

La necesaria codificación del derecho humano al agua y el saneamiento

The necessary codification of the human right to drinking water and sanitation

Ignacio Álvarez Arcá
Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

RESUMEN.

En el setenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es interesante analizar la aparición de un nuevo derecho humano. El derecho al agua potable y el saneamiento fue reconocido por el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General de Naciones Unidas. Sin embargo, no se ha incluido en ningún texto normativo vinculante. Para garantizar su respeto es imprescindible su codificación. La adopción de la Agenda 2030 y el setenta aniversario de la Declaración son el marco perfecto para su inclusión en el catálogo de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE.

derechos humanos, agua potable, saneamiento, codificación

ABSTRACT.

In the seventieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights it is of interest to analyze the emergence of a new human right. The human right to drinking water and sanitation was recognized by the Human Rights Council and the General Assembly of the United Nations. However, it has not been included in any binding legal text yet. To ensure its protection it is essential to codify it. The adoption of the 2030 Agenda and the seventieth anniversary of the declaration are a unique framework to include it in the catalogue of human rights.

KEY WORDS.

human rights, drinking water, sanitation, codificatio

1. INTRODUCCIÓN

Tras el reconocimiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹ y por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas² del derecho humano al agua potable y el saneamiento, la cuestión relativa a garantizar el acceso de las personas al agua potable y el saneamiento ha transitado desde el derecho internacional general hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

La situación actual, donde alrededor de 844 millones de personas carecen de un servicio básico de agua y 4.500 millones de personas carecen de un saneamiento seguro³, y el hecho de que sean los sectores más desfavorecidos de la población, principalmente mujeres y niños de entornos rurales, los que sufran dichas carestías hacen del reconocimiento del derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano universal una necesidad acuciante.

En el setenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es importante señalar la destacada labor que ha llevado a cabo el Consejo de Derechos Humanos y el relator especial para el derecho al agua potable y el saneamiento en el establecimiento y clarificación del contenido de éste, así como en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su trabajo ha permitido limitar el alcance y contenido del derecho, y establece un buen precedente para trabajar en el reconocimiento de nuevos derechos humanos.

Con todo esto, en el presente trabajo se tratará someramente la aparición del derecho humano al agua y el saneamiento como un derecho humano. Posteriormente se analizará la naturaleza y contenido de dicho derecho, prestando especial atención a su alcance, su reconocimiento implícito o explícito en instrumentos convencionales y a si puede ser considerado derecho consuetudinario. En último lugar,

¹ Este Comité, que tiene como función principal supervisar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, emitió en el año 2002 su *Observación General n°15* en la que reconocía la existencia del derecho al agua potable y el saneamiento. El texto está disponible en internet en: <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional> [fecha de consulta: 06/11/2018].

² Concretamente, a través de la Resolución de la Asamblea General 62/292, de 28 de julio de 2010, A/RES/64/292. Disponible en internet en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S [fecha de consulta: 06/11/18].

³ Datos ofrecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y UNICEF en su informe *Progresos en Materia de agua potable, saneamiento e higiene*, 2017, disponible en internet en: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/260291/9789243512891-spa.pdf?jsessionid=5A9BAD3B81C33A44C8EAF2A566AF5493?sequence=1> [fecha de consulta: 06/11/2018].

resulta de especial interés conocer la práctica de los tribunales internacionales de derechos humanos en lo relativo a su reconocimiento.

2. LA APARICIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA Y EL SANEAMIENTO

La aparición de nuevos derechos más allá de los establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha generado inquietud ente la doctrina y en las Naciones Unidas al considerar que la adición de nuevos derechos que no merecieran formar parte del régimen jurídico especial de los derechos humanos podía suponer un óbice para su respeto y provocar la banalización de la institución. Por ese motivo, la Asamblea General de Naciones Unidas estableció una serie de directrices que debían guiar la elaboración de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos⁴. En este caso, todas estas directrices se cumplen en el caso del derecho humano al agua y el saneamiento.

Por nuestra parte, compartimos plenamente la posición de ALSTON cuando sostiene que: “El reconocimiento del dinamismo esencial de la noción de derechos humanos requiere inevitablemente considerar la necesidad de proclamar derechos humanos adicionales. El reto es alcanzar un equilibrio adecuado entre, por un lado, la necesidad de mantener la integridad y la credibilidad de la tradición de los derechos humanos y, por el otro lado, la necesidad de adoptar un enfoque dinámico que refleje plenamente las necesidades y perspectivas cambiantes y que responda a la aparición de nuevas amenazas para la dignidad y el bienestar humano”⁵. El reconocimiento del derecho humano al agua potable y el saneamiento es la consecuencia necesaria de la falta de acceso a recursos hídricos por parte de millones de personas, lo que supone una amenaza directa para la vida y dignidad humana en el contexto actual de sequía y escasez crecientes como consecuencia del cambio climático.

⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/120A/RES/41/120, de 4 de diciembre de 1986, establecimiento de normas internacionales en materia de derechos humanos:

“a) ser congruentes con el conjunto de normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos; b) tener carácter fundamental y dimanar de la dignidad y el valor inherentes a la persona humana; c) ser lo suficientemente precisos para engendrar derechos y obligaciones identificables y observables; d) proporcionar, según proceda, un mecanismo de aplicación realista y efectivo que incluya sistemas de presentación de informes; e) suscitar amplio apoyo internacional”. Disponible en internet en: <http://undocs.org/es/A/RES/41/120> [fecha de consulta: 06/11/2018].

⁵ ALSTON, P.; “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control”, *The American Journal of International Law*, vol. 78, nº3, 1984, pp. 607-621, p. 609.

Con el ánimo de no retrotraernos excesivamente en el tiempo, podemos fijar el origen del reconocimiento del derecho humano al agua y el saneamiento por parte de Naciones Unidas en la Observación General nº15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales donde se establece que: “El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”. Como el derecho no está reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de manera explícita, el Comité optó por vincularlo a los artículos 11⁶, donde se enumeran una serie de derechos que dimanen del derecho a un nivel de vida adecuado, y al artículo 12⁷, referente al derecho a disfrutar del nivel más alto de salud física y mental. Si bien es cierto que la enumeración del artículo 11 no es *numerus clausus*⁸, consideramos que el hecho de que el Comité mediante una técnica de derivación legal⁹ cree un nuevo derecho cuando sus funciones se limitan a la interpretación del Pacto puede considerarse una actuación *ultra vires*.

Pese a lo anterior y a las críticas doctrinales que han surgido frente a la actuación del Comité por crear normas de derecho internacional¹⁰, algo que queda fuera de las funciones que tiene asignadas, “los Estados que han sido criticados por haber violado el derecho humano al agua tras la adopción de la Observación General nº15 no han negado que el derecho es inherente a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”¹¹. Este hecho resulta de especial relevancia para destacar que hay cierto consenso entre la comunidad internacional por establecer y reconocer el derecho al agua y el saneamiento como un derecho humano.

⁶ El artículo 11.1 establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

⁷ Artículo 12.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

⁸ El propio Comité en la Observación General §3 asegura: “El uso de la palabra "incluso" indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.

⁹ Entendemos por derivación legal la técnica a través de la cual se crea, en este caso concreto, un derecho a raíz de otro preexistente.

¹⁰ Ejemplo de ello lo encontramos en: TULLY, S.; “A Human Right to Access Water? A Critique of General Comment No. 15”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23(1), 2005, pp. 35–63, p. 37.

¹¹ THIELBÖGUER, P.; “Re-Conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for a Hybrid Approach”, *Human Rights Law Review*, 15, 2015, pp. 225-249, p. 230.

Tras la Observación General nº15 del Comité, la actividad de Naciones Unidas para determinar el contenido y naturaleza del derecho ha sido de vital importancia. Una actividad que comenzó con el Informe del Relator Especial, El Hadji Guissé, sobre “La realización del derecho al agua potable y el saneamiento”¹². La configuración del derecho partía de tres pilares: 1) derecho a una cantidad suficiente de agua para uso personal y doméstico; 2) derecho a acceder a un saneamiento adecuado y seguro que proteja la salud pública y el medio ambiente; 3) el derecho al agua tiene que ser accesible, de calidad y culturalmente aceptable. Todo ello prestando especial interés y atención a la participación pública en la adopción de decisiones, especialmente los grupos más perjudicados.

Tras ello, la actividad más intensa se produjo en el seno del Consejo de Derechos Humanos donde a través de decisiones y resoluciones se instó al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos que llevara a cabo un estudio detallado sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el derecho al agua potable y el saneamiento¹³. Del mismo modo, se creó la figura del “experto independiente” sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento¹⁴, antecedente de la figura actual del relator especial.

No obstante lo anterior, el proceso de reconocimiento del derecho humano al agua potable y el saneamiento culminó con la adopción por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas de la Resolución 64/292¹⁵. La propia resolución recoge como antecedentes los instrumentos internacionales en los que existe un reconocimiento del derecho humano al agua y el saneamiento¹⁶, aunque no sea de

¹² Informe del relator especial “La realización del derecho al agua potable y el saneamiento”, de 11 de julio de 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/25. Disponible en internet en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/149/12/PDF/G0514912.pdf?OpenElement> [fecha de consulta: 07/11/2018].

En éste se elaboran las directrices para la realización del derecho al agua potable y el saneamiento sobre la base de la vinculación existente con el derecho a un nivel de vida adecuado y con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, artículos 11 y 12 respectivamente del PIDESC.

¹³ Consejo de Derechos Humanos, Decisión 2/104: “Los derechos humanos y el acceso al agua”, de 27 de noviembre de 2006. Disponible en internet en: https://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/HRC_decision2-104_sp.pdf [fecha de consulta: 07/11/2018].

¹⁴ Consejo de Derechos Humanos, Resolución 7/22, “Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento”, de 28 de marzo de 2008. Disponible en internet en: http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/a_HRC_RES_7_22.pdf [fecha de consulta: 07/11/2018].

¹⁵ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 64/292, A/RES/64/292, de 3 de agosto de 2010. Disponible en internet en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S [fecha de consulta: 06/11/2018].

¹⁶ Estos son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 14.2.h) en el que se establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en

manera explícita debido a que se vinculan a otros derechos. En el caso de la Resolución, el derecho al agua potable y el saneamiento se presenta como el eje sobre el que pivotan el resto de los derechos humanos, considerándose, por tanto, que si no se garantiza eficazmente su protección otros derechos tan importantes, como pudiera ser el derecho a la vida, se pondrían en peligro.

Pese a haber sido adoptada por una amplia mayoría¹⁷ no podemos considerar que tenga naturaleza vinculante. Sí que tiene un inestimable valor político y “confirma un consenso político internacional que testimonia la existencia de un derecho con autoridad jurídica, y al mismo tiempo supone, de momento, la proposición última en el ámbito del Derecho internacional del carácter del agua como objeto de derecho, esta vez, en el contexto de los derechos humanos”¹⁸. Esta es la razón por la cual las altas expectativas generadas con dicha Resolución deben contenerse ya que la ausencia de carácter vinculante plantea numerosos problemas a la hora de su implantación real y de exigir responsabilidad a los Estados en caso de incumplimiento. De este modo, y dadas las circunstancias planteadas, cabe cuestionarse cuál es la naturaleza y alcance del derecho humano al agua potable y el saneamiento.

3. LA NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA Y EL SANEAMIENTO

La ya mencionada Observación General n°15 del Comité de Derechos Humanos definió el derecho humano al agua y el saneamiento como: “El derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹⁹. La cuestión consiste en delimitar de manera concreta esos requisitos partiendo de que “el agua debe tratarse como un bien social y

particular le asegurarán el derecho a: h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”; la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24 donde los Estados parte reconocen “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” para lo cual adoptarán todas las medidas para: “combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 28, donde se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a gozar de un nivel de vida adecuado y protección social, los Estados se comprometen a adoptar las medidas para proteger y promover dicho derecho, entre ellas: “a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad; y el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, en el cual los artículos 85, 89 y 127 se reconoce la obligación del Estado ocupante a garantizar el acceso al agua.

¹⁷ 122 votos a favor, 0 votos en contra y 41 abstenciones.

¹⁸ MITRE GUERRA, E. J.; *El Derecho al Agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*, Iustel, 2012, 445 pp., pp. 100-101.

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n°15*, §2.

cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”²⁰. Este planteamiento de base se enfrenta al reto de garantizar el acceso al agua mediante la intervención estatal, ya sea prestando el servicio público o a través de la regulación, en un mercado en el que existen multitud de partes interesadas, principalmente agentes del sector privado. Todo ello obliga a diseñar una gestión integrada que involucre tanto a la administración como a las empresas y a los particulares a través de la participación pública como único medio de garantizar plenamente el acceso al agua como un derecho.

El contenido del derecho humano al agua y el saneamiento exige que ésta sea suficiente para el uso personal y doméstico; saludable; aceptable para todos independientemente de la cultura o género; físicamente accesible, se establece que debe estar a menos de un kilómetro de distancia y que se pueda obtener menos de treinta minutos; y asequible desde el punto de vista económico²¹. Las obligaciones que se contienen en la Observación General nº15 para los Estados se centran en tres aspectos: 1) obligación de respetar, es decir, no injerirse de manera directa o indirecta en el ejercicio del derecho al agua; 2) obligación de proteger, que implica que los Estados deben impedir que los terceros menoscaben el derecho al agua, incluidos los suministradores; 3) obligación de cumplir, esto es, facilitar, promover y garantizar el ejercicio del derecho²².

Sin embargo, es necesario descartar de pleno que la interpretación que llevó a cabo el Comité, muy cuestionable desde el punto de vista jurídico, como se ha mencionado *supra*, pudiera generar obligaciones u otorgarle al derecho una fuerza vinculante de la que carece²³. Si tampoco existe un instrumento internacional vinculante que reconozca la obligación de los Estados de garantizar el derecho humano al agua potable y el saneamiento la única posibilidad de que se generen obligaciones para los Estados es a través del derecho consuetudinario.

²⁰ *Ibidem*, §11.

²¹ El contenido está más detallado en internet en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml [fecha de consulta: 11/11/2018]

²² Establecidas en los párrafos 20-29 de la *Observación general nº15, loc. cit.*

²³ Aun así, hay quienes entre la doctrina sostienen que “[e]l reconocimiento del agua y el saneamiento como derecho introduce una dimensión de obligación legal internacional. No se trata de algo deseable sino obligatorio, que vincula a los Estados que han ratificado el PIDESC” véase DE LUIS ROMERO, E.; FERNÁNDEZ ALLER, C.; y GUZMÁN ACHA, C.; “Derecho humano al agua y al saneamiento: derechos estrechamente vinculados al derecho a la vida”, *Documentación Social*, 170, pp. 217-236, p. 227. Esta es una postura que no podemos siquiera considerar al entender que el carácter vinculante de una norma en el Derecho internacional sólo se deriva del previo consentimiento del Estado, ya sea mediante la adopción o ratificación de un tratado o cuando se cumplan los requisitos para la existencia de una norma consuetudinaria: la práctica y la *opinio iuris*.

Las apreciaciones sobre la existencia de una norma de carácter consuetudinario deben ser mucho más minuciosas en tanto que afirmar su existencia generaría obligaciones para los Estados. Es innegable que de la práctica de éstos se puede deducir e identificar un cambio progresivo que conduce al reconocimiento del derecho al agua potable y el saneamiento. Tanto es así que la relatora especial, Caterina Albuquerque²⁴, identificó en el año 2011 un conjunto de “buenas prácticas” que algunos Estados habían llevado a cabo con relación a este derecho²⁵. No obstante, no tienen tal entidad como para considerar que nos encontramos ante una norma consuetudinaria. Es evidente que, pese a ser muestra de un amplio consenso político, la adopción de la Resolución no vincula a los Estados y “así, sería prematuro declarar que el derecho humano al agua ha alcanzado el estatus de costumbre internacional”²⁶.

A pesar de que no exista ninguna norma consuetudinaria todavía, instrumentos como la Resolución 64/292 o la Agenda 2030²⁷ ejemplifican la importancia que tiene el *soft law* en el desarrollo progresivo del Derecho, especialmente, en el caso que nos ocupa, del Derecho internacional de los derechos humanos. Concretamente, el Objetivo de Desarrollo Sostenible 6²⁸ establece como objetivos “lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos” y “lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en

²⁴ Catarina de Albuquerque fue desde el año 2008 hasta el año 2014 la relatora especial de Naciones Unidas para el derecho al agua potable y el saneamiento. Funciones que llevó a cabo en primer lugar como experta independiente. Actualmente, desde el 1 de diciembre de 2014, el cargo lo ocupa Léo Heller.

²⁵ *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento*, A/HRC/18/33/Add.1, de 29 de junio de 2011. Disponible en internet en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-33-Add1_sp.pdf [fecha de consulta: 09/11/2018].

Entre otros aspectos, se destacaban en dicho informe la inclusión del reconocimiento del derecho en algunas constituciones y marcos jurídicos nacionales, como es el caso de Sudáfrica, Perú, Hungría o Kenia, entre otros. Sobre todo, se trata de medidas orientadas a garantizar la disponibilidad y accesibilidad del agua en los entornos rurales y más desfavorecidos. Este hecho es de gran importancia ya que “esta inclusión del derecho al agua en textos constitucionales u otros textos legales indica (al menos potencialmente) práctica estatal, asumiendo que los Estados suscriben este compromiso de manera voluntaria para cumplir posteriormente con esta obligación autoimpuesta en sus normas correspondientes”, véase “Re-Conceptualizing the Human...”, *op. cit.*, p. 239.

²⁶ WINKLER, I. T.; *The Human Right to Water. Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation*, Hart Publishing, 2014, 340 pp., p. 97.

²⁷ Como complemento a la Agenda 2030 también es destacable la declaración del “Decenio Internacional para la Acción “Agua para el Desarrollo Sostenible” (2018-2028)”.

²⁸ Como complemento a la Agenda 2030 también es destacable la declaración del “Decenio Internacional para la Acción “Agua para el Desarrollo Sostenible” (2018-2028)”.

situaciones de vulnerabilidad”²⁹. Ambos instrumentos fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas con un amplio respaldo por partes de los Estados lo que nos puede llevar a entender que entender que: “sin ninguna duda, estos documentos son herederos intelectuales de cierta *opinio iuris* sobre la existencia del derecho al agua; sólo así se puede comprender su contenido”³⁰.

Pese a que, como hemos expuesto anteriormente, no podamos hablar de la existencia de una norma consuetudinaria consolidada, las normas de *soft law* se presentan como herramientas muy interesantes ya que “no sólo pueden ser una prueba potencial de una norma consuetudinaria emergente, sino que también pueden cristalizar una norma consuetudinaria emergente”³¹. De este modo, interpretamos que es posible que la costumbre internacional se encuentre en este momento en formación, aunque no ha alcanzado aún el estatus de norma consuetudinaria puesto que, pese al progresivo reconocimiento del derecho humano al agua y el saneamiento en el derecho interno de los Estados, no consideramos que la práctica estatal hasta ahora existente sea amplia y uniforme³².

Por tanto, y una vez expuestos los motivos, nos reafirmamos al considerar que la falta de reconocimiento convencional, sentencias de tribunales internacionales que reconozcan el derecho humano al agua y el saneamiento como un derecho humano autónomo y vinculante, o la ausencia de práctica uniforme de los Estados nos lleva a concluir que: “la práctica estatal existente con relación al acceso al agua y el saneamiento no es percibida como una evidencia de que los Estados respetan las obligaciones principales del derecho humano al agua y el saneamiento de manera independiente a las obligaciones impuestas por el Pacto [de Derechos económicos, sociales y culturales]. Por ello, debemos concluir que el derecho humano al agua y el saneamiento todavía no ha cristalizado en derecho internacional consuetudinario”³³.

²⁹ Objetivos 6.1 y 6.2.

³⁰ EMBID IRUJO, A.; “The Right to Water”, *Water Resources Development*, Vol.23, n°2, 2007, pp. 267-283, p. 272.

³¹ AGUILAR CAVALLO, G.; “The Human Right to Water and Sanitation: From Political Commitments to Customary Rule?”, *Pace International Law Review Online Companion*, 2012, pp. 136-200, p. 186.

³² Tal y como estableció la Corte Internacional de Justicia en el *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, 1969, §74, es necesario que la práctica internacional respecto de la norma se manifieste de manera uniforme de modo que “fuera a la vez amplia y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada y se hubiera producido de tal modo que mostrara un reconocimiento general de que se trataba de una norma jurídica”

³³ KIRSCHNER, A. J.; “The Human Right to Water and Sanitation”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 15, 2011, p. 445-487, p. 465.

Cabe plantearse ahora cuáles son las opciones de cara al futuro para garantizar la protección del derecho humano al agua potable y el saneamiento. En primer lugar, el reconocimiento en ámbitos regionales, como el europeo, puede ser una buena forma de impulsar la codificación con carácter universal. Así, ya se están produciendo avances concretos, como es el caso del protocolo elaborado por la Comisión Económica para Europa³⁴ o los esfuerzos fallidos del Parlamento Europeo³⁵ para que se reconociera como obligación de los Estados miembros el garantizar este derecho.

Sin duda alguna, si no existe un reconocimiento convencional del derecho, aunque podamos admitir que existe una norma consuetudinaria incipiente, sólo queda abogar por la necesidad de codificarlo y recogerlo en un instrumento vinculante, ya sea de nueva creación o, como sería ideal, mediante la reforma de cualquiera de los instrumentos ya existentes para su inclusión. Codificar el derecho humano al agua y el saneamiento debe ser el final del proceso de reconocimiento de éste y permitiría que “las obligaciones y deberes de los Estados fuesen claramente identificables, como también lo serían las violaciones (...) Actualmente, las violaciones del derecho al agua están vinculadas a otros derechos para poder ofrecer una reparación. La codificación del derecho al agua sustituiría esta retórica acrobática y haría a los Estados responsables frente a violaciones específicas”³⁶. Mediante la existencia de esta obligación en materia de derechos humanos los Estados estarían obligados también a rendir cuentas sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones que en él se contienen, así como a introducir en sus respectivos ordenamientos todas las medidas necesarias para garantizar su respeto. Por otro lado, los mecanismos de supervisión garantizarían la reparación de aquellas personas que han sido privadas de su derecho. Es decir, los tribunales internacionales podrían velar directamente por el cumplimiento del derecho pues, ¿cómo se ha garantizado hasta ahora el derecho al agua por los tribunales de derechos humanos?

4. LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

³⁴ Comisión Económica para Europa, *Protocolo sobre el agua y la salud al Convenio de 1992 sobre la protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales*, de 17 de junio de 1999. Disponible en internet en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/ES/1-2001-483-ES-F1-2.Pdf> [fecha de consulta: 10/11/2018].

³⁵ Parlamento Europeo, *European Parliament resolution of 8 September 2015 on the follow-up to the European Citizens' Initiative Right2Water*. Disponible en internet en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0294+0+DOC+XML+V0//EN> [10/11/2018].

³⁶ HUANG, L-Y.; “Not Just Another Drop in the Human Rights Bucket: The Legal Significance of a Codified Human Right to Water”, *Florida Journal of International Law*, nº353, 2008, pp. 353-370, p. 355.

Ante la inexistencia de reconocimiento explícito en instrumentos internacionales de derechos humanos del derecho al agua potable y el saneamiento, su protección sufre una merma considerable. No obstante, ello no ha impedido que los tribunales, a través de la interpretación o por la asociación del derecho al agua con otros derechos existentes y reconocidos, consideren su existencia y la obligación de los Estados en supuestos determinados de garantizarlo.

En Europa es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que se erige como garante de los derechos humanos. Las resoluciones jurisdiccionales en las que ha reconocido el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho son numerosas. Sin embargo, ante la falta de reconocimiento del derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal lo ha reconocido a través, principalmente, de dos de los derechos recogidos en el Convenio: 1) la prohibición de la tortura³⁷ y 2) el derecho al respeto a la vida privada y familiar³⁸. Con relación a la prohibición de la tortura, los pronunciamientos del Tribunal se refieren, por lo general, a las condiciones de las personas privadas de libertad³⁹. Ejemplo de ello es el caso *Tadevosyan c. Armenia*⁴⁰ relativo a la detención de un líder opositor que fue condenado a diez días de detención administrativa por desobediencia a la autoridad. Fue recluso en una celda de diez metros cuadrados junto a otras nueve personas donde no había espacio suficiente para todos, existía falta de ventilación y sólo se les permitía beber agua e ir al baño dos veces al día. Ante tal situación, el Tribunal recordó lo establecido por el informe realizado por el Comité para la Prevención de la Tortura en su visita a Armenia en el año 2002 cuando estableció que: “*Persons in custody should be able to satisfy the needs of nature when necessary, in clean and decent conditions, and be offered adequate washing facilities. They should have ready access to drinking water and be given food at appropriate times*”⁴¹. Por este motivo, el Tribunal determinó que el hecho de no

³⁷ Artículo 3 del Convenio que establece que: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

³⁸ Artículo 8 del Convenio: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

³⁹ Sucede lo mismo con la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su pronunciamiento relativo al caso *Institute for Human Rights and Development in Africa c. Angola*, sentencia de 22 de mayo de 2008.

⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Tadevosyan c. Armenia*, sentencia nº41698/04, tercera sección, 2 de diciembre de 2008. También encontramos pronunciamientos similares en los casos: *Eugen Gabriel Rady c. Rumanía*, *Marian Stoicescu c. Rumanía* o *Fedotov c. Rusia*.

⁴¹ Sentencia § 30.

garantizar el acceso al agua potable y al saneamiento sin restricción alguna durante el periodo de detención suponía un trato degradante contrario artículo 3 del Convenio⁴².

La otra vía de protección y de garantizar el acceso al agua potable y el saneamiento utilizada por el Tribunal es el artículo 8. Este artículo es el que el Tribunal viene utilizando desde en caso *López Ostra c. España*⁴³ para proteger el medio ambiente. En lo relativo al derecho al agua, ha sido utilizado en el caso *Dubetska y otros c. Ucrania*⁴⁴ en el cual el Tribunal conoció de la demanda planteada por un grupo de ciudadanos ucranianos que se habían visto perjudicados por el establecimiento de una mina de carbón a unos cuatrocientos metros de sus viviendas en el año 1979. Ésta estaba provocando la contaminación del suelo y de las aguas subterráneas y con ello la salud de los demandantes debido a la contaminación del agua, aire y suelo se vio afectada. Durante más de veinte años Ucrania no fue capaz de poner una solución a la situación personal de los afectados. Hasta que en el año 2009 se construyó un acueducto los demandantes carecieron de acceso al agua potable⁴⁵, motivo por el que el Tribunal consideró que se había producido una violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también tiene pronunciamientos similares al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo referente a las condiciones de detención. En el caso *Vélez Looor c. Panamá*⁴⁶, relativo a una demanda que planteó el señor Vélez, detenido por carecer de la documentación necesaria para permanecer en Panamá, y en el que el demandante alegó, entre otros aspectos, la privación de agua como una violación a su integridad física. En consecuencia, la Corte determinó que: “El Tribunal observa que la falta de suministro de agua para el consumo humano es un aspecto particularmente importante de las condiciones de detención (...) En consecuencia, los Estados 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 personal”⁴⁷.

⁴² §53.

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *López Ostra c. España*, sentencia nº16798/90, 9 de diciembre de 1994.

⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Dubetska y otros c. Ucrania*, sentencia nº30499/03, 2 de mayo y 18 de octubre de 2011.

⁴⁵ § 152.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Looor c. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

⁴⁷ § 215.

Por esta razón consideró que, al no respetarse los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁸, Panamá era responsable por la violación del derecho a la integridad personal.

No obstante, los pronunciamientos más interesantes de la Corte en materia del derecho al agua son los relativos a las comunidades indígenas⁴⁹. No hay que olvidar que, como hemos mencionado anteriormente, la privación de acceso al agua potable y el saneamiento afecta especialmente a las comunidades más desfavorecidas. En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*⁵⁰ encontramos un caso paradigmático de comunidades que sufren, entre otros aspectos, limitaciones en el acceso al agua potable. Los hechos se remontan al siglo XIX, momento en el cual el Estado comenzó a arrebatar tierras a los indígenas de manera progresiva. Además de verse obligado a trabajar para los terratenientes y las industrias que se habían asentado en su territorio para poder subsistir, desde el año 2003 carecían de servicios de distribución de agua. Sólo desde el año 2009 el gobierno comenzó a garantizar un suministro de agua, aunque nunca en suficiente calidad o cantidad. En este caso, la Corte utilizó el derecho a la vida⁵¹ para obligar al Estado a garantizar el suministro de agua en una cantidad y calidad suficiente, así como a instalar un sistema de saneamiento adecuado. Lo que resulta especialmente destacable es que la Corte hiciera uso de la Observación General n°15 para determinar que las cantidades de agua que estaba recibiendo la comunidad eran insuficientes en tanto que en ésta se recomienda una cantidad mínima de 7,5 litros de agua al día y la comunidad indígena estaba sólo recibiendo 2,3 litros.

En definitiva, la breve casuística aquí expuesta muestra que la protección que los tribunales de derechos humanos garantizan del derecho al agua potable y el saneamiento es indirecta a través de otros derechos que sí gozan de protección convencional. Esta situación es muestra de dos fenómenos: uno positivo y otro negativo. Lo positivo es que los tribunales no son ajenos a las nuevas realidades

⁴⁸ Los artículos 5.1 y 5.2 establecen: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

⁴⁹ Además del caso que aquí brevemente se expone son también destacables los siguientes: *Comunidad indígena Sawhoyamaya c. Paraguay* y *Comunidad indígena Yaky Axa c. Paraguay*,

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010.

⁵¹ Artículo 4 de la Convención.

consecuencia de la proclamación, aunque en instrumentos de *soft law*, del derecho humano al agua y el saneamiento. Por ello, en la jurisprudencia posterior a 2002, año en el que se publicó la Observación General nº15, podemos encontrar referencias e intentos de garantizar en la medida de lo posible este derecho. La parte negativa deriva de la falta de reconocimiento explícito y de codificación del derecho. En primer lugar, porque esta situación puede derivar en que no todas las violaciones del derecho sean reconocidas, provocando que las violaciones no acarreen ningún tipo de consecuencia para los Estados y que no se garantice una reparación justa para las víctimas de las violaciones. En segundo lugar, otro de los factores que impiden la protección adecuada es que el reconocimiento y protección del derecho sólo se lleva a cabo por vía indirecta a través de otros derechos a los cuales el derecho humano al agua y el saneamiento se asocia. Las consecuencias pueden ser la protección circunstancial y limitada del derecho.

5. CONCLUSIONES

En el reconocimiento del derecho humano al agua y el saneamiento ha sido vital la labor que se ha llevado a cabo en el seno de Naciones Unidas. La progresiva introducción del acceso al agua en las conferencias internacionales sobre el medio ambiente y la salud humana sentó las bases para que el Consejo de Derechos Humanos declarara el reconocimiento del derecho vinculado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Resolución 64/292 de la Asamblea General culminó este proceso de reconocimiento progresivo. Sin embargo, para llevar a cabo la tarea de definir el contenido del derecho y su naturaleza la labor del Relator Especial es de gran valor ya que además se ha encargado de elaborar un código de buenas prácticas y de analizar el comportamiento de los Estados. Pese a todo, la labor de las organizaciones internacionales de carácter regional se presenta como la única vía a corto plazo para lograr el reconocimiento efectivo del derecho al agua.

No podemos considerar que en la actualidad exista una norma consuetudinaria asentada que genere obligaciones para los Estados. En todo caso, existe una práctica que nos podría conducir a hablar de costumbre *in status nascendi*. Por ello, la codificación del derecho humano al agua potable y el saneamiento debe ser un objetivo que no puede seguir postergándose en el tiempo. Este reconocimiento explícito por la vía convencional permitiría vincular a los Estados y ejercer sobre ellos medidas de supervisión y control del cumplimiento, así como de rendición periódica de cuentas. El setenta

aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos puede ser el contexto perfecto para incluir el derecho humano al agua y el saneamiento en su catálogo y otorgarle así el estatus y régimen jurídico que se merece.

Los tribunales internacionales han realizado una protección indirecta, que ha sido una herramienta útil para garantizar una protección de mínimos, pero no puede ser el medio a través del cual se garantice el cumplimiento de las obligaciones que contiene el derecho pues sólo permite una aproximación limitada al propio ámbito de protección del derecho al que se vincula en cada una de las ocasiones.

En definitiva, queda mucho por hacer para garantizar la protección adecuada del derecho humano al agua y el saneamiento. Qué duda cabe que en la próxima reforma de los instrumentos universales de protección de derechos humanos su inclusión es más que necesaria. No obstante, tal reforma no parece factible en un corto plazo de tiempo por lo que sólo queda confiar en que los Estados asuman compromisos de manera voluntaria, como en el caso de la Agenda 2030, para garantizar que nadie se vea privado del derecho al agua potable y el saneamiento en un contexto climático cambiante en el que las sequías y la escasez parecen venir para quedarse.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, G.; “The Human Right to Water and Sanitation: From Political Commitments to Customary Rule?”, *Pace International Law Review Online Companion*, 2012, pp. 136-200.
- ALSTON, P.; “Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control”, *The American Journal of International Law*, vol. 78, nº3, 1984, pp. 607-621.
- DE LUIS ROMERO, E., FERNÁNDEZ ALLER, C., y GUZMÁN ACHA, C.; “Derecho humano al agua y al saneamiento: derechos estrechamente vinculados al derecho a la vida”, *Documentación Social*, 170, pp. 217-236.
- EMBID IRUJO, A.; “The Right to Water”, *Water Resources Development*, Vol.23, nº2, 2007, pp. 267-283.
- HUANG, L.; “Not Just Another Drop in the Human Rights Bucket: The Legal Significance of a Codified Human Right to Water”, *Florida Journal of International Law*, nº353, 2008, pp. 353-370.
- KIRSCHNER, A. J.; “The Human Right to Water and Sanitation”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 15, 2011, p. 445-487.
- MITRE GUERRA, E. J.; *El Derecho al Agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*, Iustel, 2012.
- THIELBÖGUER, P.; “Re-Conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for a Hybrid Approach”, *Human Rights Law Review*, 15, 2015, pp. 225-249.
- TULLY, S.; “A Human Right to Access Water? A Critique of General Comment No. 15”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23(1), 2005, pp. 35-63.
- WINKLER, I. T.; *The Human Right to Water. Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation*, Hart Publishing, 2014.