internacionales, hay determinados aspectos que nos motivan a una consideración particular. Básicamente, nos convoca el análisis específico en cuanto al alcance de dicho derecho, y algunas particularidades respecto de su limitación.

Primeramente, debemos señalar que el derecho al agua en su actual reconocimiento importa una vinculación con la calidad de vida y otros derechos humanos, lo que posiblemente, sea base de su expansión conceptual hacia un planteo superador de la casi exclusiva vinculación a las necesidades vitales de subsistencia que amparaba el uso común y en parte el servicio público de agua potable, siendo el derecho al agua una categoría de análisis que no puede equipararse a las tradicionales referencias a los usos comunes y especiales⁷⁸. Aun así, como ya hemos resaltado, su consolidación internacional avanza –como veremos- con una fuerte relación al suministro de agua potable y saneamiento.

Dicho esto, partimos de la idea de que es preferible evitar discusiones estériles o malentendidos comunes⁷⁹, y definir rápidamente algunos supuestos que en nuestra opinión resultan contenidos y conceptos consolidados en relación al derecho al agua⁸⁰:

i) Se trata de un derecho humano reconocido a nivel internacional, que es interdependiente con otros derechos humanos, siendo su contenido limitado, variable y de satisfacción progresiva⁸¹, lo que no implica gratuidad (sólo asequibilidad), ni

⁷⁸ PINTO, Mauricio, TORCHIA, Noelia y MARTIN, Liber, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, ob cit., p. 61.

⁷⁹ LEVIN, Thomas, NIERENKÖTHER, Mijako, ODENWÄLDER, Nina, *The Human Right to Water and Sanitation: Translating Theory into Practice*, GTZ, Eschborn, 2009, p. 3.

⁸⁰ MARTÍN GARCÍA, Liber, “International Legal Discourse on Human Right to Water and Sanitation from the Latin American Standpoint”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Intersentia, volumen 4, 2011, p. 136.

⁸¹ La dinámica de esta progresión hacia el pleno ejercicio del derecho y de su ejecución práctica estará limitada por la capacidad de cada Estado (utilizando el máximo de los recursos disponibles) para generar las condiciones para su satisfacción gradual, siendo ello una aplicación de los principios de progresión y no reversión en materia de derechos humanos. Al respecto, ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, in re Acevedo Buendía y Otros vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009 -Serie C No. 198-. Pero esto no impide la existencia de un nivel básico de satisfacción, por debajo del cual el derecho en cuestión perderían su esencia, sin que el Estado pueda la posibilidad de invocar la

tampoco implica necesariamente la prestación directa del servicio por las autoridades públicas con exclusión de los sistemas de gestión privada⁸².

ii) En cuanto a su extensión, este derecho se identifica a menudo con el acceso al agua para uso personal y doméstico, con valores que varían de acuerdo al análisis de las necesidades en juego, y que van desde un mínimo de entre 20 a 50 litros diarios de agua potable para el saneamiento personal, lavado de ropa, preparación de alimentos y la higiene personal (como especifican las agencias especializada de Naciones Unidas -ACNUR, FAO, UNICEF, UNESCO, OMS).

Este abordaje ha llevado a una visión reducida de su contenido, aunque –como hemos observado- en nuestro concepto es un derecho que incluye el acceso a la cantidad de agua necesaria para satisfacer otras necesidades relacionadas con los derechos humanos en su integralidad, siendo el uso personal y doméstico el contenido mínimo que, de preferencia sobre otros usos, el Estado debe garantizar, asegurando el acceso de las personas a suficiente agua para prevenir la deshidratación y las enfermedades. Pero el derecho no termina ahí, sino que el resto de su contenido debe ser alcanzado progresivamente⁸³.

iii) Se trata de una necesidad y un derecho humano individual, que, al mismo tiempo, es un derecho colectivo, y por ello implica una serie de facultades y obligaciones para los particulares, tanto privadas como públicas. Como tal, aunque la responsabilidad de su satisfacción eficaz reside en un primer momento en los propios titulares, también existe una responsabilidad directa del Estado en su regulación y control, y –subsidiariamente- para realizar el contenido del derecho en las personas

falta de recursos económicos para justificar su incumplimiento. Ver en este tema, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), in re Sánchez María del Carmen v ANSES, sentencia del 17 de mayo de 2005. Del mismo modo, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, veredicto N ° 9051-00, in re Madrigal Ramírez Vera Violeta y ots . v. Municipalidad de Alajuela y ots.

⁸² Para mayores detalles en estos temas, remitimos a PINTO, Mauricio, TORCHIA, Noelia y MARTIN, Liber, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, ob cit, pp. 77 a 154.

⁸³ PINTO, Mauricio, TORCHIA, Noelia y MARTIN, Liber, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, ob cit, pp. 77 y ss. SALMAN, Salman M. A. y MCLNERNEY, Siobhán, *The human right to water: legal and policy dimensions*, The World Bank, Washington DC, 2004; EMBID IRUJO, Antonio (dir), *El Derecho al Agua*, ob cit; SMETS, Henri, *Le droit à l'assainissement dans les législations nationales. The right to sanitation in internal law*, Johanet, París, 2010.

que no pueden acceder al mismo debido a la falta de medios⁸⁴.

iv) Al igual que ocurre con todo derecho , el derecho al agua y el saneamiento no es absoluto: puede limitarse de acuerdo con el interés público o privado, estando sujeto a la integración y armonización con el resto del ordenamiento jurídico, siempre que no sea desnaturalizado.

En este sentido, tal armonización es particularmente conflictiva y dificultosa en algunas situaciones que requieren un análisis particular, como ocurre en las regulaciones que estipulan la prohibición de utilizar derivaciones y bombas de agua para satisfacer los usos comunes del agua, la inclusión de la agricultura e industria de subsistencia, o incluso en escalas mayores; o con la coordinación de los usos del agua según los órdenes de prioridad, las contribuciones económicas y suspensión o la restricción de los servicios de agua potable ante la falta de pago. También resulta necesario precisar aspectos que hacen al cumplimiento del referido derecho en los casos de futuros desarrollos inmobiliarios ajenos a las previsiones de la planificación territorial, así como en el caso de los asentamientos precarios (villas, favelas, etc) o en zonas aisladas⁸⁵.

IV. ALCANCES Y LÍMITES DE LOS PROGRESOS MÁS RECIENTES: LA RESOLUCIÓN A/RES/64/292 DE LA ASAMBLEA GENERAL DE NU, DEL 28 DE JULIO DE 2010

1. Un acercamiento desde el discurso de los actores en el escenario internacional

⁸⁴ La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es expresa en este sentido, pudiéndose en general atender al respecto Las Observaciones Generales nº 12 (párrs. 15 y 16), nº 13 (párr. 47), nº 14 (párrs. 33 a 37), y nº 18 (párrs. 22 a 28). En relación específica al derecho al agua, la Observación General nº 15 desarrolla en los párrafos 17 a 29 las obligaciones estatales de respetar –abstenerse de toda actividad que deniegue el derecho-, proteger –defensa ante terceros- y cumplir –facilitar y promover las condiciones adecuadas para su ejercicio y garantizar la satisfacción en aquellos casos en que los titulares del derecho no estén en condiciones de ejercer por sí mismos tal prerrogativa con los medios a su disposición-.

⁸⁵ Sobre todas y cada unas de estas problemáticas, remitimos al análisis que hemos hecho en particular en PINTO, Mauricio, TORCHIA, Noelia y MARTIN, Liber, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, ob cit.

El derecho humano al agua ha sido reconocido desde las instituciones decimonónicas hasta la actualidad, progresivamente, a través del uso común del agua primero, los servicios públicos luego, y –más recientemente- los derechos humanos, formando de esta manera una protección y regulación simultánea y múltiple a través de diversos subsistemas.

Sin embargo, poner en práctica y de manera efectiva el derecho al agua no es sólo una cuestión de disponibilidad de tal recurso, sino también -y fundamentalmente- un problema económico y, por lo tanto, aunque no exclusivamente⁸⁶, el problema es de significancia en los países pobres⁸⁷ y en aquellos que realizan aportes desde el sistema financiero internacional.

El tema central del reconocimiento y conformación de este derecho en un sistema legal que, básicamente, contemple una definición clara de sus límites, exige avanzar en los distintos tópicos que hemos referimos *supra* como de articulación conflictiva y dificultosa, incluyendo entre ellos a las instituciones de gestión concretas, como son el régimen de cortas y restricciones del servicio de agua potable, las limitaciones al uso común, la alteración del orden de prioridades en la concesión de agua, entre otros.

A pesar de los avances existentes, dentro de la literatura que ha estudiado con mayor rigurosidad el tema se pueden apreciar diferentes puntos de vista en relación con las fuentes jurídicas, el contenido, los límites y los efectos propios del derecho al agua.⁸⁸ Pero estas discrepancias, sin embargo, no terminan en el plano científico. También llegan a la esfera política, a las que están estrechamente vinculadas, lo que lleva a la habitual y sistemática frustración de los intentos de producir una declaración política o reconocimiento en diversas conferencias y foros internacionales, como ha ocurrido en los llamados Foros Mundiales del Agua que tuvieron lugar en México (2006) y en Estambul (2009), respectivamente.

Rompiendo esta tendencia, el 28 de julio de 2010 la Asamblea General de Naciones Unidas se pronunció mediante una Resolución reconociendo el derecho al

⁸⁶ WENDLAND, Claudia et al, *Sanitation: A continuous challenge for the European Region - European Regional Document*, 2009, 5th World Water Forum.

⁸⁷ UN Development Programme, *Human Development Report 2006. Beyond scarcity: Power, poverty and the global water crisis*, UNDP, New York, 2006.

⁸⁸ EMBID IRUJO, Antonio (dir), *El Derecho al Agua*, ob cit; SMETS, Henri, *Le droit à l'assainissement dans les législations nationales. The right to sanitation in internal law*, ob cit.

agua como derecho humano; aunque en los términos de tal pronunciamiento, el derecho al agua queda definido exclusivamente en relación al agua potable y al saneamiento.

La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 28 de julio 2010, en concreto, “reconoce expresamente el derecho al agua reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”; y “exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento”.

Con ello, sólo supera parcialmente el problema de la falta de reconocimiento político del derecho al agua, reflejándose en la misma un contexto que nos advierte que las dificultades de encontrar acuerdos no surgen exclusivamente de los diferentes puntos de vista y antinomias existentes entre las subdisciplinas jurídicas en las que el derecho al agua ha sido estudiado recientemente (derechos humanos, derecho constitucional, derecho de aguas, derecho administrativo, derecho ambiental y el derecho internacional).

La dificultad radica, fundamentalmente, en que los diferentes sistemas jurídicos internacionales, regionales y nacionales, y los diversos sustratos socio-económicos en los que se producen y aplican las normas, reflejan -con distinta intensidad- los intereses de los actores políticos implicados (gobiernos, empresas, organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales organizaciones, entre otros).

En ese contexto, es claro que el discurso jurídico internacional sobre el reconocimiento y la aplicación del derecho humano al agua se mueve en diferentes planos, que fundamentalmente podría ser reducidos a tres: el discurso de los derechos humanos y su vinculación con la política de aguas –que hemos reseñado supra en este artículo-, el discurso en el ámbito del derecho internacional de aguas, y el discurso desde la perspectiva neoliberal.⁸⁹

⁸⁹ GUPTA, Joyeeta, AHLERS, Rhodante y AHMED, Lawal, “The human right to water: Moving towards consensus in a fragmented world”, *Review of European Community and International Environmental Law* 19:3, 2010, p 295. TANZI, Attila, “Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law: The

En el ámbito del derecho internacional del agua, los Estados han reconocido la existencia de principios que rigen sus relaciones, como la utilización equitativa de los cursos de agua entre los países ribereños; aunque en tal marco no se ha aceptado en forma clara la existencia de una prioridad de uso hacia el consumo de las poblaciones frente a otros usos⁹⁰. Sólo a partir de las denominadas las Reglas de Berlín ILA sobre Recursos Hídricos (2004) se ha reconocido explícitamente el derecho al agua (artículo 17) mediante la modificación del principio de la no prioridad de uso, diciendo que "... los Estados primero deberá asignar aguas para satisfacer las necesidades humanas vitales." (Artículo 14); aún así, el carácter de *soft law* de estas reglas, y su origen ajeno a los sistemas estatales, relativizan el avance.

Dentro del discurso neoliberal, el agua se concibe principalmente como un bien económico. Esta idea fue desarrollada por los economistas y difundida a través de los organismos financieros internacionales y las agencias de cooperación para el desarrollo, pudiendo observarse su presencia no sólo en la Conferencia de Dublín (1992), sino también en los Foros Mundiales del Agua (1987, 2000, 2003, 2006 y 2009)⁹¹. Este discurso, a su vez, ha impactado fuertemente en los sistemas jurídicos nacionales –mediante las regulaciones sobre privatizaciones de servicios de agua potable- e internacionales –mediante Tratados Bilaterales de Inversión y mecanismos para resolver diferencias sobre las mismas-.

En estos tres ámbitos, los actores políticos relevantes son generalmente visibles en ambos lados.

Por un lado el discurso de los derechos humanos es sostenido por el

UNECE Protocol on Water and Health”, *International Community Law Review*, 12:3, 2010, p. 267.

⁹⁰ En este sentido, *Reglas Helsinki* de Ley Association Internacional (ILA) de 1966 o la Convención de Nueva York 1997 y la Directiva Marco del Agua de la UE 2000/60/CE. SALINAS ALCEGA, Sergio, “Las aguas no marítimas internacionales”, *Derecho y Administración de Aguas*, Zetaeditores, Mendoza, 2007, p. 345, observa en este sentido que si bien las Reglas de Helsinki de la ILA negaban expresamente la existencia de alguna prioridad de un uso frente a otros, la Convención de Nueva York de 1997 ha morigerado tal máxima, ya que si bien la niega en general, admite que sea reconocida por acuerdo o costumbre –y refiere en este sentido numerosos tratados que priorizan el uso poblacional-, y destaca además que dicha Convención se separa de las Reglas de Helsinki al fijar que el conflicto entre los distintos usos se resolverá teniendo en cuenta especialmente las necesidades humanas.

⁹¹ GUPTA, Joyeeta, AHLERS, Rhodante y AHMED, Lawal, “The human right to water: Moving towards consensus in a fragmented world”, *ob cit.*, p. 296.

denominado tercer sector⁹² y algunos organismos internacionales -OMS, UNICEF-, los que predicán el reconocimiento del derecho pero sin prestar atención al análisis de los límites y alcances del mismo, o los mecanismos para su realización efectiva. Está claro en este sentido que los movimientos sociales y las ONG han tomó un papel determinante en la construcción del discurso jurídico internacional de afirmación del derecho al agua, rol que incluso presentan en la difusión y reclamación estratégica sobre el mismo. Pero sin embargo tales movimientos no han tenido un papel importante en la aplicación de los derechos sociales con fuerte contenido económico, ni en Europa ni en América Latina, como algunos autores pretenden⁹³.

Por otro lado, del lado del discurso neoliberal, algunas empresas relacionadas con los servicios de agua que, junto con sus respectivas organizaciones internacionales, las organizaciones financieras internacionales y algunas agencias de cooperación, propician un reconocimiento muy limitado del derecho al agua, o directamente se oponen al mismo. Estos actores prefieren, más que de derechos, hablar en términos de los requerimientos o necesidades básicas a satisfacer, evitando discusiones en términos de derechos humanos⁹⁴.

2. La actitud ambigua de los Estados frente a tal escenario

Un factor político clave en el estudio de este tema, pero quizás el más difícil de descifrar es, sin dudas, el Estado. Dado su papel de garante de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la naturaleza cambiante y evolutiva de los mismos, hay que tener en cuenta que es el Estado quien con el correr del tiempo tendrá que cumplir la responsabilidad y los gastos derivados de la aplicación efectiva de estos derechos en general, y del derecho al agua en particular.

De hecho, la actitud política de los Estados es determinada por distintos factores, en gran medida accesorios y de carácter aleatorios, como son la

⁹² Dentro del mismo ubicamos principalmente a las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), y a las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC), entre otros

⁹³ GUPTA, Joyeeta, AHLERS, Rhodante y AHMED, Lawal, "The human right to water: Moving towards consensus in a fragmented world", ob cit, p. 303

⁹⁴ HORTA, Korinna, "Rhetoric and Reality: Human Rights and the World Bank", *Harvard Human Rights Journal*, n° 15, 2002, p. 227.

disponibilidad de recursos económicos, la abundancia de recursos hídricos, los laudos arbitrales que arrojan los mecanismos de garantía a las inversiones; e incluso por su localización geográfica relativa en los cursos compartidos⁹⁵, y la consiguiente obligación potencial de compartir sus aguas con otros Estados⁹⁶.

En este sentido, es claro que la lógica de la alineación de los países al celebrar tratados no es automática ni sencilla, tal como se vio claramente en la celebración y – aún inconclusa- ratificación de la Convención de Nueva York sobre el Derecho de los Usos No Navegables de Cursos de Aguas Internacionales de 1997, la que no pudo acordarse por consenso, debiendo recurrirse al sistema de votación con significativas críticas de muchos Estados;⁹⁷ y más recientemente, durante las fallidas negociaciones sobre el acuerdo sobre el cambio climático para sustituir al Protocolo de Kioto, en Copenhague (2009) y Cancún (2010). Esta última experiencia, no más trascendente que el agua o los derechos humanos, muestra que la supervivencia humana y las desigualdades de todo tipo -como nunca antes- dependen en su conjunto de debates internacionales, los que exponen los límites de una política incapaz de convertirse norma⁹⁸.

En relación a los consensos sobre el derecho al agua, la votación realizada por la Asamblea General de la ONU el 28 de julio de 2010 demuestra que la alineación internacional no se produce de una manera lineal y homogénea. Es evidente que la situación de los países desarrollados y en desarrollo, y las responsabilidades nacionales e internacionales ulteriores que les incumben en la consecución del derecho al agua, han determinado la actitud asumida por los países más allá -e incluso

⁹⁵ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela, *La regulación internacional del agua dulce*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 62, explica que en el proceso de codificación del derecho fluvial internacional ha sido patente que la distinta situación geográfica y física de los Estados es el mayor de los problemas, generándose la existencia de dos grupos con interés contrapuestos: Estados de aguas arriba y Estados de aguas abajo.

⁹⁶ A pesar de que este último temor se señala como infundado, ya que la afirmación de un derecho humano no tendría ningún efecto sobre la propiedad de los recursos naturales por parte de los Estados, o sobre los tratados internacionales relativos a la distribución del agua. Ver Conseil d'État (France), "L'eau et son droit", *Rapport Public 2010*, vol 2, La documentation française, Paris, 2010, p. 235

⁹⁷ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela, *La regulación internacional del agua dulce*, ob cit, p. 78

⁹⁸ MALJEAN-DUBOIS, Sandrine y WEMAËRE, Matthieu, *La diplomatie climatique. Les enjeux d'un régime international du climat*, Pedone, Paris, 2010.

en contra- de su propio derecho positivo.⁹⁹

En este sentido, son los países en desarrollo los que ya han incluido tal prerrogativa en sus Constituciones (Ecuador, Bolivia, Venezuela y muchos países africanos) o están a punto de profundizar las previsiones que ya presentan (Mexico), e incluso han promovido el reconocimiento internacional del derecho al agua, como ha sido expresado por la Asamblea General de la ONU de 28 de julio de 2010. Aunque paradójicamente, resultan también los que en mayor nivel carecen de los recursos económicos necesarios para asumir la responsabilidad de llevar al plano de la realidad este tipo de derechos y –consecuentemente- los que presentan los más limitados niveles de eficacia con respecto a la satisfacción de tal prerrogativa. Este contraste, en cierto modo producto de actitudes contradictorias y ambiguas, tiene por resultado que tales países no avanzan más allá del plano teórico, mediante la presencia meramente simbólica del derecho al agua en las normas.

Por otro lado, los países desarrollados, con niveles de satisfacción del derecho al agua muy superior a los de América Latina o África, no han procedido en general a una modificación de sus normas para receptar el derecho al agua en el plano interno, y además son más reticentes en cuanto a su reconocimiento expreso. Sin embargo, han mostrado un notable interés en la conceptualización del referido derecho, y en participar en las negociaciones internacionales para la definitiva aceptación del mismo.

El hecho en concreto que estamos tratando de resaltar, es que los países en desarrollo, donde se ubican las personas con escasos niveles de satisfacción en el derecho al agua, son los que promuevan el reconocimiento de dicho derecho, mientras que los países que presentan altos índices de cobertura se abstienen de hacerlo. A pesar de que hay excepciones notables a esa lógica de alineación¹⁰⁰.

⁹⁹ En efecto, la responsabilidad interna ulterior como resultado de tales declaraciones fue el argumento utilizado por los países en desarrollo o países con capacidad económico-financiera limitada para hacer efectivo el derecho al agua. Pero este debate –en nuestra opinión- es falso, hasta cierto punto, ya que el contenido de tal derecho es progresivo y por ello relativo, y estos son los únicos cánones para juzgar la responsabilidad tanto en plano interno e internacional.

¹⁰⁰ Aunque se esperaba que los países en desarrollo fueran ser reacios a aceptar la pesada carga que implica el reconocimiento del derecho al agua, sólo unos pocos de ellos se abstuvieron de votar la aprobación de Resolución de la ONU reconociendo tal derecho: Botswana, Israel, Kazajstán, Kenya, Lesotho, República de Corea, Trinidad y Tobago, República Unida de Tanzania y Zambia. Ver BISWAS, Asit K., "Water as a Human Right in the MENA Region: Challenges and Opportunities", *International Journal of Water Resources Development*, 23:02, 2007, p. 215.

En cualquier caso, la superioridad numérica y cualitativa de votos favorables a la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 28 de julio de 2010 (A/RES/64/292) muestra claramente una realidad innegable: la amplia legitimidad del derecho al agua y al saneamiento como un derecho humano.

En otros foros internacionales, en cambio, es evidente la falta de conexión entre la posición adoptada por los Estados, o las autoridades regionales (UE), que responde a una dimensión puramente política, y la legislación interna observada en cada país con relación a la existencia de un derecho al agua, como ocurre –por ejemplo– en Estados Unidos¹⁰¹ y Canadá¹⁰². Francia¹⁰³, España¹⁰⁴, Alemania y Bélgica¹⁰⁵, hasta cierto punto, son ejemplos de países desarrollados que han mantenido una particular posición de liderazgo en favor del reconocimiento del derecho al agua en los distintos foros internacionales, de acuerdo con la evolución de su ordenamiento jurídico interno, que ha reconocido cada vez más este derecho para sus propios ciudadanos.

Por otra parte, la Unión Europea, aunque no contiene el derecho al agua en sus textos normativos ni apoyó el reconocimiento de este derecho en el 5 ° Foro Mundial del Agua en Estambul (2009), parece estar cambiando su posición tras el importante reconocimiento proclamado en la conmemoración del Día Internacional de

¹⁰¹ De hecho, la abstención de EE.UU. en la votación de las reuniones generales del 28 de julio 2010 no coincide exactamente con el reconocimiento del derecho al agua hecha por los Estados de Illinois, Pennsylvania, Massachusetts y Texas, ni con la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país en *Winters v Estados Unidos*, 207 US 564 (1908) o en *Arizona v California*, 373 US 546 (1963).

¹⁰² En 2008 Quebec reconoció que "... De acuerdo con la ley, es el derecho de toda persona física de tener acceso a agua segura para beber, cocinar y la higiene personal" (artículo 2 del proyecto de ley 92).

¹⁰³ La Ley francesa 2006-1772, de diciembre de 2006, sobre el agua y los medios acuáticos, establece como objetivo el reconocimiento del derecho al agua para todos los habitantes, estableciendo en el marco de la alimentación y la higiene del derecho de las personas a acceder al agua potable en condiciones asequibles para todos.

¹⁰⁴ Varios Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas que conforman el "bloque de constitucionalidad" español se han realizado en un reconocimiento positivo del derecho al agua, con un contenido que va más allá del mero suministro de la población, para incluso alcanzar a las actividades socio-económicas. Ver Estatutos de Autonomía de Aragón, Valencia y Catalunya).

¹⁰⁵ En abril de 2005, el Gobierno Federal de Bélgica adoptó la Resolución del Agua, que reconoce el acceso al agua potable como un derecho humano que debe ser incluido en la Constitución.

Agua, el 22 de marzo de 2010, por el Consejo de Ministros¹⁰⁶. Este cambio se refleja en el voto favorable al reconocimiento de derecho al agua por los principales países europeos como Alemania, Francia y España, entre otros, en la Asamblea General de la ONU de 28 de julio de 2010.

3. La importancia de la Resolución A/RES/64/292: aspectos de legalidad y legitimidad

El sinuoso camino que en los últimos años se ha recorrido en relación al reconocimiento del derecho al agua dentro de los derechos humanos encuentra un hito en la resolución de la Asamblea General que se ha mencionado anteriormente.

Esta Resolución, a pesar de no ser considerada una fuente formal del derecho internacional¹⁰⁷, cuando menos es una norma dispositiva que orienta el actuar de los Estados como instrumento del *soft law*¹⁰⁸, implicando un compromiso de los mismos

¹⁰⁶ Catherine Ashton ha dicho en nombre de la Unión Europea: "La Unión Europea también considera que las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento están estrechamente vinculados a derechos humanos como el derecho a la vivienda, la alimentación y la salud (...) No sólo el acceso al agua potable está vinculado a los derechos humanos, pero lo más importante, es parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y está estrechamente relacionado con la dignidad humana (...) La UE acoge con satisfacción los esfuerzos de algunos países - entre ellos varios Estados miembros de la UE - que para que esta trágica situación mejore, han tomado medidas específicas, incluidas las de carácter legislativo, nacional e internacional, para facilitar el acceso a agua potable y saneamiento ". Extracto del comunicado de prensa 7810/10 (Presse 72), 22 de marzo 2010 (<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/112765.pdf>. [10/9/2010])

¹⁰⁷ De acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del derecho internacional no son más que las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

¹⁰⁸ GONZALEZ CAMPOS, Julio D., SANCHEZ RODRIGUEZ, Luis I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés, *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, Madrid, 1998, p. 90, explica que ciertas normas internacionales no poseen una absoluta obligatoriedad. Este tipo de normas, que suelen denominarse de *soft law*, marcan la pauta de desarrollo o evolución del ordenamiento, y como explica DEL TORO HUERTA, M.I.: "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p.519, describen "fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante pero que poseen al menos cierta relevancia jurídica". Recordemos en este sentido que la expresión *soft law* fue desarrollada inicialmente por DUPUY, R.J., "Droit déclaratoire et droit programmatore: de la costume sauvage á la *soft law*", en *L'élaboration du droit international public, Société française pour le Droit international*, Colloque de Toulouse, 1975, p. 139 (citado por MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, "Soft Law, ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, num.8, 2004, pp.1-40), quien empleaba el

frente a la comunidad internacional. Y en este sentido, es un elemento más para considerar el proceso de formación del derecho vigente, sea mediante la cristalización de pautas consuetudinarias como mediante el reconocimiento de principios generales¹⁰⁹.

Sin embargo, a pesar de que por sí sola tiene un peso jurídico muy limitado, se encuentra impregnada de una importancia política significativa, revelada especialmente tanto por la amplia mayoría obtenida para su aprobación (122 votos) y la inexistencia de votos en contra de la misma, sino también en las significativas 41 abstenciones registradas (los países desarrollados en la mayoría, entre los que figuran el Reino Unido, EE.UU., Japón, Australia y Canadá)¹¹⁰.

Algunos países justificaron su abstención diciendo que el derecho al agua no formaba parte del derecho internacional vigente (Estados Unidos¹¹¹, Australia y Reino

término “para describir enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación judicial”.

¹⁰⁹ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela, *La regulación internacional del agua dulce*, ob cit, p. 110, explica que en ocasiones las resoluciones en el ámbito de la AG de Naciones Unidas dan pautas del proceso de cristalización del derecho consuetudinario, lo que extendemos el reconocimiento de principios generales del derecho por la comunidad internacional.

¹¹⁰ Abstenciones: Armenia, Australia, Austria, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Bulgaria, Canadá, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Etiopía, Grecia, Guyana, Islandia, Irlanda, Israel, Japón, Kazajstán, Kenya, Lesotho, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Nueva Zelanda, Polonia, República de Corea, República de Moldova, Rumania, Eslovaquia, Suecia, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania, Reino Unido, República Unida de Tanzania, Estados Unidos, Zambia

¹¹¹ John F. Sammis, Representante Adjunto del Consejo Económico y Social (ECOSOC) por Estados Unidos, en la Resolución A/64/L.63/Rev.1, sobre el Derecho Humano al Agua, explicó su voto de la siguiente manera: "Señor Presidente, los Estados Unidos está profundamente comprometido con la búsqueda de soluciones a los problemas de agua de nuestro mundo. Apoyamos el objetivo del acceso universal al agua potable. La problemática del agua y saneamiento serán un foco importante en la Cumbre de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de septiembre de este año. Los Estados Unidos están comprometidos a trabajar con nuestros socios en el desarrollo para avanzar sobre el progreso que ya han hecho en estas áreas como parte de sus estrategias nacionales de desarrollo. El agua es esencial para la vida en la tierra. En consecuencia, los suministros de agua seguros y accesibles aún más, la realización de ciertos derechos humanos, y esas son las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento. Los Estados Unidos apoyan el trabajo de Experto Independiente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento. De hecho, ha co-patrocinado la resolución sobre Derechos Humanos y el Acceso al Agua Potable y Saneamiento en septiembre pasado en el Consejo de Derechos Humanos en Ginebra. Esperamos con interés recibir el próximo informe del

Unido). Otros argumentaron que el texto de la resolución no estaba maduro (Turquía, Nueva Zelanda, Japón). Varios países revelaron que el texto no había sido consensuado y por lo tanto no resultaba vinculante (Canadá, Japón, Francia y Rusia). Curiosamente, algunos países votaron a favor asumiendo que la resolución no tenía la intención de crear nuevos derechos o sub categorías diferentes de los derechos protegidos por las convenciones existentes de derechos humanos (Botswana, Brasil, Colombia, Egipto, España, Hungría).

Más allá de la explicación formal dada para las abstenciones, la posible razón de peso para este resultado probablemente no reside en el primer punto de la resolución (que “reconoce expresamente el derecho al agua reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”), el que refleja una realidad que es difícil, si no imposible, contradecir en el estadio actual de evolución jurídica que hemos descrito supra. En cambio, tal explicación posiblemente se puede encontrar en el segundo punto del resolutivo, donde la responsabilidad financiera internacional de los países desarrollados se ha comprometido firmemente cuando el documento “exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen

experto independiente. También esperamos con interés a un enfoque más inclusivo, considerado, y deliberativo a estas cuestiones vitales de lo que hemos experimentado en Ginebra, lamentablemente, en esta resolución, en Nueva York. Y he agregado a la preparación de mis comentarios que estas preocupaciones no son aliviadas por el hecho de que esta misma mañana, hemos visto una enmienda que hecha por el suelo lo que el principal patrocinador ha visto como el punto esencial de la resolución. De nuevo, esto es una imposición a todos nosotros. No hemos tenido tiempo suficiente para considerar realmente las implicaciones de esto, y creo que habría sido mucho mejor, dadas las circunstancias, no poner la presente resolución a considerar en la labor de hoy. Los Estados Unidos tenía la esperanza de negociar y en última instancia, unirse a un consenso sobre este texto, sobre un texto, que sería en defensa y apoyo del proceso internacional en curso en el Consejo de Derechos Humanos. En su lugar, tenemos aquí una resolución que está muy lejos de gozar del apoyo unánime de los Estados miembros e incluso puede poner en peligro la labor en curso en Ginebra. Esta resolución describe un derecho al agua y el saneamiento de una manera que no refleja el derecho internacional vigente, en cuanto no hay un " derecho al agua y al saneamiento ", en un sentido jurídico internacional, como se describe en la presente resolución. Estados Unidos lamenta que esta resolución nos distrae de los serios esfuerzos internacionales en curso para promover una mayor coordinación y cooperación en materia de agua y saneamiento. Esta resolución intenta tomar un atajo en todo el trabajo serio de formular, articular y defender los derechos universales. No se elaboró de manera transparente, inclusiva y las consecuencias jurídicas de declarar un derecho al agua aún no han sido cuidadosa y plenamente consideradas en este cuerpo o en Ginebra. Por estas razones, los Estados Unidos ha pedido una votación y se abstendrá en la presente resolución " (Nueva York, 28 de julio de 2010).

recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento”.

De hecho, esto podría ser visto por muchos países en desarrollo signatarios como una manera de fortalecer sus posiciones jurídicas en orden a exigir una combinación de asistencia (mediante la creación de una responsabilidad universal para el derecho al agua) y compensación (para los impactos potenciales del cambio climático en el agua recursos)¹¹².

Este pronunciamiento revela y confirma que el desafío conceptual no se plantea ni en el reconocimiento positivo ni en la proclama política internacional del derecho al agua, vacía y desconectada del resto de la normatividad y de la realidad. De hecho, el reto se sitúa en su ejecución efectiva de acuerdo con una determinación relativa, progresiva y armoniosa de su contenido y límites en relación con una concreta legislación y regulación del agua, los códigos territoriales y los servicios públicos de cada país, un proceso en el que se está lenta pero continuamente avanzando¹¹³.

En ese sentido, podemos plantear algunas preguntas. Teniendo en cuenta el avance de los derechos humanos en el orden jurídico internacional, ¿es pertinente seguir cuestionando la naturaleza jurídica del derecho al agua y saneamiento? ¿Pueden existir diferentes respuestas a nivel regional y nacional? ¿Hay que tener en cuenta la disponibilidad de recursos económicos como condición para el reconocimiento de un derecho como derecho al agua? ¿La posibilidad o imposibilidad de la efectividad de un derecho humano es un criterio válido para justificar la necesidad de su reconocimiento? ¿La consagración legal expresa y específica de este derecho contribuirá a una mayor satisfacción, como el discurso dominante en su favor argumenta? ¿La responsabilidad de los Estados será gravemente comprometida por el reconocimiento del derecho, como sus detractores advierten? ¿Es equiparable la situación en los Estados desarrollados y en los en vías de desarrollo o subdesarrollados? ¿Puede el derecho al agua y su implementación ser ubicado en el mismo nivel en los países que sostienen niveles de cumplimiento cercanos al 100% de

¹¹² GUPTA, Joyeeta, AHLERS, Rhodante y AHMED, Lawal, “The human right to water: Moving towards consensus in a fragmented world”, ob cit., p. 297

¹¹³ WHO/UNICEF, *Joint Monitoring Programme for Water Supply and Sanitation, Progress on water and sanitation*, 2010. Disponible en <http://www.wssinfo.org>.

su población? ¿El problema el agua y del saneamiento pertenece sólo a los Estados pobres? Si esto no es así, ¿hay algún sentido en la búsqueda de un marco y un enfoque común? ¿Dónde están las diferencias? ¿Algunos Estados tienen obligaciones hacia los demás? ¿Las diferencias entre el constitucionalismo latinoamericano y europeo, y de los respectivos sistemas regionales de derechos humanos, llevan a una conclusión diferente con respecto a la interpretación e inserción del derecho al agua en el sistema legal?

Así, surgen dos aspectos muy importantes que deben articularse adecuadamente con el fin de investigar horizontes más amplios en relación con el discurso jurídico internacional sobre el derecho al agua: razones legales y políticas, aunque un tanto dispares, se unen y se relacionan de tal manera que uno de estos tópicos no se puede explicar sin el otro.

Es que, finalmente, no puede desconocerse que el análisis del tema en análisis corresponde tanto a la política -dado que su fuerza proporciona la legitimidad- como al derecho -que delimita lo que es la legalidad-, marcos conceptuales desde los que debe llevarse a cabo una aproximación crítica al derecho al agua, pero con un fuerte anclaje en la realidad en que se desenvuelve la ley, que permiten una mayor efectividad de estos derechos.

V. LOS DEBATES PENDIENTES SOBRE EL DERECHO AL AGUA

Aunque resulta claro que existe un significativo consenso mundial para consagrar el derecho al agua, sea mediante acuerdos internacionales, su integración dentro de la costumbre internacional o como un principio general del derecho¹¹⁴, también es claro que el ámbito de la gobernabilidad del agua en este tema está fragmentado y atravesado por discursos y enfoques contradictorios que compiten entre sí.¹¹⁵ En ese contexto, al menos cuatro consideraciones críticas se deben hacer al

¹¹⁴ BATES, Rebecca, "The Road to the Well: An Evaluation of the Customary Right to Water", *Review of European Community and International Environmental Law*, 19:3, 2010, p. 282.

¹¹⁵ Algunos autores sostienen que esto se debe a que: (i) la gobernabilidad del agua se extiende a través de 28 agencias de la ONU con diferentes políticas y enfoques, (ii) el ángulo de los derechos humanos de la Asamblea General de la ONU no coincide con el enfoque que se está desarrollando en otros foros (UN HRC), (iii) otros actores como organismos financieros internacionales, la industria y los organismos de ayuda al desarrollo promueve la noción del agua como un bien económico y la necesidad de la recuperación total de los costos y (iv) los injustos laudos arbitrales vinculados a empresas prestadoras del servicio de agua.

proceso de reconocimiento progresivo del derecho al agua.

La primera de ellas, bastante paradójica en este contexto, es el fracaso de la legislación sobre derechos humanos para influir hasta el momento en la construcción de un nuevo derecho internacional que, centrado en la protección de las empresas y las inversiones, le confiere un carácter feudal al sistema jurídico mundial.¹¹⁶

Como ejemplo de las tensiones que genera este carácter feudal, se observan los conflictos generados en torno a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), o los laudos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), vinculados a los servicios públicos de agua y saneamiento en América Latina. Los mismos, incluso si no lo desconocen, constituyen o representan un obstáculo para el reconocimiento de derecho al agua, en cuanto sistemáticamente lo ignoran¹¹⁷. De todos modos, pueden convertirse en un verdadero obstáculo para la eficacia¹¹⁸, llevando directa o indirectamente al Estados al incumplimiento de las obligaciones asumidas en los acuerdos internacionales de derechos humanos. Esto puede ocurrir tanto directamente, a través de situaciones de congelamiento regulatorio¹¹⁹, o indirectamente ante la imposibilidad de concretarse las inversiones apropiadas para realizar el derecho -sea debido a la magnitud de tales inversiones o -a veces- los exorbitantes costos que generan las indemnizaciones impuesta en esos marcos de garantía del comercio y la inversión¹²⁰.

De esta manera, el derecho internacional, configurado tanto desde el

GUPTA, Joyeeta, AHLERS, Rhodante y AHMED, Lawal, "The human right to water: Moving towards consensus in a fragmented world", ob cit., p.298.

¹¹⁶ Ver en este sentido, KRIEBAUM, Ursula, "Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights", en REINISCH, August y KRIEBAUM (eds), *The law of international relations — liber amicorum Hanspeter Neuhold*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2007.

¹¹⁷ MARRELLA, Fabrizio, "On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration", *International Community Law Review*, 2010, 12:3, p. 335.

¹¹⁸ Ver los casos de Argentina y Bolivia en THIELBORGER, Pierre, "The human rights to water vs investor rights: double-dilemma or pseudoconflict?", en DUPUY, Pierre-Marie, PETERSMANN, Ernst-Ulrich y FRANCONI, Francesco (eds.), *Human Rights in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

¹¹⁹ Los Estados, debido al temor a la condena o como consecuencia de determinadas decisiones, omiten adoptar medidas legislativas, administrativas o judiciales tendientes al reconocimiento del derecho al agua o su realización.

¹²⁰ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista, *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*, CEPAL, Santiago, 2011, p. 33-36.

subsistema de los derechos humanos y el subsistema de protección a las inversiones, envía en ocasiones señales contradictorias a los Estados que presentan fuertes déficits en el cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y han asumido compromisos en la materia, como ocurre en muchos países de América Latina, poniéndolos en una situación disyuntiva en términos de responsabilidad¹²¹; generando así un atentado no sólo en contra de cualquier derecho al agua, sino también en contra de la unidad y la coherencia de cualquier orden que finja una apariencia legal.¹²²

En segundo lugar, observamos que -hasta ahora- en el discurso existente el Estado ha sido el principal (si no el único) responsable de la satisfacción y violación de los derechos sociales y humanos, tanto en el marco jurídico y la jurisprudencia nacional y regional.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) -con mayores atribuciones que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- no ha dudado en condenar insistente y repetidamente a los Estados, llegando al extremo de la consagración de principios de trascendencia significativa para el derecho al agua, como los de progresividad y no regresividad de los DESC¹²³.

Sin embargo, entendemos que actualmente resulta claro que el Estado no es el único responsable de la violación de los derechos como el que nos ocupa. Ciertas entidades privadas aparecen junto a él, e incluso por encima del mismo -si uno calcula el poder real que presentan-, y las empresas transnacionales (ETN) figuran entre ellas. De hecho, las empresas transnacionales pueden afectar el derecho al agua en una forma directa, impidiendo el acceso de la población local a los recursos hídricos a través de su rol de proveedores de agua potable y servicios de saneamiento, o indirectamente cuando las actividades que llevan a cabo obstruyen su práctica, por

¹²¹ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista, *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*, ob cit, p. 30

¹²² Ver International Law Commission, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*, United Nations, 2006 (A/CN.4/L.702).

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, in re Acevedo Buendía y Otros vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009 -Serie C No. 198. Ver también BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights, Case-Law and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

ejemplo, causando contaminación¹²⁴. Y esto a tal punto, que el logro de las responsabilidades -incluyendo las civiles y penales- vinculadas a las empresas transnacionales por el respeto y las violaciones de los derechos humanos ha llegado a ser identificado como uno de los principales retos en el actual orden jurídico internacional.¹²⁵

En tercer lugar, muchos autores coinciden en que el principal problema no es el reconocimiento, sino más bien la aplicación del derecho al agua. Muchos estudios se detienen en ese primer momento, porque abordar el plano de la efectividad requiere ir más allá, y tratar cuestiones más profundas y algunas preguntas incómodas.

Está claro que el agua y el saneamiento son derechos sociales en una muy larga lista de derechos no cumplidos (el PIDESC data de 1966, y el Protocolo de San Salvador de 1988). Por lo tanto, la peculiaridad del contexto latinoamericano –y en general del mundo subdesarrollado- es que esta falta de eficacia, tanto en los derechos sociales y humanos, se puede considerar como estructural, y no como algo temporal, tal como se concibe en el discurso de los países desarrollados.

Demasiado se ha hablado sobre el fracaso de las empresas estatales y privadas como proveedores de servicios de abastecimiento de agua y saneamiento en América Latina. Sin embargo, similares problemas no han impedido la aplicación y cumplimiento de estos derechos en los países desarrollados. Sólo una conclusión puede extraerse de ello: el problema principal no radica en el modelo elegido, que se presenta siempre como un instrumento temporal y contingente¹²⁶, sino en las desigualdades internas y externas del sistema, sin duda un aspecto más profundo y

¹²⁴ El caso paradigmático es *Chevron Corporation v. The Republic of Ecuador*, PCA, case no 2009-23, Order for interim measures, 9.2.2011; US Court of Appeals for the 2nd Circuit, Decision 16.08.2002, Docket No. 01-7756 (L); 01-7758 (C); *Chevron v. S. Donziger et alia*, US District Court Southern District of NY, Order, 8.2.2011, Opinion, 7.3.2011.

¹²⁵ Ver CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006; DELMAS-MARTY, Mireille, *La refondation des pouvoirs*, Le Seuil, Paris, 2007; RUGGIE, John, *Guiding principles for the implementation of the UN Framework: Protect, Respect and Remedy*, cf. CNCDH, *Avis sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme*, 24 avr. 2008; *Avis en réponse à la consultation de John Ruggie*, 20 janv. 2011; BOURDON, William y QUEINNEC, Yann, *Réguler les entreprises transnationales, 46 propositions*, en *Cahiers de propositions du Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale* (FNGM, 2010), www.world-governance.org.

¹²⁶ PINTO, Mauricio, TORCHIA, Noelia y MARTIN, Liber, *El Derecho Humano al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, ob cit, p. 105. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG nº 3, párr. 8.

complejo. En este sentido, las postulaciones de algunos autores¹²⁷ en cuanto a que las ONG o movimientos sociales pueden revertir esta tendencia, en América Latina podrían llevarnos a una nueva decepción.

Entonces, las principales causas que dificultan la implementación del derecho al agua en América Latina no se refieren exclusivamente a la falta de su reconocimiento normativo, o a un problema de la eficacia jurídica, o a un orden jurídico mundial de tipo feudal y contradictorio; ni siquiera a cierto modelo de prestación de servicios de agua o a la falta de los recursos hídricos; sino -y fundamentalmente- a los problemas político-económicos del desarrollo y la distribución desigual de recursos, tanto a nivel internacional y local.

Por último, hay que tener en cuenta que la creciente legitimidad de los derechos humanos a nivel global podría contextualizar los cambios que se producen, tanto en el derecho constitucional como en su consideración social.¹²⁸ La consagración de nuevos derechos, al menos los Estados occidentales, es una constante, aunque no con igual resultado en cuanto a su efectividad.

En este sentido, Costas Douzinas se refiere a la situación actual de los derechos humanos como estructuralmente paradójica, en el sentido de que su legitimidad está ampliamente expandida junto con las listas sucesivas y extensas de los derechos. Sin embargo, el creciente ritmo de violaciones es igualmente espectacular. Según este autor, esta situación se relaciona con la dependencia de las declaraciones contemporáneas de derechos humanos al desarrollo y la concentración del poder político y económico mundial. Así, el discurso teórico-práctico de la teoría de los derechos humanos podría haber sido aislado de aquellos a los que estaba destinado y apropiado por los especialistas¹²⁹.

En este sentido, podemos afirmar que se ha operado una enorme inflación de los derechos, en cierta medida alejados en su aplicación de los contextos políticos, económicos, sociales y/o culturales. Esto sólo es una advertencia acerca de la

¹²⁷ GUPTA, Joyeeta, AHLERS, Rhodante y AHMED, Lawal, "The human right to water: Moving towards consensus in a fragmented world", ob cit., p. 303.

¹²⁸ Por ejemplo, Argentina incorporó en su Constitución el texto completo de trece tratados internacionales sobre los derechos humanos (artículo 75 párr. 22, CN), lo que produjo una verdadera revolución dentro de la estructura y jerarquía de estas fuentes, lo que ha sido reconocido y ratificado por la Corte Suprema de Justicia y una gran parte de los autores.

¹²⁹ DOUZINAS, Costas, *The End of human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 1-27

necesidad de incorporar, en el análisis y perspectivas relacionadas con los derechos humanos, determinadas variables que comprometen la determinación de aspectos que exceden lo propiamente jurídico.¹³⁰

Además, en esta masiva y descontextualizada inflación de los derechos humanos se ha puesto en evidencia una contradicción estructural: debido al entrelazado legal en la materia, cualquiera puede considerarse un sujeto de derechos humanos, y luego un sujeto activo que puede exigir la garantía conferida por las declaraciones de derechos. Por lo general, el "tipo ideal" de sujeto protegido es el desposeído, incluyéndolo "de jure" en la protección de los derechos humanos. Sin embargo, el inmigrante ilegal, con sólo su humanidad sobre sus hombros, es excluido sistemáticamente de la condición jurídica y la protección internacional que corresponde a tal prerrogativa, habida cuenta de la dependencia entre los derechos humanos y la calidad de ciudadanos¹³¹.

VI. CONCLUSIONES

Es nuestra opinión que el derecho humano al agua —es decir, ese derecho natural que corresponde a toda persona, inherente a su personidad, de acceder al agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible— ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico desde antiguo, aunque con distintos matices a los que presenta actualmente.

Las leyes decimonónicas contemplaban —en el uso común del agua y en el

¹³⁰ Una opción teórica podría ser la de considerar el derecho como una práctica social discursiva, en el sentido de que esta constituye la condensación de las relaciones y los conflictos económicos, políticos y sociales en una sociedad determinada. Y es por eso que cada consideración normativa debe implicar necesariamente la consideración de otros aspectos constitutivos. LEGENDRE, Pierre et al, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1987; VERON, Eliseo, *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*, Gedisa, Barcelona, 1987; MARI, Enrique E. y CARCOVA, Carlos M., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; entre otros.

¹³¹ ZIZEK, Slavoj, *La suspensión política de la ética*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005, p. 195, refiere en este sentido que "... La paradoja es que se nos priva de los derechos humanos, precisamente cuando estamos en nuestra realidad social, reducido a un ser humano "en general", sin ciudadanía, profesión, etc, es decir, precisamente cuando nos volvemos en los que idealmente son merecedores de los "derechos humanos universales" (que poseemos "independientemente" de nuestra profesión, sexo, nacionalidad, religión, identidad étnica, etcétera)".

abastecimiento poblacional— el derecho de toda persona a satisfacer sus necesidades básicas, incluso sobre aguas objeto de derechos particulares —por concesión o propiedad—. El sistema jurídico de esa época, de corte liberal, resguardó la cláusula "sin perjuicio de terceros" y estableció la necesidad de que el uso común no causara perjuicio sensible a los demás usuarios, y por ello cuando la extracción era de importancia, debía basarse en una concesión de uso especial en abastecimiento poblacional a través de la cual se satisfacían las mismas necesidades que fundaban el uso común.

Con el advenimiento del urbanismo, los incipientes regímenes de servicio público —que desde el comienzo atendieron los clásicos principios de continuidad, generalidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad— buscaron garantizar como prestación estatal el acceso al agua de manera masiva, generándose un sistema tutelar de usuarios que ha evolucionado en el tiempo. El movimiento de los derechos humanos supo ver en el acceso al agua y en el servicio público prerrogativas inherentes a la personificación de los hombres, y por ello tutelables en los nuevos regímenes que desarrolló.

Si bien en un principio se identificaba al uso común con el derecho natural al agua, en el desarrollo dogmático actual la distinción entre usos comunes y especiales que clásicamente se realiza, de permanente valor y utilidad para la gestión hídrica, quizás no sea adecuada para demarcar la configuración precisa del acceso al agua como derecho fundamental de las personas. Actualmente, la satisfacción de los derechos humanos —además del uso común— puede exigir garantizar en ciertas ocasiones el uso especial del agua, e incluso planificar la totalidad de tales usos en un marco de desarrollo humano y bienestar general. De esto, se puede determinar que el derecho al agua se pueden estudiar metódicamente como una categoría conceptual autónoma, sin dejar de lado su carácter simultáneo de servicio público y la interdependencia que presenta con otros derechos humanos, como el derecho a la alimentación, a la salud, a una calidad de vida o vivienda digna o a un medio ambiente adecuado.

Sin embargo, el más reciente reconocimiento del derecho al agua en el ámbito internacional lo ha vinculado, exclusivamente, al acceso al agua potable y al saneamiento, tal como surge de manera explícita de la Resolución de la Asamblea General de Naciones del 28 de julio de 2010.

El contexto en que se genera esta declaración es por demás llamativo,

no sólo por los diversos antecedentes previos en los que la misma fue inalcanzable. Sino además porque el reconocimiento jurídico de tal derecho en muchos países de América Latina parece ser más amplio que en el resto de las regiones, habiendo recibido una significativa recepción en las legislaciones nacionales, lo que junto a las características del Sistema Interamericano de Derechos Humanos permite vislumbrar en la jurisprudencia internacional una particular protección de este derecho¹³².

Su reconocimiento consolidado en América Latina no es consistente, sin embargo, con los muy bajos niveles de eficacia en la realización del derecho. Su consideración legal como un derecho humano puede contribuir a su generalización, pero, al menos en los países emergentes o en desarrollo, una mayor recepción jurídica o un mejor acceso a la justicia no será la pieza clave de su eficacia generalizada. Por el contrario, la solución clave se encuentra en la implementación de políticas públicas y en la asignación específica, eficiente, sistemática y controlada de los recursos económicos suficientes para su satisfacción.

Las principales causas que dificultan la implementación del derecho al agua en América Latina no se refieren exclusivamente a la falta de reconocimiento normativo, a un problema de la eficacia jurídica, a un orden jurídico mundial feudal y contradictorio, ni siquiera a una falta de recursos hídricos, sino fundamentalmente a los problemas político-económicos del desarrollo y a la desigual distribución de recursos, tanto a nivel internacional y local.

El reconocimiento del derecho al agua por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su Resolución de 28 de julio de 2010, a pesar de su limitado alcance jurídico, es sumamente significativo, concluyendo los estériles debates de los últimos años. Impregnada de una notable importancia política en términos de legitimidad, debe llevar sin embargo a la reflexión el significado de las 41 abstenciones (en su mayoría países desarrollados) que la votación de tal resolutive presentó.

Los argumentos formulados por estos países para impedir (o abstenerse de) el reconocimiento del derecho al agua en el ámbito de la Asamblea de UN estuvieron relacionados con la falta de consenso, la inflación de los derechos, la demanda ilimitada de los recursos hídricos, la imposibilidad de su satisfacción, etc. Los mismos,

¹³² Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso N° 12.010 “Comunidades Mapuche Paynemil y Kaxipayiñ” de Neuquén, Argentina. Ver también HENNEBEL, Ludovic y TIGROUDJA, Hélène (dir), *Le particularisme interaméricain des droit de l’homme*, Pedone, 2009, Paris.

en nuestra opinión, son a veces inexactos, falaces e ilegítimos, desde que en algunos casos hasta llegan a contradecir los propios marcos legales vigentes de los países.

Pero además, muy a menudo, tales argumentos no son consistentes con los verdaderos motivos que llevan a la alineación de aquellos países que resisten el reconocimiento de tal derecho, los que en realidad refieren a la responsabilidad interna o internacional de los Estados tras la consecución del derecho.

En el plano interno, esta responsabilidad -que no ha sido suficientemente valorada- ha generado temor a una reclamación masiva por un derecho cuyo contenido, en realidad, se ha demostrado limitado, relativo, variable y de satisfacción progresiva en función de las circunstancias específicas (como ocurre a menudo con los derechos humanos de naturaleza económica, social o cultural). También es necesario mencionar el hecho de que su reconocimiento por parte de muchos países no ha provocado ninguno de las tragedias anunciadas por algunos de los actores interesados.

En el plano internacional, por el contrario, el temor hace referencia a un compromiso potencial vinculado a la necesidad de compartir los recursos hídricos y comprometer aportes financieros que permitan la consecución universal del derecho al agua en los países en desarrollo¹³³, tal como se indica en la declaración de la Asamblea General de la ONU de julio de 2010.

¹³³ Esto a pesar de que la ayuda oficial al desarrollo (Official Development Assistance) destinada a prestar servicios de agua y saneamiento ha crecido a nivel mundial desde 2001, después de una caída temporal en la segunda mitad de los años 90. En el período comprendido entre 2006 y 2007 (OCDE, 2008) los compromisos anuales de ayuda bilateral de los miembros del Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE han aumentado en 4.700 millones de dólares, el doble de la cantidad, en términos reales, del dato para el período 2002-2003. Si se toma en consideración la ayuda que fluye procedente de los organismos multilaterales, el total asciende a 6.200 millones de USD. En el periodo 2002-2007, la ayuda bilateral creció a una tasa media anual del 19 %, mientras que la ayuda multilateral ha crecido un 11 %. Fuente: IMDEA , Madrid, 2010, <http://www.agua.imdea.org>. A pesar de ello el Consejo de Estado francés advierte seriamente acerca de la falta de cumplimiento de los compromisos , los cambios prioritarios y la erosión de la cooperación al desarrollo en el agua después de la crisis de 2008. Ver Conseil d'État (France), "L'eau et son droit", *ob cit*, p. 237-241. Ver además, SCHEUMANN, Waltina, NEUBERT, Susanne y KIPPING, Martín (eds), *Water Politics and Development Cooperation: Local Power Plays and Global Governance*, Springer, 2008.