

*Eduardo Mitre Guerra\**

## La protección del derecho al agua en el derecho constitucional comparado y su introducción en los criterios de tribunales internacionales de derechos humanos <sup>1</sup>

*The protection of the right to water in the comparative constitutional law and its introduction in the criteria of international tribunals on human rights*

Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2012  
Fecha de aprobación: 12 de febrero de 2013

### RESUMEN

Este trabajo examina la protección constitucional del derecho al agua en Sudáfrica, India, Argentina y Colombia; se observan las líneas trazadas por sus tribunales y las vías de tutela que confirman su operatividad. Así también, se abordan las sentencias que han dado inicio a la comprensión del acceso al agua en la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

### ABSTRACT

This paper examines the constitutional protection of the right to water in South Africa, India, Argentina and Colombia; there are the lines drawn by its courts and tracks of guardianship that confirm its effectiveness. Also, addresses the judgments that have launched the understanding water access in the international human rights jurisprudence.

231

\* Doctor en Derecho (programa de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) y Máster en Derecho de Aguas por la Universidad de Zaragoza. Actualmente, se desempeña como Asistente de Magistrado en la Sala 3ª de la Corte Suprema de Justicia de Panamá y es Investigador Asociado en el Centro del Agua del Trópico Húmedo para América Latina y el Caribe (CATHALAC). Correo Electrónico: emitreguerra@gmail.com.

<sup>1</sup> Este trabajo, en parte, pertenece a la investigación galardonada con el X Premio Académico Luis Portero de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada, patrocinado por el Ayuntamiento de Granada. Agradezco, por tanto, a los profesores de la Universidad de Zaragoza que apoyaron su elaboración, y a los miembros del tribunal que falló el premio por sus valiosas observaciones.

**Palabras clave:** derecho al agua, protección constitucional, derechos humanos y derecho internacional.

**Keywords:** right to water, constitutional protection, human rights and international law.

## INTRODUCCIÓN

Las crisis de agua, los fenómenos de escasez y de cambio climático y los agitados problemas de acceso y distribución que recurrentemente se aprecian (PNUD: 2006), con mayor o menor intensidad en determinados países, han obligado que la ciencia jurídica intervenga en un terreno hasta hace poco vedado a ésta. La complejidad de la cuestión ha determinado que el derecho sea parte en la búsqueda de soluciones, sobre todo con la intención de reorientar y controlar la relación del ser humano y su desarrollo con respecto al aprovechamiento de los recursos hídricos. En ese sentido, se propugna con razón, la necesidad de que los países adopten políticas y legislaciones de aguas que se correspondan con las exigencias medioambientales actuales, así como se impulsa como valor supremo el reconocimiento de un derecho humano que sirva de referente para la universalización del acceso al agua y la protección ambiental de los recursos hídricos.

Es así como el *derecho al agua* se presenta como uno de los temas jurídicos más relevantes y controversiales en la actualidad, ya que, por un lado, aparece en medio de una nueva generación de derechos que buscan responder a las necesidades del individuo moderno frente a las amenazas de este tiempo (Rodríguez Palop: 2002), pero que al mismo tiempo requieren para su concreción, pasar de la mera proclamación a su ejecutabilidad. Es decir, constituirse en verdaderos derechos; lo que para el caso de derecho al agua, debe valer para acometer la tarea de optimizar pretensiones jurídicas a través de políticas públicas (Bourquain: 2008) y proteger bajo principios de calidad, equidad y sostenibilidad, figuras asociadas con el abastecimiento de poblaciones y el servicio de suministro de agua y saneamiento (Embid Irujo: 2006, Pinto: 2008), esto es, garantizar el acceso al agua potable.

Ahora bien, como advertimos, si bien es cierto, la constatación normativa del derecho al agua es hoy más que nunca una realidad, su reconocimiento no pasaría de ser una declaración semántica de no verificarse su auténtica protección judicial. En otras palabras, de no ser exigible se trataría de un *derecho de papel* (Guastini: 1999), cuyas nobles intenciones se quedarían en sólo eso.

Así, el propósito principal de este trabajo es examinar el grado de protección constitucional que posee el derecho al agua y sustentar su efectiva exigibilidad

(Mitre Guerra: 2012). Para este fin, nos apoyaremos en el derecho comparado y en el derecho internacional. De ahí que estudiamos, por un lado, la experiencia que se confirma en países como Sudáfrica, la India, Argentina y Colombia; los cuales de forma diferenciada pero mediante una progresiva y decidida actividad tienden a amparar esta importante pretensión jurídico-social con arreglo a la interacción de los derechos constitucionales y los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y su ponderación racional (Alexy: 2007). Y por el otro, estudiamos las decisiones que han sido adoptadas en ciertos tribunales internacionales de derechos humanos, en cuyo seno se aborda la cuestión del *acceso al agua*. En otras palabras, este trabajo tiene por objeto presentar las principales líneas que en la actualidad delimitan el contenido y alcance del derecho al agua y permiten su defensa judicial.

## 1. CONFIGURACIÓN NORMATIVA

El Derecho al agua ha quedado consignado como tal en la Observación No. 15 de 2002 (OG. 15) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC)<sup>2</sup> y su confirmación en el marco del Derecho internacional ha resultado de la Resolución 64/292 de 28 de julio de 2010 de la Asamblea General de Naciones Unidas, ratificada por la Resolución 15/9 de 2010 del Consejo de Derechos Humanos, por medio de la cual se declaró que el derecho al agua potable y el saneamiento constituye un derecho humano esencial para el disfrute de la vida y de todos los derechos humanos<sup>3</sup>. La OG 15 de 2002 ha definido bajo esta rúbrica que el acceso al agua constituye “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Es decir, que comporta un derecho de prestación y como tal “tiene un rol importante en la configuración de un servicio público que asistirá a determinadas categorías sociales o en distinto tipo circunstancias (para determinados usos y en determinados lugares, etc.), mediante la contemplación de precios reducidos en el ámbito de los abastecimientos urbanos (Embid Irujo: 2006, 53)”<sup>4</sup>.

De acuerdo a su finalidad, se salvaguarda el agua de consumo humano, prioritariamente; pero también otros usos asociados a la satisfacción de necesidades básicas (higiene personal y ambiental, alimentación y agricultura de subsistencia). En tanto que, para los efectos de su operatividad, esta

<sup>2</sup> OG. 15 de 2002, “Derecho al Agua. Doc. E/C.12/2002/11. Adoptada por el Comité de DESC interpretando el artículo 11 y 12 del PIDESC, en el 21º periodo de sesiones.

<sup>3</sup> Declaración que ha sido, recientemente, introducida a nivel regional interamericano por medio de la Resolución AG/RES. 2760 (XLII-O/12) de 5 de junio de 2012 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

<sup>4</sup> Entre la doctrina del Derecho al agua, vid. Embid Irujo: 2007; Pinto: et al, 2008; García Morales: 2008; Menéndez Rexach: 2010; y Mitre Guerra: 2012.

proclamación presupone obligaciones de carácter positivo y negativo que procuran entablar un nexo de conducta y resultado<sup>5</sup>, es decir, la garantía de la prestación del servicio de suministro de agua y la protección ambiental de los recursos hidráulicos de acuerdo a criterios de calidad, equidad y sostenibilidad.

En esa línea, la OG 15 impone tres tipos de obligaciones específicas a los poderes públicos del Estado que suponen deberes de acción y deberes de omisión. Estas son: la obligación de respetar, que implica un deber de omisión consistente en la garantía de que el Estado no vulnerará el derecho; la obligación de —proteger—, que involucra un deber de acción —protección— de que el derecho al agua no será lesionado por un tercero o un agente externo al Estado; y la obligación de —cumplir—, que presupone también un deber de acción y una garantía de naturaleza positiva.

## 2. EL DERECHO AL AGUA Y SU PROTECCIÓN JUDICIAL

Si bien se podría inferir que, dada su caracterización, el derecho al agua es de aquellos de dudosa reclamación; lo cierto es que el argumento que insiste en la operatividad de los derechos fundamentales de acuerdo al grado de subjetividad, ha empezado a ser rebatido con mucha fuerza más allá del plano teórico, en la práctica judicial y sobre todo a partir de la incorporación de ciertos criterios de interpretación que han flexibilizado la garantía de los derechos fundamentales.

Es así que, en el derecho constitucional comparado y en el derecho internacional existe una progresiva tendencia de aceptación de la noción de garantía como un todo, es decir, la garantía integracionista de los valores, principios y derechos constitucionales. Como se sabe, bajo el concepto de “garantía” se refiere a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad del derecho (Ferrajoli: 1995). Se trata de instrumentos para que el derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable y exigible. Por tanto, de acuerdo a la tesis que defiende la no discriminación de los derechos fundamentales, se intenta absolver la protección de derechos hasta ahora débiles, mediante técnicas de protección cruzada que involucran toda una diversidad de variantes (Martín-Retortillo: 2005, 11-34): como la *interconexión de fuentes del derecho* (Martín-Retortillo: 2006, 128), la *interacción de derechos*, mediante la asunción de *vías de interpretación menos formalistas* (principio de protección efectiva) (García Roca: 2005, 55 y ss), y

<sup>5</sup> Comité de DESC, OG 3 de 1990, “La índole de las Obligaciones de los Estados Partes (art. 2.1 del Pacto)”, Doc. E/1991/23 (1990).

más recientemente, a través del *control convencional de los derechos humanos* a nivel interamericano (Hitters: 2009, 109-128)<sup>6</sup>.

Como no puede ser de otra forma, este proceso de interacción o de convergencia, se ha beneficiado en gran medida de la recepción formal y material del derecho internacional en los sistemas nacionales y en consecuencia de la incorporación de los estándares internacionales en el razonamiento judicial nacional relativo a derechos fundamentales. De ahí, que la misma concepción del Estado de Derecho, ahora, deba entenderse de forma distinta, pues, estamos en presencia de una nueva idea del Estado de Derecho Democrático que no se amolda a los estándares tradicionales desarrollados ni por el Estado legislativo de derecho, ni por el Estado constitucional de derecho, sino que se acerca a una nueva concepción de democracia constitucional que incorpora elementos tanto del constitucionalismo nacional como del derecho internacional de los derechos humanos (Nash Rojas: 2009, 111)<sup>7</sup>.

La doctrina del bloque de la constitucional, es un buen ejemplo de los efectos concatenados que hacemos referencia (Hoyos: 1998). De acuerdo con el bloque de constitucionalidad, determinados instrumentos de derecho internacional constituyen normativa integradora de los derechos y garantías reconocidos en el constitucionalismo nacional. Al mismo tiempo, su concepción tiende a considerar la —jurisprudencia internacional— como fuente de interpretación de los derechos fundamentales, lo que pone de relieve otra vía de recepción en los sistemas nacionales de las corrientes jurídico-internacionales. En

<sup>6</sup> La doctrina del control de convencionalidad surge a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123 a 125). Desde entonces, esta doctrina ha sido continuada en el ámbito interamericano en un número plural de sentencias; entre ellas, vid. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128; Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173; Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180; Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307; Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311; Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234; Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202; Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287; Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilla do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra nota 1, párr. 225. Además, consúltese el expresivo Voto Razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

<sup>7</sup> Como señala Claudio Nash, la recepción del derecho internacional en los sistemas nacionales en el ámbito de la justicia constitucional como en otras jurisdicciones, es un proceso que en Latinoamérica, la jurisprudencia de Argentina, Costa Rica y Colombia ha llevado adelante de forma significativa.

la actualidad, no cabe duda que las normas de derecho internacional y las corrientes que en su seno se desarrollan son más que nunca influyentes para el juez nacional a la hora de afrontar la interpretación de normas; de allí la creciente construcción jurisprudencial de los *derechos implícitos*<sup>8</sup>.

En definitiva, en el contexto de la interacción de la normativa internacional con los sistemas nacionales, debe entenderse la consecuente recepción de los criterios que garantizarían la protección judicial del *derecho al agua*, tal como lo ejemplifica la experiencia de tribunales de distintos Estados nacionales que en adelante examinamos.

### 3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Establecido lo anterior, examinamos las normas que dan vida al derecho al agua en el derecho positivo de Sudáfrica, India, Argentina y Colombia y el amparo constitucional que posee de acuerdo con la experiencia de los tribunales de justicia de los países seleccionados. Éstos, hay que mencionar, son pioneros en la protección del derecho al agua y responden además a sistemas jurídicos distintos, lo que hace aún más relevante su estudio; esencialmente, porque constatan la vigencia y operatividad de este derecho en medio de un planteamiento heterogéneo, en la que su tutela se beneficia, contrario a la posición tradicional (García de Enterría: 2000, 143), del creciente *constitucionalismo de los derechos humanos*, caracterizado por decisiones judiciales que aplican una hermenéutica constitucional flexible y muy distinta a la que ha prevalecido, es decir, como sostiene Zagrebelsky, basada en *normas constitucionales abiertas* de “textos normativos comprensivos” e idóneos para situaciones constitucionales pluralistas (Zagrebelsky: 2008, 249-268).

#### 3.1. Sudáfrica

En la Carta de Derechos de Sudáfrica (*Bills of Rights*) se establece en la sección 27.1.b (salud, alimento, agua y seguridad social) que todos gozan del derecho de acceso a agua suficiente. De acuerdo con la Sentencia de 8 de octubre de 2009

<sup>8</sup> Por supuesto que lo hasta aquí planteado no es aceptado por las corrientes más ortodoxas basadas en el orden kelseniano del derecho. En ese sentido, se tacha, por tanto, que un ejercicio excesivo de estas herramientas puede dar lugar a una suerte de activismo judicial o bien a la intervención del juez en lo legislativo. No obstante, si bien es cierto la decisión judicial no debe basarse más que en el ordenamiento jurídico, es decir, obedeciendo el principio de estricta legalidad, se sostiene con Alexy que, “Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución” (ALEXY: op. cit., 456).

emitida por la Corte Constitucional de Sudáfrica en el Caso Lindiwe Mazibuko y otros vs. Ciudad de Johannesburgo y otros, el derecho al agua se dispone dentro del catálogo de derechos individuales, pero como es natural se establece con un carácter prestacional (párr. 40.) que condiciona al Estado, pues, según el numeral dos de la misma sección, este “debe adoptar medidas razonables, de carácter legislativo o de otro tipo, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de cada uno de estos derechos”.

La Constitución sudafricana dispone que ya sean derechos civiles y políticos o socioeconómicos, todos los derechos recogidos en la Carta de Derechos (Cap. 2) conllevan obligaciones negativas y positivas y, de conformidad con la sección 7.2 el “Estado debe respetar, proteger, promover y cumplir los derechos que se recogen en la Declaración de Derechos”, en clara influencia del derecho internacional.

Del mismo modo, desde el preámbulo de Ley de Aguas de 1998 (*National Water Act*) se reconoce que el derecho de acceso a un suministro básico de agua y saneamiento es necesario para garantizar agua suficiente y un medioambiente no perjudicial para la salud y el bienestar; y que la existencia de este derecho obliga a todas las esferas del Gobierno en el aseguramiento de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento en condiciones de eficacia, equidad y sostenibilidad, lo cual, es además, necesario para la subsistencia y una actividad económica sostenible. Por su parte, en su art. 3.1 se establece taxativamente que “toda persona tiene el derecho de acceso al suministro básico de agua y saneamiento básico”.

Si bien es cierto el derecho reconocido en Sudáfrica no deja de representar expectativas positivas para el Estado, esto no se ha opuesto a su justiciabilidad (Lienberg: 2006, 54). De hecho el carácter justiciable de este tipo de derecho socioeconómico es una de las más importantes características de la carta constitucional sudafricana, la cual ha acogido esta tendencia de inspiración en el *judicial review* anglosajón con miras a ponerle veto a las marcadas diferencias sociales y raciales existentes en Sudáfrica antes de alcanzar la democracia. (Magaziner: 2008, 519). Es decir, señala la Corte Constitucional en la Sentencia de 4 de octubre de 2000 emitida en el caso *Grootboom* que:

*Estos Derechos son, al menos en alguna medida, posibles sujetos de control constitucional. Como se ha dicho en párrafos anteriores, muchos de los derechos civiles y políticos asegurados por la Constitución tienen implicaciones presupuestarias sin que éstas comprometan su justiciabilidad. El hecho de que los derechos socioeconómicos involucren, inevitablemente, erogaciones presupuestarias, no constituye, en nuestra opinión, un límite para su justiciabilidad. Como mínimo, los derechos socioeconómicos deben ser protegidos negativamente.*

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional sudafricana, en sus interpretaciones ha desarrollado una jurisprudencia —de transformación social— en línea con los fundamentos que encumbran la *dignidad humana* (lo que recuerda el art. 1 de la Ley de Bonn) (García Morelos, 2007, 175-188), *la igualdad y libertad*; siguiendo los avances del Derecho internacional (sección 38). Así, puede advertirse que en el caso *Grootboom*, la Corte Constitucional subrayó que la función de “los derechos socioeconómicos” [...] “expresamente incluidos en la Declaración” [...] “no puede ser únicamente la de constar sobre el papel...”, “la cuestión, no es si éstos tienen carácter jurídico bajo nuestra Constitución o no, sino cómo hacer que se cumplan y respeten en cada caso”. En ese sentido, desde la sección 33 de la Constitución se establece que todos tienen derecho a recibir un trato administrativamente justo, legítimo, razonable e igualitario en lo que a procedimientos y trámites se refiere”. Y, más en concreto, el numeral 3 de la misma sección dispone que “la legislación nacional ha de elaborarse de tal forma que haga posible la realización de estos derechos”.

En efecto, los casos *Grootboom* y *Treatment Action Campaign* (Sentencia de 5 de julio de 2002, Ministerio de Salud vs. Treatment Action Campaign), dan cuenta que, los derechos socioeconómicos recogidos en el *Bill of Right* de Sudáfrica, efectivamente pueden ser tutelados. De este modo, la Corte Constitucional en el caso *Lindiwe Mazibuko*, al resolver la apelación interpuesta contra la decisión de casación del Tribunal Supremo, dentro de la demanda de cinco residentes de la popular localidad de Phiri en Soweto, Sudáfrica, considero que el acceso al agua constituye un derecho perfectamente protegible. En este caso se establecieron dos aspectos que valen la pena mencionar:

- 1) La Corte señaló que a nivel sustantivo definir el mínimo básico del derecho es una tarea poca objetiva así como problemática dado que la situación de cada grupo social es diferente como también lo son sus necesidades. Para ese tribunal tal definición no es una tarea que le corresponda a la justicia constitucional sino a las autoridades legislativas y ejecutivas, responsables de establecer los objetivos alcanzables con relación a los derechos socioeconómicos.
- 2) La Corte señaló que el artículo 26 de la Constitución no obligan al Estado a poner en marcha políticas de efecto inmediato, sino que supone que está obligado a adoptar medidas legislativas razonables, de forma progresiva y de acuerdo a los recursos disponibles para la realización del derecho de acceso al agua suficiente.

### 3.2. India

Contrario a la explícita mención constitucional del derecho al agua en Sudáfrica, en la Constitución de la India (1949) no existe tal referencia. No

obstante, si se determina el derecho a un medio de vida adecuado (art. 39.a) y el art. 48.a prevé la protección y mejora del medio ambiente; ambas normas, como principios rectores de las políticas estatales y como tales no exigibles ante los tribunales (art. 37).

Mientras tanto la situación es otra en el contexto de la jurisprudencia emitida por los tribunales de justicia de este país; éstos aun cuando no han podido apoyarse en una norma que expresamente contemple el derecho de acceso al agua, han entendido que esta es una garantía implícita al derecho a la vida (art. 21).

En el art. 15.1 de la Constitución India se dispone que las formas de discriminación por razones de religión, raza, casta, y procedencia, son prohibitivas y, que por tanto, a las personas no se le podrá censurar, incapacitar o restringir el acceso al uso de pozos, tanques y balsas de baño. Con base en la no discriminación y el derecho a la vida el Tribunal Supremo de la India ha creado importantes criterios jurisprudenciales que tienden al reconocimiento y protección del derecho al agua en acuerdo a un enfoque ambiental. Básicamente, lo que ha dicho el Tribunal Supremo es que del derecho a la vida emanan obligaciones positivas para el Estado con respecto a una serie de necesidades básicas de la población.

Además, el Tribunal Supremo en el caso *Subhash Kumarque*, interpretando el derecho a la vida con arreglo al art. 21 ha señalado que para disfrutar plenamente de la vida se precisa del disfrute de un medio ambiente libre de contaminación del agua y el aire. Esta jurisprudencia, seguida en casos como *Charan Lal Sahu v. India* (de 1990) y *Subhash Kumar v. Estado de Bihar y otros* (de 1991), ha hecho extensiva la posibilidad de exigibilidad y tutela del derecho al agua en la India (Muralidhar: 2006, 65 y ss).

### 3.3. Argentina

En este caso la demanda de tutela del derecho al agua se ha decantado por lo que la doctrina denomina “control de convencionalidad”. En el derecho positivo argentino de acuerdo al art. 75. 22 del texto fundamental se entiende que los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina gozan de estatuto constitucional y que como tales deben entenderse complementarios a los derechos expresamente en ella garantizados. Esto ha generado significativos cambios en cuanto al modo y el alcance de la protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en dichos instrumentos internacionales, y es que a través de tales convenios se ha hecho posible su defensa ante la vía jurisdiccional.

La complementariedad de los instrumentos internacionales de derechos humanos con respecto al derecho positivo argentino, hace posible que normas como el art. 24 de la Convención de los Derechos del Niño (derechos del niño al suministro de agua potable salubre), el art. 14.2.h del Convenio contra toda forma de Discriminación de la Mujer (abastecimiento de agua a las mujeres en condiciones de una vida adecuada) y el art. 11 y 12 del PIDESC sean parte del texto constitucional. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los tribunales internos deben seguir las interpretaciones autorizadas de los órganos de tratados de Naciones Unidas en la interpretación convencional; entre ellas, la interpretación del Comité de DESC en cuanto al derecho al agua en la OG. No. 15 de 2002 (Fairstein: 2006, 107).

Los tribunales argentinos han entendido, entonces, que para la tutela de derechos originados en el derecho internacional, como es el de acceso al agua, es preciso conectar la pretensión con el derecho al medio ambiente sano (del mismo modo lo hace, p. ej. la Sala Constitucional de Costa Rica) que se recoge en el art. 41 de la Constitución Política. Con la reforma constitucional de 1994, que incorporó el citado art. 41, se estableció el derecho al ambiente sano de forma amplia, el cual adoptó la corriente *ius internacionalista* referente a la formulación de un derecho-deber de todos los habitantes de gozar y proteger el medio en el que viven.

Así, la doctrina como la jurisprudencia argentina reconoce que “el derecho al agua, viabiliza la consecución de un ambiente sano, apto para el desarrollo, hace posible las actividades productivas y permite preservar la integridad de las generaciones futuras” (Mathus: 2007, 229). De allí que a través de esta vía la jurisprudencia argentina haya avanzado en la consagración y protección judicial del derecho al agua. Tal protección se surte, específicamente, a través de la *acción de amparo* que el art. 43 del texto fundamental argentino dispone contra todo acto u omisión de las autoridades públicas y particulares para proteger, entre otras cosas, el medio ambiente. También se reconoce la exigibilidad de este derecho en asocio con el art. 42 que consagra la protección de los derechos de los usuarios y consumidores. Al margen de estos supuestos, sin embargo, es preciso señalar que la doctrina argentina en la actualidad sostiene que el derecho al agua, en lo menos, puede considerarse como un “principio de la política hídrica del derecho argentino de aguas” (Martín: 2010, p. 51), que compromete fuertemente la responsabilidad interna y externa del Estado, operando como condicionante de la planificación hidrológica.

### 3.4. Colombia

En la Constitución colombiana de 1991, está previsto de manera general el derecho a la salud (art. 49) y al medio ambiente sano (art. 79) y se establecen

responsabilidades para el Estado con correlación al suministro de agua potable y el saneamiento básico (art. 366).

Pese que a tales disposiciones no establecen explícitamente el derecho en cuestión, en el art. 36 de la Constitución colombiana, referente a la —actividad social del Estado y de los servicios públicos—, se establece que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades del Estado. Además, se expresa que dentro de los objetivos fundamentales de su actividad están la solución de, entre otras, las necesidades de saneamiento ambiental y de agua potable”. En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha dicho que: “[D]el mandato constitucional consagrado en el artículo 79, se colige que es responsabilidad del Estado atender y garantizar la prestación efectiva del servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de universalidad y solidaridad. Todas esas obligaciones están dirigidas a la preservación, conservación y protección del medio ambiente, a fin de obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, según lo determina el artículo 366 de la Carta Fundamental” (Molina Higuera: 2005, 53).

En el derecho positivo colombiano, el derecho al agua parte de la base del art. 93 de la Constitución (Sentencia T-270/07, de 17 de abril de 2007), y se considera en conexidad, por una parte, con respecto al art. 79 que consagra el derecho colectivo de todas las personas a gozar de un ambiente sano, y por la otra, como un derecho asociado a la prestación del servicio de suministro de agua potable.

Del primero de los supuestos se infiere que para la protección del derecho al agua se precisa entonces de la acción positiva de proteger. Así, el art. 79 establece 1) la obligación positiva del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, así como la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y el fomento de la educación para alcanzar estos objetivos de protección, y 2) que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlos. Del mismo modo, establece en el art. 8o otras obligaciones de carácter positivo. Así, se dispone 1) que el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; y 2) que deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, e imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

En cuanto al segundo supuesto, es decir, la consideración del derecho al agua en cuanto a servicio público, es de mencionar que esa ha sido la posición mayormente aceptada y seguida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En sentencia T-410 de 2003, la Corte reconoció que el suministro de agua potable constituye un servicio público domiciliario, de carácter esencial para la vida, que cuenta con un espacio propio en la configuración constitucional

de nuestro Estado social de derecho” (Corte Constitucional colombiana, T-410 de 2003 de 22 de mayo de 2003), y sujeto a las condiciones de derecho público que aseguren la prestación del servicio en condiciones de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-410 de 2003).

En ese contexto, el art. 365 de la Constitución consagra la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del país. El texto fundamental dispone que estos servicios tienen una estrecha relación con el Estado Social de Derecho, y por tanto, son inherentes a su finalidad social.

Por su parte, el art. 367 establece que los servicios públicos domiciliarios, de acueducto, alcantarillado y el servicio de aseo, se prestarán por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. Tal prestación se dará en acuerdo a un régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

La responsabilidad que se genera a partir de la vulneración de este derecho, es posible exigirla judicialmente mediante la *acción de tutela* de los derechos constitucionales (amparo en sentido amplio) de acuerdo con el art. 86. No se olvide que en el articulado de la Constitución colombiana no existe tal derecho al agua y que, por tanto, su exigibilidad depende de la conexidad con otro derecho justiciable. Así, por una parte, los derechos fundamentales encuentran un importante apoyo en el art. 93 que dispone que los derechos y deberes establecidos en el texto constitucional se interpretaran conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Pero, por la otra parte, no es posible pretender la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales (Cap. 2 del Tít. II) puesto que no tienen la misma protección que el resto de derechos fundamentales (Cap. 1 del Tít. II) y por consiguiente adolecen de los beneficios de la acción de tutela.

Sin embargo, de acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia el derecho al agua si es susceptible de protección judicial (como decimos por conexidad) por intermedio del *derecho al medio ambiente*, de los *intereses colectivos* y por conducto de los *derechos de los consumidores* (art. 88), es decir, por conexidad con otros derechos fundamentales de inmediata aplicación (art. 85) (Sentencia T-406/92). La acción de tutela establecida en el art. 86 dispone que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Nótese que esta acción “sólo procederá, entonces, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, el cual, procede incluso, en contra de los particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En Colombia, en suma, se concibe el derecho al agua “como un servicio público, cuya prestación se rige por los principios de eficiencia y solidaridad social. No obstante, la interpretación de su alcance está dada por los tratados internacionales que versan sobre la materia de acuerdo a la figura del bloque de constitucionalidad, lo cual ha permitido que se considere como un derecho social autónomo, y excepcionalmente, que como derecho social tiene conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela, cuando se vea vulnerado un derecho fundamental” (Huertas Díaz, *et al*: 2008, 331).

#### **4. LA PROTECCIÓN ANTE TRIBUNALES INTERNACIONALES: CASOS CONCRETOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS**

Como ya se avanzó, la consolidación de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, es responsable de que en la actualidad exista un amplio número de sentencias de importantes connotaciones en la protección de derechos y libertades. Las decisiones que en los últimos años se han emitido en el seno de dichos tribunales, han tendido al abandono de criterios en extremo rigurosos para dar pie a aportaciones que se reflejan tanto en autos como en sentencias (Martin-Retortillo: 2008, 1-26), basadas en la interpretación evolutiva y teológica de la normativa convencional concatenada con los instrumentos básicos de derecho internacional y en razón al entorno sociológico en el que ocurre la violación del derecho. El principal valor de estas sentencias es que su naturaleza interpretativa favorece la concreción y delimitación tanto de conceptos como de derechos. En ese sentido, son ya apreciables las orientaciones referentes a la consideración jurídica del acceso al agua, habidas a partir de la resolución de reclamaciones relacionadas a —derechos de los pueblos indígenas y tribales— y supuestos asociados a éstos, como sus —tierras ancestrales, el derecho de propiedad y los medios tradicionales de subsistencia— que dependen del acceso y buena salud de los recursos naturales.

En esa línea, nos interesa examinar algunas de las decisiones más representativas, pero sobre todo, pioneras en esta materia, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

Para empezar, podemos referirnos al caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*<sup>9</sup>. Este es un caso paradigmático de la Corte IDH, en el que de forma indirecta se tutelan pretensiones que hoy asociamos con el derecho al agua, como lo es la prioridad de acceso al agua potable<sup>10</sup>. Se trata, principalmente, de un precedente en el que queda ostensiblemente expuesto el ejercicio que el juez desarrolla ponderando la relación entre derechos a objeto de ser lo más garantista y congruente con el *corpus juris* de derechos humanos.

En este caso, el proceso contencioso inició con la demanda interpuesta por la Comisión IDH en la que *directamente* se alegaba la violación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (garantías judiciales y protección judicial), con relación a los arts. 1.1 y 2 del mismo texto interamericano. Los hechos de la demanda dan cuenta que en la década de los noventa el Estado paraguayo procedió con la venta de una serie de territorios (a través de la Bolsa de Valores de Londres) que tradicionalmente han pertenecido a la comunidad *Yakye Axa* y en los que habitaron los *Enxet* en el Chaco americano. La venta de estos territorios y los desplazamientos que consecuentemente tuvieron lugar constituyen los motivos facticos de la demanda que, *indirectamente* discutía la violación del derecho a la propiedad (a la tierra en el asunto indígena) y a la vida.

La Corte IDH con base en el art. 24 (igualdad ante la ley) y 1.1 (obligación de respetar los derechos), determinó que el análisis del asunto no podía ser indiferente a las “características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural” (Caso *Yakye Axa*, párr. 51) y al *corpus juris* internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas (Caso *Yakye Axa*, párr. 163)<sup>11</sup>. Así, el razonamiento de la Corte, no se limitó a la determinación a secas de la violación o no de las normas alegadas, sino que valoró el alcance y contenido del abanico de derechos que integra la materia indígena y de los territorios ancestrales. Entró a evaluar, por tanto, “si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna a los miembros de la Comunidad *Yakye Axa* y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación”.

<sup>9</sup> En similar sentido, Corte IDH, *Caso Sawhoyamaya v. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146; y el Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, op. cit.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, p.ej el *Caso Zander v. Suecia* (TEDH, Serie A, núm. 279-B, de 25 de noviembre de 1993).

<sup>11</sup> Es decir, a la luz del artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la salud); 11 (Derecho a un ambiente sano); 12 (Derecho a la alimentación); 13 (Derecho a la educación) y 14 (Derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT.

Así, la Corte IDH asoció la violación de los derechos invocados en la demanda con el derecho a la salud y con base en esa relación se pronunció en torno a la *prioridad del acceso al agua*. La Corte señaló que “Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el *acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos*, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural (Caso Yakye Axa, párr. 167). Basado en lo anterior se refirió de forma concreta sobre el vínculo del asunto principal (de los territorios indígenas) con el acceso al agua limpia, al referirse en los siguientes términos:

*En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales, que en ellas se encuentran, están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso al agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia (CIDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay).*

En línea con los argumentos esgrimidos, la Corte concluyó que, en efecto, el Estado de Paraguay no le otorgó la debida protección judicial a la comunidad indígena al excederse notablemente en la resolución de los asuntos aquejados. Por tanto, reconoció, en primer lugar, que el Estado vulneró el derecho a la propiedad de las tierras ancestrales de la comunidad. En segundo lugar, reconoció que se dejó en total desamparo económico-social y sanitario a la comunidad Yakye Axa, violándose así, entre otros, el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, “ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y *disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades*. Y en tercer lugar, destacó que el Estado no adoptó las medidas positivas necesarias que hubieran permitido a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, asegurar las condiciones de vida compatibles con su dignidad; esto a pesar de que el 23 de junio de 1999, el Presidente del Paraguay emitió el Decreto No. 3.789 que declaró en Estado de emergencia a la Comunidad (Caso Yakye Axa, párr.168)”.

A los efectos que nos interesan resaltar aquí, parece claro advertir que la Corte IDH a partir de la demanda directa de dos derechos individuales, reconoce la interacción de estos con el resto de derechos humanos y a partir de un análisis tuitivo señala que “no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida”, pues, “en esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho

a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna” (Caso Yakye Axa, párr.161).

En esa línea de pensamiento, también se ha pronunciado la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, al reconocer que la privación del acceso del pueblo indígena Endorois a las tierras ancestrales cercanas al lago Bogoria en el Valle del Rift, constituyen una violación del derecho al desarrollo (caso Endorois Welfare Council vs. Kenia). En este caso, se discutía la violación ocurrida a partir de que en la década de 1970 el pueblo Endorois fue desalojado de las tierras que ocupan, bajo la promesa de obtener una compensación adecuada y justa. Como señala la Comisión, en este sentido, el Estado de Kenia desoyó buena parte de su obligación, y aun cuando no cumplió con lo anterior, tampoco permitió que el pueblo Endorois volviera a ocupar dichas tierras so pretexto de la creación de un área de caza turística en el lugar.

La Comisión comprobó que las acciones emprendidas por las autoridades públicas fueron desproporcionales (Ibíd., párr. 248), pues, no garantizaban el desarrollo socioeconómico de las personas de la población, la cual fue destinada a vivir en una región semiárida carente de todo tipo de acceso a servicios, a los recursos que permitían su supervivencia y en abandono de su sistema (integrado) de creencias, valores, normas, costumbres y tradiciones entorno al lago (CADHP, Endorois Welfare Council vs. Kenia, párr. 250-251). En consecuencia, la CADHP decidió que a efectos de que se mejorase el bienestar de la comunidad, se debía restituir sus tierras y facilitar la recuperación de su sistema de vida para lo que, entre otras cosas, se debía asegurar el libre acceso al lago Bogoria y sitios periféricos que eran utilizados para el pastoreo y cultos religiosos (Ibíd., recomendación 1.b).

En otro asunto de similares características, la CADHP en el caso *COHRE v. Sudán*, referente a los desalojos forzados del pueblo indígena negro de Darfur en medio del conflicto armado iniciado en el año 2003, reconoció que los desalojos y la destrucción de viviendas producidas de manos de las milicias Janjaweed, supusieron la violación de distintos derechos con relación al derecho a la integridad de las personas (art. 4 de la Carta) y a la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 5 de la Carta).

Al respecto, la Comisión constató que las milicias involucradas contaban con el consentimiento del Estado, por lo que consideró que las autoridades públicas no cumplieron con las obligaciones de respetar, cumplir y proteger los derechos humanos. En particular, concluyó que en este caso no solamente se dio la violación de derechos individuales en sentido estricto, sino que acciones como el desplazamiento forzado de la población, destrucción de viviendas y el envenenamiento de las fuentes de agua y pozos, supusieron graves riesgos para la vida y la salud de las personas. Así pues, la Comisión concluyó que se

violó la garantía de protección de la familia y el hogar dispuesto en el art. 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos, que en conexión con los preceptos del derecho internacional, representan la violación del derecho a una vivienda adecuada, así como la violación del derecho a la salud (art.16 de la Carta), que con base a los elementos explicados por el Comité de DESC en la OG. No. 14 de 2000 (sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud) además suponen la vulneración del derecho al agua, y la violación del derecho de todas las personas a su desarrollo económico, social y cultural (art. 22).

Por su parte, la Corte IDH en la sentencia de 24 de agosto de 2010, referente al caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, se remite expresamente a la OG. No. 15 del Comité DESC al conectar el acceso y calidad del agua con el derecho a la vida establecido en el art. 4.1 de la CADH para resolver la responsabilidad internacional derivada de la violación del derecho a la propiedad ancestral demandado por la Comunidad Indígena; la cual alegaba haber sido privada de los medios de subsistencia tradicionales y de los servicios básicos en el espacio territorial de 310.700 hectáreas, que forman parte de sus territorios ancestrales.

La Corte reconoció, que la vida de los miembros de la Comunidad fue condicionada por las restricciones derivadas de la propiedad privada y la expropiación de la tierra. Por consiguiente, considero probado que desde el año 2003 los miembros de la Comunidad no tenían servicio de distribución de agua, sino que tal prestación, a partir de abril de 2009, en virtud del Decreto No. 1830, se hizo a los miembros de la Comunidad asentados en “25 de Febrero” en las siguientes cantidades: 10.000 litros el 23 de abril de 2009, 20.000 litros el 3 de julio de 2009, 14.000 litros el 14 de agosto de 2009 y 20.000 litros el 10 de agosto de 2009” (caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.*, párr.194).

En este caso, la Corte reconoce, que a partir de la adopción del Decreto 1830, el Estado adoptó medidas con vistas a paliar la situación, no obstante, señala la sentencia que las gestiones realizadas en ese sentido no fueron suficientes, ya que el agua suministrada por el Estado durante los meses de mayo a agosto de 2009, no se adecuaba a los estándares internacionales que establecen como mínimo 7,5 litros de agua por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene. Es decir, que las acciones adoptadas no fueron suficientes “para proveer a los miembros de la Comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades” (caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr.195-196).

En otro asunto de distinto matiz a los vistos, la Corte IDH se pronunció sobre el derecho al agua de las personas privadas de libertad. Así en el caso *Vélez Loors*

vs. *Panamá*, referente a la detención del señor Vélez Loors en Panamá, debido a la ilegalidad de su estatus migratorio, la Corte observó, entre otras cosas, que el problema de suministro de agua (y sus consecuencias sanitarias) que afectó por 15 días a la población carcelaria y en particular al demandante, quien fuera recluido en el Centro Penitenciario La Joyita, constituyen “una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia” (Corte IDH caso *Vélez Loors vs. Panamá*, párr. 216), pues, estos “deben adoptar medidas para velar porque las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas, entre ellas, el consumo de agua potable cuando lo requiera, así como para su higiene persona” (caso *Vélez Loors vs. Panamá*, párr. 215).

En consecuencia, la Corte reconoció la vulneración del art. 5 de la CADH sobre el derecho a la integridad personal —con respecto a las obligaciones de garantizar y respetar los derechos y obligaciones contenidas en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura—, en acuerdo a la OG. No. 15 del Comité de DESC y teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (caso *Vélez Loors vs. Panamá*, párr. 215).

En resumen, como se ha podido observar, estos precedentes, aunque limitados a determinados supuestos, aportan según sus características, nuevas fórmulas que abren el camino al planteamiento cruzado de derechos que al mismo tiempo afecten la protección del derecho al agua. De momento, como se ha podido observar, en estos el derecho al agua ha sido sujeto de ponderación por medio de reclamaciones colectivas, y ha sido relacionado en la mayoría de veces con la protección de derechos que salvaguardan la supervivencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales en virtud de la dependencia que la vida tradicional les supone con respecto a los usos de los recursos naturales. No obstante, es evidente que tal relación no es estanca, por el contrario, las decisiones aludidas ponen de relieve la conexión del acceso al agua con derechos de distinta categoría o generación, lo que hace suponer que su eficacia multidireccional permita su protección en conexión con derechos de libertad, derechos sociales, y en asocio con derechos colectivos.

Hay que tomar en cuenta que la consagración positiva de este derecho en el seno de la comunidad internacional, determina a través de vías como las expuestas, la posibilidad de mayor protección convencional contenciosa y no contenciosa (Pajin: 2004, 1181-1210), ya que, como se sabe, decisiones como estas, no solamente constituyen obligaciones *inter partes* sino también *erga omnes*<sup>12</sup>; por tanto, criterios doctrinales como los que hemos puesto de manifiesto,

<sup>12</sup> Así se deduce de lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en el *Caso Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, sentencia de 5 febrero de 1970, párr. 33-34.

tienden a establecer líneas doctrinales determinantes para el entendimiento (y cumplimiento) de las obligaciones internacionales con respecto a los derechos humanos.

## CONCLUSIONES

Parece incuestionable que a pesar de las dificultades que ha presentado la construcción en el ámbito de la dogmática jurídica, el derecho al agua va consolidándose como un derecho reconocido tanto en el derecho internacional como en el derecho positivo de diversos países; esto además, aun cuando su base normativa no es de derecho duro. A pesar de todo, el proceso de constatación del derecho al agua se ha visto fortalecido con la progresiva construcción de un contenido jurídico que en algunos casos es ya exigible, como hemos podido observar en los casos de Sudáfrica, India, Argentina y Colombia. Así pues, aunque no se puede desconocer que todavía se mantienen ciertas reservas, paulatinamente, las autoridades públicas avanzan hacia la aceptación de este derecho mediante su adopción normativa o bien a través de su incorporación vía jurisprudencial en el plano nacional e internacional. Este proceso, se está viendo beneficiado, sin lugar a dudas, del progresivo entendimiento de la garantía *pro homine* de los derechos fundamentales. De ahí que sea más que razonable considerar que los precedentes examinados aunque limitados, aportan según sus características, nuevas fórmulas que abren el camino a la protección efectiva del derecho al agua.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. CEPC, 2007.
- Bourquain, Knut. *Freshwater access from a human rights perspective*, Leiden, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- CADHP, *caso Endorois Welfare Council v. Kenia – comunicación 276/2003*, sentencia de 4 de febrero de 2010.
- Corte IDH, *Caso Vélez Loors v. Panamá*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010.
- Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.
- Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125
- Embid Irujo, Antonio (dir.). *El derecho al agua*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2007.
- Fairstein, Carolina. “Legal strategies and right to water in Argentina”, en Riedel, Eibe et al (eds.). *The human right to water*, Berlin, Ed. BWV-Berliner, Wissenschafts-Verlag, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995.
- García de Enterría, E. *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 2000.
- García Morelos, Gumesindo. “La Corte Constitucional de Sudáfrica y los derechos fundamentales”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (8) julio-diciembre, 2007, pp.175-188.
- García Roca, Javier. “La interpretación constitucional de una Declaración internacional, el Convenio europeo de derechos humanos, y bases para una globalización de los derechos”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, No. 6/2 semestre 2005, pp. 37-82.
- Gustini, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999.
- Hitters, Juan Carlos, “Control de la constitucionalidad y control de la convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Revista Estudios Constitucionales*, No.2 (7), 2009, pp. 109-128.
- Hoyos, Arturo. *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ed. Temis, 1998.

- Huertas Díaz, Omar *et al.* “El derecho al agua como derecho social y su desarrollo e implementación en el Siglo XXI”, en *Elementos de Juicio. Revista de Temas Constitucionales*, (10) octubre-diciembre, 2008, pp. 313-338.
- Liebenberg, Sandra. “Adjudicación de derechos sociales en la Constitución de transformación social de Sudáfrica”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2006, pp. 43-72.
- Magaziner, Andrew. “The trickle down effect: The Phiri water rights application and evaluating, understanding, and enforcing the South African Constitutional right to water”, en *North Carolina Journal International Law & Commercial Regulation*, No. (33) XXXIII, 2007, pp. 509-580.
- Martín, Liber. *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2010.
- Martin-Retortillo Baquer, Lorenzo. “Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *InDRet: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 4, octubre 2008, pp. 1-26.
- Martin-Retortillo Baquer, Lorenzo. *Vías concurrentes para la defensa de los derechos humanos. Perspectivas española y europeas*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Civitas, 2006.
- Martin-Retortillo Baquer, Lorenzo. “La defensa cruzada de los derechos. La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario Jurídico de La Rioja*, No. 10, 2005, pp. 11-34.
- Martin-Retortillo Baquer, Lorenzo. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Madrid, Ed. Civitas, 2004.
- Nash Rojas, Claudio. *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*, México, Ed. Porrúa, 2009.
- Mathus, Escorihuela. “El derecho al agua en el derecho argentino”, en Embid Irujo, Antonio (dir.). *El derecho al agua*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.
- Mitre Guerra, Eduardo. *El derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*, Madrid, Ed. Iustel, 2012.
- Molina Higuera, Angélica. *El derecho humano al agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Ed. Defensoría del Pueblo de Colombia, 2005.
- Muralidhar, S. “The right to water: An overview of the Indian Legal Regime”, en Riedel, Eibe, et al (eds.). *The human right to water*, Berlin, Ed. BWV-Berliner, Wissenschafts-Verlag, 2006.

- Pajin, Ramin. "The right to water: The road to justiciability", en *George Washington International Law Review*, vol. 36, 2004, pp. 1181-1210.
- Pinto, Mauricio, et al. *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2008.
- Pnud. *Informe sobre desarrollo humano 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Nueva York, Ed. Naciones Unidas, 2006.
- Rodríguez Palop, María. *La nueva generación de derechos humanos*, Madrid, Ed. Dykinson, 2002.
- Zagrebelsky, Gustavo. "El juez constitucional en el siglo XXI", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (10) julio-diciembre, 2008, pp. 249-268.