ipea Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Título do capítulo	CAPÍTULO 1 **DEMASIADO CONOCIDO PARA IGNORARLO, DEMASIADO NUEVO PARA RECONOCERLO: LA CONDICIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA A NIVEL MUNDIAL**
Autor(es)	Takele Soboka Bulto
DOI	DOI: http://dx.doi.org/10.38116/9786556350486cap1

Título do livro	**El Derecho al agua como política pública en América Latina: una exploración teórica**
Organizadores(as)	José Esteban Castro Léo Heller Maria da Piedade Morais Alex Ricardo Caldera Ortega
Volume	1
Série	-
Cidade	Rio de Janeiro
Editora	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)
Ano	2023
Edição	1a
ISBN	9786556350486
DOI	DOI: http://dx.doi.org/10.38116/9786556350486

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – ipea 2023

As publicações do Ipea estão disponíveis para *download* gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos). Acesse: http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério do Planejamento e Orçamento.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

CAPÍTULO 1

DEMASIADO CONOCIDO PARA IGNORARLO, DEMASIADO NUEVO PARA RECONOCERLO: LA CONDICIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA A NIVEL MUNDIAL[1]

Takele Soboka Bulto[2]

RESUMEN

No fue sino hasta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Committee on Economic, Social and Cultural Rights – CESCR) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se pronunciara sobre el derecho humano al agua en la Observación General (OG) nº 15 en 2002 que el acceso al agua potable y sanitaria se definió de manera acreditada como derecho humano. El CESCR le hizo lugar al derecho al agua a partir de otros derechos relacionados, un enfoque que ha sido criticado como 'revisionista'. Algunos sostienen que el CESCR inventó un 'novedoso' derecho inexistente de una forma que va más allá de la práctica de los estados en su intento por solucionar una brecha que los estados deberían haber cubierto por medio de la reforma de tratados. Este artículo sostiene que el CESCR ha articulado un derecho preexistente con existencia autónoma previa, si bien latente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR). Sugiere que el enfoque del CESCR respecto del análisis del derecho humano al agua ha fundamentado el derecho sobre una base legal apenas definida, en tanto que limitó su análisis al régimen convencional de derechos humanos. El artículo afirma que un análisis significativo del fundamento normativo del derecho humano al agua debería interpretar el ICESCR conjuntamente con las normas y principios del derecho ambiental y el derecho internacional de aguas. La combinación de los tres regímenes legales revela que el derecho no es un 'descubrimiento' tan novedoso como se le ha reconocido en las normas de tratados internacionales; si bien, ha sido apoyado por la creciente práctica de los estados.

1. Traducción del original en inglés a cargo de María Virginia Ariztoy, agosto de 2020.

2. Profesor asociado en derecho, Escuela de Derecho, Universidade de Addis Abeba, Etiopía. *E-mail*: <tsoboka@yahoo.com>.

1 INTRODUCCIÓN

Por lo general, la condición del derecho humano al agua se destaca por su ausencia normativa. Y su surgimiento fue muy lento y controvertido. Ante su ausencia en el catálogo expreso del ICESCR, la condición del derecho humano al agua se sometió a votación en la Asamblea General de las Naciones Unidas de la ONU en julio de 2010. Esto provocó una encrucijada para muchos países del mundo. Por una parte, se trataba de un derecho demasiado crucial para la subsistencia humana para ser sencillamente ignorado. Por otra parte, los temas relacionados con el agua requieren consenso tanto político como legal de parte de muchos países.

Así, el nacimiento del derecho humano al agua ha sido lento y controvertido. En efecto, quizás ningún otro derecho del catálogo de derechos socioeconómicos internacionales ha sido cuestionado en su condición y fundamento normativo como el derecho humano al agua. No fue sino hasta que el CESCR se pronunciara sobre el derecho humano al agua[3] en la OG[4] nº 15 en 2002 que el acceso al agua potable y sanitaria fue definida como derecho humano (Narain, 2010, p. 917-919; McCaffrey, 2005, p. 93-101). Salvo contadas excecpciones,[5] los principales instrumentos de derechos humanos de la ONU no mencionan explícitamente el pleno derecho humano al agua (McCaffrey, 1992, p. 1-2; Tully, 2005; Gleick, 1998a; Cahill, 2005; Kok, 2005, p. 259; Narain, 2010, p. 919). A falta del cabal reconocimiento legal en los principales instrumentos de derechos humanos de la ONU, el derecho humano al agua crea una jerarquía dentro de una jerarquía, en tanto se ubica en el peldaño más bajo de la categoría de derechos socioeconómicos ya marginalizada. La ausencia de una garantía amplia para el derecho humano al agua en los tratados universales de derechos humanos ha sido calificada diversamente como 'extraña, en el mejor de los casos' (McCaffrey, 2005, p. 94) y 'sorprendente' (Craven, 2006, p. 37-39). Los humanos pueden sobrevivir más de un mes sin alimento, pero solamente alrededor de una semana sin agua, ya que el peso de su cuerpo está constituído entre un 60% y un 80% por agua, según la persona (McCaffrey, 2001, p. 3). Resulta alarmante que un derecho tan básico y fundamental para la mera subsistencia humana no haya sido expresado explícitamente en ninguno de los tratados de derechos humanos de la ONU.

Por lo tanto, los recientes intentos por establecer el derecho humano al agua han estado plagados de insuficiencia legal (ACNUDH, 2010, p. 919; Huang, 2008,

3. De acuerdo con la OG nº 15, el derecho humano al agua 'es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico' (ONU, 2002, p. 2).

4. Las OGs son interpretaciones de organismos de control expertos en derechos humanos acerca del contenido de las disposiciones de tratados de derechos humanos a los que deben controlar. Si bien son extremadamente persuasivas, no son vinculantes desde el punto de vista legal.

5. Ha habido un reconocimiento calificado de (aspectos del) derecho en tanto elemento constitutivo de otros derechos tales como el derecho a la salud. Dicho enfoque restringe el alcance del derecho de manera tal que solamente puede ser invocado en circunstancias y para beneficios específicamente limitados [sic] un grupo definido de personas protegidas por regímenes pertinentes de tratados de derechos humanos. Ver la sección 2, a continuación.

p. 353-354; Narain, 2010, p. 919). El CESCR ha debido 'inferir'[6] el derecho de los términos implícitos en los arts. 11 y 12 del ICESCR,[7] que estipula respectivamente el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel alcanzable de salud física y mental. Consecuentemente, el CESCR fue pionero al afirmar sin duda que el ICESCR contiene disposiciones que contienen implícitamente un derecho humano al agua autónomo.[8]

Sin embargo, por todo su enfoque innovador que hace lugar al derecho humano al agua a partir de otros derechos más explícitos del ICESCR, el CESCR y su OG nº 15 han sido criticados como 'revisionistas' (Tully, 2005, p. 37) y su enfoque respecto de la interpretación de los arts. 11 y 12 del ICESCR como 'poco reflexivo' (Tully, 2006, p. 461). El CESCR ha sido amonestado por 'inventar' un 'nuevo derecho al agua' (Tully, 2005, p. 35), al que algunos hacen referencia como a 'un recién nacido' (McCaffrey, 2005, p. 115), de una forma que – según estos comentaristas – difiere de las prácticas de los estados o se anticipa a ellas, o lo que los Estados parte conciben una vez ratificado el ICESCR[9] o adheridos a él. El derecho humano al agua continúa así siendo un tema favorito de controversia académica.

Los argumentos en contra del reconocimiento del derecho al agua ya han adoptado dos enfoques relacionados: para algunos, el derecho carece de una expresión explícita y abarcativa en la legislación internacional de derechos humanos de manera que no existe como tal (Cahill, 2010, p. 194; McCaffrey, 2005); para otros, puede provenir de otros derechos como el derecho a la salud y el derecho a la vida pero su alcance es limitado. Por ejemplo, no puede ser reclamado excepto cuando los derechos de los cuales forma parte se ven amenazados por la falta de una cantidad o cualidad adecuadas de agua (Cahill, 2005). Eso quiere decir que el derecho al agua es un derecho derivado o complementario, disponible solamente en el contexto de los otros derechos más explícitos del ICESCR. En este sentido, el derecho al agua es un derecho auxiliar que está subordinado a otros derechos protegidos explícitamente, y depende del derecho principal, en cuyo interés se garantiza el acceso al agua (Cahill, 2010, p. 194). Así, carece de independencia por derecho propio, y no se puede demandar su materialización *per se*. De acuerdo con este argumento,

6. 'Inferencia' es un acto de interpretación por el cual un organismo judicial o cuasi judicial, de conformidad con el objeto y propósito de un instrumento legal, incluyen en su interpretación de un instrumento legislativo palabras o frases que no fueron enunciadas explícitamente en el documento. El efecto es la interpretación del instrumento *como si* ciertas palabras aparecieran en la ley. Las palabras se 'incluyen' teóricamente para reflejar de forma expresa, y por lo tanto más fácilmente observable, la verdadera interpretación de las palabras utilizadas en efecto por medio de una interpretación forzada' (Spigelman, 2008, p.133-134).

7. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución nº 2.200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966; entrada en vigencia el 3 de enero de 1976.

8. Como observó Langford (2005, p. 273-275): '[l]a Observación General nº 15 puede resultar algo sorpresiva. La palabra 'agua' no aparece en el pacto [ICESCR]. Las declaraciones internacionales recientes... no mencionan el derecho al agua.'

9. McCaffrey (2005, p. 94) argumenta lo siguiente: 'Si bien están lejos, los Estados parte del pacto no han objetado la interpretación contenida en la Observación General [nº 15], la práctica de los Estados se resuelve más por acumulación que por avulsión. De este modo, puede llevar un tiempo hasta que los países reaccionen, de un modo u otro'.

el acceso al agua potable y sanitaria debería estar incluido en otros derechos y ser reclamado de ese modo.

Por consiguiente, el terreno normativo que subyace al derecho humano al agua continúa siendo un poco engañoso. La literatura académica sobre el derecho humano al agua ha aportado a la confusión predominante y ha dado cierta credibilidad a la reticencia de los Estados a reconocer e implementar el derecho en el ámbito nacional. Por ejemplo, la Resolución de la Asamblea General que reconoció el agua como derecho humano fue aprobada con un voto positivo de 122 estados, en tanto que 41 se abstuvieron, creyendo que no les correspondía ninguna obligación legal de asegurar el derecho a sus respectivos residentes (ONU, 2010). Se trata de una tendencia doblemente peligrosa. Por una parte, da lugar a que los estados eviten abiertamente la responsabilidad de materializar el derecho. En efecto, surgió la OG nº 15 del CESCR surgió ante la alarma del comité al 'confrontarse continuamente con el rechazo generalizado al derecho al agua tanto en países en vías de desarrollo como en países desarrollados' (ONU, 2002, p. 1). Ante la ausencia de reconocimiento formal del derecho, no se aplican las obligaciones correlativas de los derechos humanos por parte de los estados de *respetar, proteger y satisfacer* el derecho.[10] Por otra parte, los titulares del derecho no tendrían forma de hacer valer su derecho ni de que se repararan las violaciones al mismo. A menos que el derecho se establezca firmemente, la falta de acceso al agua potable y sanitaria básicas daría lugar a un escenario en el que 'no existe incumplimiento de la obligación, nadie está en falta, no hay a quien responsabilizar, no hay a quien culpar, no hay quien compense' (O'Neill, 2005, p. 427-430). Ante la situación de exacerbada escasez de recursos de agua dulce y el creciente número de personas sin acceso básico alos mismos,[11] el análisis de la incertidumbre que rodea al fundamento legal y la condición del derecho humano al agua no reviste solamente interés académico. También es parte del abordaje de los problemas prácticos de garantizar a los titulares del derecho el acceso al agua para necesidades básicas por medio de la explicación del fundamento legal y las obligaciones de los estados relacionados con dicho acceso. Puede ayudar a los titulares de derechos, activistas, litigantes, legisladores y garantes de derechos en la interpretación, aplicación y remediación del derecho en cuestión.[12]

10. Todo el régimen internacional de derechos humanos ha sido creado para establecer una relación binaria de derecho-obligación, es decir entre los titulares de derechos y los garantes de esos derechos. Ver Salomon (2007, p. 132) y Mégret (2010, p. 130-132).

11. Actualmente, unos 884 millones de personas carecen de fuentes seguras de agua potable, mientras 2.600 millones no isponen de servicios mejorados de saneamiento. Lo que es peor, estas cifras no reflejan toda la verdad en tanto millones de personas pobres que viven en asentamientos informales simplemente no están contabilizados en las estadísticas. Ver ACNUDH (2010, p. 1) y ONU (2010).

12. En este sentido, suele denominarse a los comentaristas académicos como 'sociedad abierta de intérpretes legislativos' en tanto grupo de 'sociedad libre y racional receptiva a un intercambio pluralista de fuerzas e ideas' que forjan el destino de un determinado instrumento legal. Ver Plessis (1996, p. 214-215).

Este artículo sostiene que el derecho al agua ha sido un componente implícito y latente de otros derechos socioeconómicos garantizados más explícitamente en el ICESCR, pero como un derecho autónomo. Demuestra que la OG nº 15 del CESCR únicamente ha articulado un derecho preexistente que ha tenido existencia autónoma previa y un sólido fundamento legal en el ICESCR, y que se encuentra apoyado por la práctica de los estados, el derecho internacional ambiental y el derecho internacional de aguas. También sugiere que el enfoque del CESCR respecto del análisis del derecho humano al agua ha basado el derecho sobre un fundamento legal apenas definido, en tanto limitó su análisis al régimen de los derechos humanos. El artículo afirma que un análisis significativo del fundamento normativo del derecho humano al agua debe interpretar el ICESCR conjuntamente con las normas y principios del derecho internacional de aguas y el derecho ambiental. La combinación de los tres regímenes legales revela que el derecho ha sido reconocido en forma latente y evidente en las normas pertinentes de tratados internacionales y ha sido apoyado por la creciente práctica de los estados.

La sección 2 grafica el fundamento normativo del derecho humano al agua en textos relevantes de tratados de derechos humanos. Las secciones 3 a 5 analizan los tres enforques del 'descubrimiento' del derecho humano al agua, a través del cual el CESCR ha fundamentado el derecho humano al agua, latente en el corpus de la legislación internacional de derechos humanos en general y el ICESCR en particular. La sección 6 analiza los desarrollos paralelos más allá del régimen de derechos humanos. Resalta el creciente reconocimiento de los derechos humanos al agua como parte de debates sobre principios de derecho internacional ambiental y derecho internacional de aguas. La sección VII une todos los puntos y concluye que el derecho humano al agua es un derecho independiente, con su fundamento legal disperso en el ICESCR, el derecho internacional de aguas y el derecho internacional ambiental.

2 EL DERECHO HUMANO AL AGUA EN LOS TEXTOS DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

A pesar de la relativa marginalización que ha caracterizado la implementación de los derechos internacionales sociales y económicos en comparación con la de sus contrapartes civiles y políticos (Oloka-Onyango, 2003, p. 851; Heyns, 2002, p. 137; Eide y Rosas, 2001, p. 3; Beetham, 1995, p. 41), los primeros ya han superado la etapa en su desarrollo normativo en la que se formulaban preguntas respecto de si son derechos *per se* o son aspiraciones de carácter moral desprovistas

de fundamento legal.[13] La protección jurídica de los derechos sociales y económicos surgió mucho más tarde que la que concedida a los derechos civiles y políticos, cuyos estándares han atravesado largos procesos de desarrollo progresivo, explicación de normas y escrutinio judicial (Robertson, 1994, p. 693-694; Alston, 2009, p. 2). Por cierto, los derechos socioeconómicos recién alcanzaron su total prominencia a fines del siglo XX (O'Neill, 2005, p. 427). Como consecuencia de ello, el ámbito, el contenido central y las obligaciones concomitantes de los estados relativas a los derechos sociales y económicos aún se encuentran en evolución (Leckie y Gallagher, 2006, p. 13). Sin embargo, en tanto estos derechos se han consagrado formalmente en tratados internacionales de derechos humanos, la identificación de un fundamento legal específico para la mayoría de las garantías de los derechos socioecómicos normalmente se ha convertido simplemente en cuestión de encontrar una disposición específica en los tratados de derechos humanos pertinentes. Incluso aquellos críticos acérrimos de la protección o justiciabilidad legal internacional de los derechos socioeconómicos concuerdan en que este grupo de derechos actualmente ha alcanzado reconocimiento universal (O'Neill, 2005, p. 429; Dennis y Stewart, 2004, p. 462). La pregunta principal que surge en relación con estos derechos atañe a la creación de formas de mejorar su justiciabilidad y aplicación, así como a la evaluación del contenido normativo de los derechos y las obligaciones estatales correspondientes que el reconocimiento internacional conlleva. Como menciona Scheinin: '[e]l problema relativo a la naturaleza legal de los derechos sociales y económicos no se relaciona con su validez sino con su aplicabilidad' (Scheinin, 2001, p. 29). Pero en tanto están establecidos en disposiciones explícitas de tratados de derechos humanos, rara vez surgen dudas acerca de la existencia misma de los derechos (Russell, 2002, p. 11).

No puede decirse lo mismo del derecho humano al agua. Como se mencionó al comienzo, el derecho humano al agua aún lucha por alcanzar una condición similar a la de otros derechos socioeconómicos reconocidos explícitamente. Un tratado de derechos humanos que menciona el derecho al agua por su nombre es más una excepción que la norma. Esto impidió que la Subcomisión para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos de la ONU designara a su relator especial sobre el derecho al agua. Al observar que el derecho humano al agua estaba indefinido, la comisión tuvo que posponer temporalmente la designación de su primer relator especial (Tully, 2005, p. 36). Solicitó a un jurista senegalés, el sr. El-Hadji Guisse, que investigara la condición del acceso al agua para fines sanitarios y de consumo (Tully, 2005). El sr. Guisse presentó su informe sobre

13. Principalmente entre los primeros escépticos se encuentra Vierdag, quien sostenía que 'únicamente los derechos exigibles serán considerados derechos jurídicos 'reales' y 'la falta del procedimiento de reclamación en virtud del ICESCR reduciría los derechos consagrados en él a nada más a derechos exhortativos'. Según él, la palabra 'derechos' debería ser reservada '[p]ara aquellos derechos que sus titulares pueden hacer cumplir en tribunales de justicia, o de manera similar' (Vierdag, 1978, p. 69-73). Ver también Van Hoof (1984, p. 97).

el derecho al agua (Guissé, 1998) y posteriormente se le confió la promoción y protección del derecho humano al agua como relator especial sobre dicho tema (Tully, 2005, p. 36).

El derecho ha sido un 'gran desconocido' en el catálogo de derechos humanos, tan es así que algunos incluso han preguntado 'si es adecuado llamarlo de ese modo [derecho humano]' (Hiskes, 2010, p. 326-327). Esto ha significado que se planteen dudas acerca de la propiedad en el uso del artículo definido antes dela palabra derecho, es decir '*el* derecho al agua' en contraposición con '*un* derecho al agua' (McCaffrey, 2005, p. 93-94; McCaffrey y Neville, 2009, p. 679-681). El argumento es que no se puede conceder al derecho humano al agua la misma condición legal y reconocimiento que a los demás derechos socioeconómicos más explícitamente garantizados dentro del corpus existente del régimen internacional de derechos humanos. Incluso algunos han exigido la adopción de una convención mundial que le acuerde al derecho la condición de derecho *per se* (Tetzlaff, 2005, p. 31). De este modo, todo análisis significativo de los problemas de implementación del derecho y las obligaciones que este supone para los estados debe examinar el fundamento normativo del derecho como punto de partida.

La implementación de un determinado derecho humano depende de la medida de su reconocimiento legal en un instrumento vinculante. Resulta difícil para los órganos judiciales y de control atender a las violaciones de un derecho que es impreciso acerca de la garantía individual o la obligación estatal que conlleva (Tully, 2006, p. 127). Después de todo, la existencia de un derecho humano está supeditada a su aprobación formal en determinado régimen legal (Tully, 2006, p. 102). Esto se aplica al derecho humano al agua. Asimismo, la oscuridad del fundamento normativo (por tanto, el contenido) de un derecho dificultaría mucho más a los titulares o activistas y litigantes de los derechos actuar en nombre de dichos derechos a fin de 'detectar' los incumplimientos con facilidad y especificidad, lo que impactaría negativamente en su implementación y aplicación (Bulto, 2009, p. 135). Por lo tanto, el ex relator especial sobre el derecho al agua, el sr. El-Hadji Guisse, halló esencial identificar y explicar la fundamentación legal del derecho humano al agua 'dado que resultaría imposible que las personas exigieran este derecho sin un texto legal que las respalde'.[14]

Las disposiciones explícitas del ICESCR y la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[15] guardan silencio acerca del derecho al agua. A nivel universal, existen únicamente dos instrumentos de derechos humanos que hacen referencia explícita al agua, si bien de manera breve (Dugard, 2006, p. 4).

14. Comunicado de prensa: '[ONU] Subcomisión da inicio al estudio de los derechos económicos, sociales y culturales', 55º período de sesiones, 2003, p. 1. Disponible en: <https://bit.ly/3QhtDuu>.

15. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución nº 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

En la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDCM) de la ONU,[16] los Estados parte están obligados a garantizar a las mujeres el derecho a 'disfrutar de condiciones de vida adecuadas, particulamente en relación con... el suministro de agua'.[17] En virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)[18] de la ONU, los Estados parte asumen el compromiso de combatir la enfermedad y la desnutrición 'por medio del suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre'.[19]

En tanto estas disposiciones son los únicos instrumentos globales que establecen explícitamente el derecho humano al agua (Cahill, 2005, p. 391), están lejos de ser completas. En la CETFDCM, el derecho al agua es reconocido únicamente en el contexto de garantizar condiciones de vida adecuadas a las mujeres, y, discutiblemente, no se aplica a ningún otro grupo de personas. En la CDN, se trata de un medio para evitar enfermedades y desnutrición infantiles. El alcance de estas disposiciones excluye a los adultos, ya que se aplica a los niños únicamente. Además, aun en relación con los beneficiarios del instrumento, los niños, la disposición de la CDN únicamente se refiere a un aspecto específico, la calidad del agua, y guarda silencio respecto de la cantidad de agua que los beneficiarios tienen derecho a reclamar (Cahill, 2005, p. 391; Woodhouse, 2004, p. 171-173; Lautze, Giordano y Borghese, 2005, p. 41-42). Asimismo, la CDN y la CETFDCM solo depositan la obligación en los gobiernos a fin de garantizar que se brinde a las personas el derecho humano al agua, pero no ofrecen las garantías subjetivas correspondientes a los seres humanos en términos de derechos humanos (McCaffrey, 2005, p. 98).

3 LA EVOLUCIÓN A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN: LA OG Nº 15 DEL CESCR Y MÁS ALLÁ

Hasta la fecha, la interpretación más amplia y acreditada del derecho humano al agua corresponde a la OG nº 15 del CESCR, adoptada en noviembre de 2002 (McCaffrey y Neville, 2009, p. 679-682). Su adopción atrajo una mayor atención por parte de académicos y profesionales respecto del análisis de las dimensiones teóricas y prácticas del incipiente derecho humano al agua (Riedel, 2006, p. 19; Narain, 2010, p. 919). Por cierto, nada de lo que se diga sobre la contribución de la OG para con el debate que rodea el desarrollo y la explicación del derecho humano al agua será exagerado. En primer lugar, enunció con claridad y por primera vez que existe un derecho humano autónomo al agua en virtud de instrumentos existentes

16. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución nº 34/180 del 18 de diciembre de 1979; entrada en vigencia el 3 de septiembre de 1981.

17. CETFDCM, art. 14, n. 2. Disponible en: <https://bit.ly/3zgOCXi>.

18. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución nº 44/25 del 20 de noviembre de 1989; entrada en vigencia el 2 de septiembre de 1990.

19. CDN, art. 24, n. 2. Disponible en: <https://bit.ly/3Q02I6a>.

de derechos humanos, en particular el ICESCR (ONU, 2002, p. 2). En segundo lugar, elaboró el contenido normativo del derecho en virtud del ICESCR (ONU, 2002, p. 10-15). Además, el CESCR abordó las tipologías y el alcance de las discretas obligaciones que tienen los Estados en la materialización de los derechos humanos al agua (*op. cit.*, p. 17-38).

3.1 El enfoque de la interpretación teleológica

La falta de una protección explícita al derecho humano al agua forzó al CESCR a encontrar formas innovadoras de fundamentar el derecho humano al agua en los términos flexibles e inclusivos del ICESCR por medio del uso de la interpretación teleológica (intencional). Este enfoque prescribe que se debería dar primordial importancia al objeto y propósito de una disposición legal, en lugar de darle un significado limitado y restringido al instrumento. El efecto general es el requerimiento de que un tribunal u órgano cuasi judicial prefiera una apreciación que promueva el propósito de la legislación en todas las etapas del proceso de interpretación (Hall y Macken, 2009, p. 73-74; Gifford, 1990, p. 49-51). Un método de interpretación que resulta esencial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Delmas-Marty, 1992, p. 292; Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 21-22), la Comisión Africana (Chirwa, 2008, p. 323-338)[20] y los tribunales nacionales (Gifford, 1990, p. 49), el enfoque teleológico de la interpretación de tratados – también llamado enfoque de interpretación intencional (Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 21) – prescribe que las ambigüedades y lagunas en las disposiciones de los tratados deberían ser interpretadas de manera tal que atiendan mejor al objeto y propósito del tratado (Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 21; Delmas-Marty, 1992, p. 292-293).

Se utiliza la interpretación teleológica, entre otros, con el fin de provomer los objetivos para los cuales se diseñó el estado de derecho y de llenar los vacíos legales de una determinada orden jurídica (Schermers y Waelbroeck, 2001, p. 21). El enforque del CESCR en su OG nº 15 sirve a estos dos propósitos. Al definir las garantías de los titulares de derechosy las obligaciones de los garantes de los derechos relativas a la materialización del derecho humano al agua, expandió y promovió los derechos humanos garantizados en virtud del ICESCR. Y lo que es más importante, al explicar el contenido latente del ICESCR en relación con el derecho humano al agua, intentó llenar la laguna en el régimen de protección relativo al derecho humano al agua que dejó el ICESCR al no incluir términos explícitos.

20. De conformidad con la norma que rige la interpretación en virtud del art. 31, n. 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El CESCR hizo lugar a un derecho al agua independiente, entre otros, a partir de las disposiciones del art. 11 (*el derecho a un nivel de vida adecuado*) del ICESCR. El art. 11, n. 1, establece que:

> Los Estados parte 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 una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte 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 (ONU, 2002).

El CESCR pone especial énfasis en el uso de la palabra 'incluso' en la frase 'incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados'. El CESCR no se disuadió ante la falta de mención del derecho al agua en el listado, y consideró la forma en que la palabra 'incluso' aparece delante de la lista (alimentación, vestido y vivienda) como indicador del hecho de que el catálogo de derechos garantizados en virtud del art. 11, n. 1, del ICESCR no es exhaustivo. Dado que el art. 11 pretende garantizar a los titulares el derecho a un nivel de vida adecuado, cuyos prerrequisitos comprenden alimentación, vivienda y vestimenta, la inclusión del derecho al agua en la lista se encuentra en consonancia con el objeto y propósito del art. 11, n. 1. El acceso a una adecuada cantidad y calidad de agua resulta tan crucial – o, discutiblemente, más aún – como los elementos garantizados más explícitamente del derecho al nivel de vida adecuado enunciado en virtud del art. 11, n. 1.

Por lo tanto, el enfoque del CESCR se ha ocupado de no excederse del ámbito del art. 11, en tanto que únicamente agregó un componente similarmente esencial de los derechos garantizados en virtud de dicha disposición. El CESCR estableció: '[e]l derecho al agua claramente recae en la categoría de garantías esenciales que aseguran un adecuado nivel de vida, en particular, dado que es una de las condiciones más fundamentales para la subsistencia' (ONU, 2002, p. 3).

3.2 OG nº 15 y el descontento en torno a ella

A pesar de la utilidad que tiene en la explicación acreditada del derecho al agua, la OG nº 15 ha concitado críticas. La más importante la formuló Tully (2005), quien criticó severamente la manera en la que el CESCR utilizó el término 'incluso' a los fines de encontrar el derecho humano al agua en el art. 11 (*op. cit.*, p. 37). Señalando la imprecisión del término 'incluso', sostiene que deja librados a 'la especulación el número y naturaleza de otras características esenciales de un nivel de vida adecuado pero no explícitamente garantizado por el pacto [ICESCR]' (*idem, ibidem*). Tully (2005) enumera un sinfín de posibles candidatos para ser incluidos en la palabra 'incluso' del art. 11, y sostiene que si uno tuviera que seguir el enfoque del CESCR la lista incluiría cosas como accesso a internet y servicios de entrega postal (*idem, ibidem*). En esencia, exige una interpretación restrictiva

de las disposiciones de los tratados cuando el lenguaje utilizado en las disposiciones deltratado en cuestión es vago y susceptible de producir interpretaciones divergentes. Así también, critica al CESCR por su enforque 'revisionista' en la OG nº 15 que intenta solucionar un vacío que, según él, los Estados parte deberían haber llenado por medio de la enmienda del tratado (Tully, 2005).

Sin embargo, las argumentaciones de Tully (2005) flaquean en numerosos puntos. El uso de la palabra 'incluso' no resulta nueva en la redacción de documentos legales puesto que ningún órgano legislativo, ya sea nacional o internacional, puede ser completamente exhaustivo en la lista de derechos y comportamientos que pretende regular. En los procesos de redacción de tratados de derechos humanos, las ambigüedades tales como la aquí mencionada son constructivas, en tanto permiten la incorporación de incipientes derechos fundamentales que escapan a la lista explícita del órgano legislativo en un momento particular, el mejor ejemplo de lo cual es el mismo derecho al agua (Greenawalt, 1999, p. 128).[21] En los casos en que un tratado tiene márgenes variables, la explicación del contenido normativo es la tarea específica de los órganos de interpretación de tratados, tales como el CESCR. Dichas ambiegüedades dan lugar a que se actualicen y elaboren normas de tratados de conformidad con los problemas internacionales emergentes sin necesidad de recurrir necesariamente a los rigorosos procedimientos de enmienda de tratados (Greenawalt, 1999, p. 228).

Asimismo, la advertencia de Tully (2005) en contra de la prosecución del enfoque intencional del CESCR respecto de la interpretación de tratados malinterpreta la OG nº 15, así como las normas básicas de interpretación jurídica.[22] En cuanto a lo primero, el enfoque de Tully (2005) equipara el derecho humano al agua con los servicios postales y el acceso a internet. La lectura de la OG nº 15 revela que la elección de las palabras se realiza cuidadosamente a fin de incorporar únicamente aquellos derechos que son fundamentales y que pueden adecuarse claramente a la lista de derechos esenciales para el 'nivel de vida adecuado' garantizado en virtud del art. 11. Tal como comenta el CESCR (2002) en la OG nº 15, el derecho al agua fue incluido en la lista 'particularmente puesto que es una de las condiciones más fundamentales para la subsistencia' (ONU, 2002, p. 3). Este enfoque del CESCR obvia la posibilidad de incluir una lista interminable de categorías no tan esenciales bajo la apariencia de la imprecisión que tiene el art. 11, n. 1, a través de la palabra 'incluso'. Gronwall (2008) observó que el enfoque del CESCR significa que '[no] resulta nada probable que haya un aluvión de nuevos derechos solo porque se reconozca la condición especial del derecho al agua' (Gronwall, 2008, p. 215).

21. También se aplica a la interpretación de leyes nacionales.
22. Para una valoración crítica de los argumentos de Tully (2005), ver Langford, (2006, p. 433) .

Cierto es que el argumento de Tully de que la palabra 'incluso' no es precisa es indudablemente correcto. Pero resulta igualmente claro que la palabra imprecisa se agregó desde el comienzo para incluir algunos derechos no nombrados y no es un significante vacío. Y, si la palabra imprecisa 'incluso' implica cualquier derecho latente, el derecho humano al agua que busca garantizar las necesidades esenciales de la vida entra dentro de esta categoría. Un enfoque que excluye el derecho humano al agua de esas garantías implícitas en la palabra 'incluso' en virtud del art. 11, n. 1, vuelve al contenido latente de la disposición prácticamente sin sentido e inaplicable. Esto nos plantea la pregunta de si existe un derecho más esencial para la mera subsistencia humana que merezca ser incluido en el art. 11, n. 1, del ICESCR antes que el derecho humano al agua.

Por cierto, el enfoque del CESCR de hacer emanar derechos humanos latentes a partir de otras garantías de derechos humanos relacionados y más explícitos ha sido aceptada por otros tribunales. En el sistema europeo de derechos humanos, los derechos humanos ambientales han sido derivados de otros derechos tales como el derecho al respeto por la vida privada y la vida familiar.[23] Del mismo modo, el enfoque ha sido utilizado en el sistema africano de derechos humanos, donde no existe protección explícita al derecho humano al agua (Bulto, 2011a; 2011b). El tribunal continental de derechos humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), utilizó el mismo enfoque aplicado por el CESCR al encontrar el derecho humano al agua en disposiciones explícitas del tratado regional de derechos humanos. En el Grupo de Asistencia Legal Gratuita y Otros vs Zaire, la comisión decidió que 'ante la falta del gobierno de proporcionar servicios básicos tales como agua potable salubre y electricidad, y ante la escasez de medicamentos… este incurre en una violación del art. 16 [*El derecho a la salud*]' (Free Legal Assistance Group *et al.*, 1995) Del mismo modo, en la causa del Social and Economic Rights Action Center (Serac), la comisión decidió que la contaminación de las fuentes de agua potable por parte de actores estatales o no estatales constituía una violación del art. 16 (*El derecho a la salud*) y el art. 24 (*El derecho a un ambiente satisfactorio*).[24] En la causa contra Sudán, la comisión dictaminó que 'el derecho al agua [está] garantizado implícitamente en virtud de los arts. 4, 16 y 22 del acta tal como lo informan los estándares y principios de la legislación internacional de derechos humanos' (Sudan Human Rights Organisation y Cohre, 2009). Estas decisiones ejemplifican la aceptación y aplicación por parte de la comisión de la misma lógica (que la del CESCR) en cuanto a la inferencia del derecho humano al agua a partir de otros derechos explícitos.

Si bien el derecho al agua ha sido reconocido en algunas jurisdicciones nacionales tales como India y Argentina mucho antes que el CESCR adoptara

23. Para un análisis excelente y un resumen de estas causas, ver Pedersen (2008, p. 73).
24. Ver causa Serac, disponible en: <https://bit.ly/3ROf6bh>.

su OG nº 15 en 2002,[25] la OG nº 15 también ha sido aceptada y ha comenzado a influenciar las decisiones judiciales a nivel nacional en lo relativo al derecho humano al agua. Esto ha podido observarse en Argentina, donde los tribunales directamente han citado la OG nº 15 del CESCR en el curso de la formulación de sus decisiones (Courtis, 2008, p. 163-179). Del mismo modo, en Sudáfrica, un país que incluso no es parte del ICESCR, tanto la Corte Suprema[26] como la Cámara Superior de Apelaciones[27] han remitido y citado directamente a la OG nº 15 del CESCR. El enfoque del CESCR y la OG no es necesariamente nuevo y ha sido parte de la jurisprudencia nacional y regional de derechos humanos.

En cualquier caso, excluir el derecho humano al agua de los derechos no mencionados concebidos por la palabra 'incluso' en virtud del art. 11, n. 1, del ICESCR se hubiera desviado de las normas de interpretación de tratados en general. La interpretación restrictiva de los tratados no constituye un método interpretativo aceptado en la legislación internacional (Orakhelashvili, 2003, p. 529-530; Brownlie, 1998, p. 636; Bernhardt, 1999, p. 11). Los tratados deberían ser interpretados a la luz del 'objeto y propósito' general del tratado en cuestión.[28] El objeto y propósito de un tratado de derechos humanos es la efectiva protección de los derechos humanos (Linderfalk, 2003, p. 429, 433-435), y la exclusión de algunas de las garantías básicas (como el derecho humano al agua) del ámbito del ICESCR no tiene el efecto de promover la protección de los derechos humanos. Como enfatizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),

> la interpretación [de un tratado de derechos humanos] que debe adoptarse no puede resultar en el debilitamiento del sistema de protección establecido [por el tratado], teniendo en cuenta el hecho de que el propósito de dicho instrumento es la protección de los derechos básicos de los seres humanos (Corte IDH, 1984, p. 24).

Se ha debatido que la falta de una disposición explícita y abarcativa respecto del derecho humano al agua en los tratados de derechos humanos de la ONU no supone que haya existido una intención de excluir el derecho humano al agua. Según Craven (2006), el derecho 'no se encuentra aquí ni allá' ya que no hubo una omisión intencional ni una exclusión deliberada del derecho al agua de la lista enunciada en el art. 11, n. 1, del ICESCR (Craven, 2006, p. 41). El análisis agudo de los *travaux preparatoires* del ICESCR reveló que el derecho al agua no

25. La Corte Suprema de India, por ejemplo, ha derivado el derecho humano al agua a partir del derecho a la vida. Dictaminó que el derecho a la vida 'incluye el derecho de gozar de agua y aire no contaminados para el completo disfrute de la vida'. Ver Subhash Kumar v State of Bihar, 1991 A.I.R., 420, 424 (Corte Suprema de India, 1991). Disponible en: <https://indiankanoon.org/doc/1646284/>.

26. Ver, por ejemplo, Mazibuko *et al*. y Johannesburg *et al.*, causa nº 06/13885, 30 de abril de 2008, p. 36, 124 y 128. Disponible en: <https://bit.ly/3lqASpH>.

27. Disponible en: <https://bit.ly/3zhnpDJ>.

28. Ver art. 31, n. 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado el 23 de mayo de 1969; entrada en vigencia el 27 de enero de 1980.

fue discutido (Craven, 2006, p. 40) ni rechazado (Langford, 2006, p. 439) en el curso de la redacción y adopción del ICESCR. Algunos sostenían que su inclusión se daba por sentada, como el aire, como precondición del disfrute de todos los demás derechos humanos, o bien que los redactores del ICESCR no se dieron cuenta de que el agua iba a resultar un recurso tan escaso (McCaffrey, 2005, p. 94; McCaffrey y Neville, 2009, p. 681). La situación que rodea la omisión del derecho humano al agua de la lista enunciada en el art. 11, n. 1, representa así una neutralidad de los redactores respecto del derecho, un tipo que 'no fue deseado ni rechazado' (Craven, 2006, p. 38) de modo tal que la ausencia del derecho humano al agua de dicha enumeración no es una ausencia que incluye ni que excluye 'pero resulta simplemente de la falta de conocimiento/reconocimiento' (*idem, ibidem*).

En conclusión, la ausencia de una disposición explícita sobre los derechos humanos al agua no significa que el derecho al agua no esté garantizado en virtud del ICESCR. Por el contrario, puede ser visto como parte de la lista ilustrativa del art. 11 del ICESCR. Dicho de otro modo, el derecho humano al agua puede ser tratado como un derecho independiente que merece la misma protección que los demás derechos más explícitos enumerados en el art. 11 del ICESCR. Así, el derecho al agua no depende de descubrir las violaciones de otros derechos relacionados sino que es un derecho autónomo que puede ser violado cuando se infringen sus elementos constitutivos. En este sentido, el derecho humano al agua no es más 'nuevo' ni 'recién nacido' que los derechos más explícitos tales como el derecho a la alimentación y la salud, del cual es un hermano innombrado en virtud del art. 11 del ICESCR. Por lo tanto, el descubrimiento – y no un invento – del CESCR de un derecho al agua independiente en virtud del art. 11 está en consonancia con las normas de interpretación de tratados que hacen hincapié en la necesidad de promover el objeto y propósito del instrumento particular.

4 EL ENFOQUE DERIVADO

Además del enfoque teleológico (intencional) respecto de la interpretación que se aplicó al art. 11 del ICESCR, el CESCR empleó también un enfoque que surge de la derivación del derecho humano al agua a partir de otros derechos garantizados explícitamente. En la OG nº 15, utilizó el art. 12 del ICESCR que garantiza el derecho al disfrute del máximo nivel alcanzable de salud física y mental. El art. 12, n. 1, estipula: 'los Estados parte del presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental' (ONU, 2002).

El CESCR ha tenido en consideración la relación inextricable del derecho humano al agua con otros derechos más explícitos del ICESCR, que, para su materialización, dependen de la satisfacción concomitante del derecho al agua. El CESCR declaró que el derecho humano al agua debería ser visto en conjunción

con las garantías del art. 12, n. 1, a saber, el derecho al más alto nivel posible de salud, el derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas, y 'otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, el más importante de los cuales es el derecho a la vida y la dignidad humana' (ONU, 2002, p. 3).

Esta línea de pensamiento es un arma de doble filo, en tanto que conlleva implicaciones potencialmente contradictorias acerca de la fundamentación legal del derecho humano al agua. Desde la óptica positiva, el derecho al agua es un elemento necesario e inherente a los derechos a la salud y la vivienda. Puesto que los derechos más explícitos no pueden materializarse sin el acceso a la calidad y cantidad adecuadas de agua, el derecho humano al agua sería tratado como parte integral de dichos derechos tales como el derecho la salud, la vida, la vivienda y la dignidad (Cahill, 2005, p. 394). Así, el derecho al agua surge de su necesidad de materialización de otros derechos garantizados explícitamente.

La implicación negativa del enfoque proviene de la implicación positiva. En tanto que el derecho humano al agua se protege por su utilidad para otros derechos, el derecho humano al agua tomaría la forma de un derecho derivado o subordinado, cuya violación solamente puede ser reclamada cuando el derecho principal – por ejemplo el derecho a la alimentación, la salud o la vida – resulta violado. Pero no contaría con una existencia o protección independiente. En el sentido derivativo, la relación entre el derecho humano al agua y su fuente de derivación (el derecho principal) es tal que el primero es un subtipo menor del último. Así, su violación surge solamente cuando el derecho principal se viola en situaciones que involucran el acceso de la víctima a la cantidad y calidad adecuadas de agua. En consecuencia, el derecho al agua en su sentido derivado únicamente puede ser garantizado en la medida de su utilidad para la fuente de la que deriva y en tanto coexista con la fuente de la que deriva y de la que surge el derecho. La implicación del carácter derivado del derecho humano al agua a los fines de la obligación de los estados es igualmente problemática: la obligación que crea varía según si el derecho se encuentra incluído dentro de otros derechos humanos o es reconocido como un derecho autónomo (Hardberger, 2006, p. 533-535). Como observó Cahill (2005, p. 394), en su sentido derivado: 'seguramente, solo se protegerán e implementarán ciertos aspectos del derecho al agua'.

Esto deja al derecho al agua en una situación de inestabilidad, en la que no es plenamente reconocido ni excluido plenamente del ámbito de la protección del art. 12 del ICESCR y las disposiciones relacionadas. Las violaciones del derecho humano al agua pueden ocurrir independientemente del derecho a la salud, la vida o la dignidad o la vivienda. Por ejemplo, la cantidad o calidad del suministro estatal de agua puede estar por debajo de la cantidad necesaria para cumplir con el acceso básico a agua potable y sanitaria de los titulares de derechos, lo que constituye la

violación del derecho humano al agua. Sin embargo, el impacto de dicho escenario sobre el derecho a la salud o la alimentación de los titulares de derechos puede no ser visible en el corto plazo. Por lo tanto, el enfoque derivado respecto del derecho humano al agua, tomado por sí, proporciona una descripción interrumpida y abreviada del derecho de sus beneficiarios.

De todos modos, utilizado junto con el enfoque teologógico del CESCR, que conduce a un derecho humano al agua independiente, el enfoque derivado relativo al derecho humano al agua ofrece más ventajas que desventajas respecto del desarrollo normativo del derecho. Encontrar el derecho al agua en derechos relacionados a los que se les acordó reconocimiento explícito en los tratados internacionales de derechos humanos, proporciona otro fundamento legal para discutir la protección del derecho humano al agua. También contribuye a hacer hincapié en la utilidad de la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos que fueron proclamados en la Declaración y Programa de Acción de Viena (ONU, 1993).[29]

5 RECONOCIMIENTO POR MEDIO DEL PROCEDIMIENTO DE PRESENTACIÓN DE INFORME DE LOS ESTADOS: OBSERVACIONES FINALES DEL CESCR Y AQUIESCENCIA DE LOS ESTADOS

Además de los enfoques teleológico y derivado relativos al descubrimiento del derecho humano al agua, el CESCR también se apoyó sobre su propia práctica 'coherente' e hizo referencia a dicha práctica que ha abordado el derecho al agua en el curso de la consideración de los informes de los Estados parte (ONU, 1993, p. 5). El CESCR ha criticado a los países, mucho antes de adoptar la OG nº 15, por las diversas faltas cometidas en la implementación del derecho humano al agua a nivel nacional. Planteó el problema de la implementación nacional del derecho a los Estados parte en el contexto del análisis de los informes de los Estados. Según Riedel (2006), el CESCR abordó el derecho humano al agua en 33 de las 114 observaciones finales que adoptó entre 1993 y la adopción de la OG nº 15 en 2002 (*op. cit.*, p. 25). Por ejemplo, el CESCR expresó su consternación respecto de las violaciones del derecho en Camerún en sus observaciones finales en 1995, en las que declaró:

> [El] comité lamenta que vastos sectores de la sociedad no tengan acceso al agua, especialmente en las zonas rurales, donde solamente el 27% de la población tiene acceso a agua apta (dentro de un alcance razonable), en comparación con el 47% de la población urbana, que sí lo tiene... El comité insta al Estado parte a que haga accesible a toda la población agua apta para el consumo (United Nations, 1999, p. 27).

29. Se declaró que: 'Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global de una manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso'. (ONU, 1993, p. 19).

En otra ocasión, el CESCR planteó el problema de la contaminación del agua que causaba impactos negativos en los derechos relacionados de salud y alimentación en la Federación Rusa (United Nations, 1997). En sus observaciones finales sobre el informe del Estado de Israel de 1998, United Nations (1999, p. 10, 24, 26, 28) declaró:

> La excesiva insistencia en que el Estado es un "Estado judío" fomenta la discriminación y relega a los ciudadanos no judíos a la condición de ciudadanos de segunda clase. Esta actitud discriminatoria se aprecia claramente en el nivel de vida más bajo de los árabes israelíes, como resultado, entre otras cosas, de la falta de acceso a vivienda, agua... si bien el gobierno desvía anualmente millones de metros cúbicos de la cuenca acuífera oriental de la Ribera Occidental, la asignación para el consumo anual *per capita* de los palestinos sólo es de 125 m^3, mientras que la correspondiente a los colonos es de 1.000 m^3 *per capita*... que una proporción importante de ciudadanos árabes palestinos de Israel sigue viviendo en aldeas no reconocidas sin tener acceso a servicios de abastecimiento de agua, electricidad y saneamiento ni a carreteras... los palestinos beduinos asentados en Israel... no tienen acceso a servicios de abastecimiento de agua, electricidad y saneamiento.

A pesar del hecho de que el derecho humano al agua no es un componente explícito del ICESCR, ninguno de los Estados parte criticados por el CESCR por violar el derecho ha negado que este sea inherente a las disposiciones del ICESCR (Langford y King, 2008, p. 477, 507-514). Está claro que frente a su crítica sobre la implementación (o violación) nacional del derecho humano al agua, el CESCR asume el silencio de los Estados parte del ICESCR como indicativo de la aceptación tácita de estos Estados respecto al hecho de que el ICESCR incluye el derecho humano al aguay consecuentemente las obligaciones de los Estados.

Sin embargo, el procedimiento informativo es un proceso no contencioso que depende en gran medida del 'diálogo constructivo' entre el Estado informante y el organismo de control (Bulto, 2006, p. 57). Las observaciones finales del CESCR no resultan demasiado invasivas, lo que significa que los Estados pueden escuchar al CESCR sin necesidad de confrontarlo con argumentos acerca de sus obligaciones a nivel nacional respecto del derecho humano al agua.[30] El argumento de que el silencio de los Estados de cara a las observaciones finales por parte del CESCR (que es crítico del nivel de cumplimiento del derecho humano al agua a nivel nacional como fuente de práctica estatal vinculante) puede ser un respaldo demasiado frágil. Por su parte, puede resultar ser un indicador demasiado débil de la aceptación de los Estados del derecho humano al agua, especialmente dado el hecho de que dicha 'aquiescencia del estado' no es resultado de un proceso

30. Generalmente, la 'fuerza principal [del procedimiento de presentación de informes] – la mobilización de la vergüenza – ha sido una amenaza demasiado débil para garantizar el cumplimiento' (Bulto, 2011b) .

contencioso basado en la evidencia en el que se litiga un caso real a nivel internacional (ONU, 2009).[31]

Ciertamente, resulta cuestionable la conclusión del CESCR en cuanto a que su propia práctica en consonancia con el diálogo con los Estados parte del ICESCR tiene suficiente peso en sí misma para dar origen a la práctica de los estados. Sin embargo, con el uso de los tres enfoques (dispositivos analíticos) – interpretación teleológica, enfoque derivado del derecho y aquiescencia de los estados en el procedimiento de presentación de informes – el CESCR ha establecido un fundamento legal firme para el derecho humano al agua. El efecto combinado de los tres enfoques lleva a concluir que existe un fundamento normativo sólido en el ICESCR del derecho humano al agua y las obligaciones concomitantes de los estados.

6 EL DERECHO HUMANO AL AGUA FUERA DEL RÉGIMEN DE DERECHOS HUMANOS

El CESCR únicamente hace una referencia de pasada al papel que cumplen las normas y principios del derecho internacional más allá del régimen principal de derechos humanos. Declaró que '[el] derecho humano al agua ha sido reconocido en una amplia gama de documentos internacionales, incluidos tratados, declaraciones y otras normas' (ONU, 2002, p. 4). En tanto tomó nota de la incorporación del derecho en una multiplicidad de leyes dispositivas y tratados vinculantes;[32] en la OG nº 15, no logra analizar las normas y principios de regímenes legales relacionados en los que se establece el derecho humano al agua en términos más explícitos. El escaso enfoque que le da el ICESCR ha sido continuado en los siguientes estudios académicos. Como consecuencia, hasta el momento la búsqueda del fundamento legal del derecho ha sido confinada al corpus de tratados de derechos humanos, con foco especial en el ICESCR. La presente sección busca encontrar el derecho humano al agua en regímenes legales internacionales relacionados con el derecho ambiental y el derecho internacional de aguas, de los cuales el régimen de derechos humanos y los tribunales relacionados puedan inspirarse a fin de enriquecer su análisis y hacer posible la adjudicación del derecho humano al agua.

31. Hasta tanto el protocolo facultativo del ICESCR entre en vigencia, el que estipula un procediminto de reclamación, la principal herramienta de supervisión del CESCR continuará dependiendo completamente del procedimiento no contencioso de presentación de informes por parte de los estados. Ver el protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su Resolución A/RES/63/117 del 10 de diciembre de 2008 (que aún no ha entrado en vigencia), disponible en: <https://bit.ly/3DYbdLe>.

32. Para una excelente descripción del cuerpo de leyes dispositivas para la protección de los derechos humanos al agua, ver Tetzlaff (2005) y Hu (2006, p. 97-104).

6.1 Aceptación y reconocimiento en el derecho (dispositivo) ambiental internacional

El derecho al agua ha sido tema a debate durante mucho tiempo y se le ha reconocido en otras áreas del derecho internacional, notablemente en el derecho ambiental internacional. Por cierto, los intentos por explicar el fundamento legal del derecho humano al agua han salido a la luz hace unas pocas décadas en el contexto de debates sobre temas ambientales de interés internacional. Así, el origen de la evolución del derecho al agua puede rastrearse hasta los desarrollos de principios de la década del setenta (Salman y Siobhan, 2004, p. 7).[33] La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, realizada en Estocolmo en 1972, identificó el agua como uno de los recursos naturales que debía ser protegido. El principio 2 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano estipulaba que 'los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna... deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación y ordenación, según convenga' (ONU, 1973).

A la Conferencia de Estocolmo siguió la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, que se llevó a cabo en Mar del Plata, Argentina, en 1977. La conferencia, dedicada exclusivamente al debate de los problemas emergentes del recurso hídrico, emitió el Plan de Acción de Mar del Plata, que aborda problemas tales como el uso eficiente del agua, la salud ambiental y el control de la contaminación, y la cooperación regional e internacional (ONU, 1977).[34] Como resultado directo de la conferencia y como parte del Plan de Acción, se alcanzó un acuerdo de proclamar el período 1981-1990 como el 'Decenio Internacional del Agua Potable y el Saneamiento' durante el cual los gobiernos asumirían un compromiso de llevar a cabo mejoras sustanciales del suministro de agua potable y los sectores de saneamiento (ONU, 1977, p. 14). La resolución II sobre el 'Suministro Comunitario de Agua' declaró que: '[t]odos los pueblos, cualesquiera sean su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso a agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas' (ONU, 1977, p. 66). Consciente de la escasez de agua que puede obstaculizar la implementación del derecho a nivel nacional, la resolución insta a la cooperación internacional integral entre los estados 'de manera que el agua sea asequible y se distribuya de forma justa y equitativa entre las personas dentro de los países respectivos' (ONU, 1977, p. 67). El origen del debate sobre el derecho humano al agua puede rastrearse hasta esta conferencia y la resolución resultante que, por primera vez, reconoció explícita

33. Cahill señala, además, que de existir un derecho humano al agua el tema ha suscitado escasa atención antes de dos décadas. Ver Cahill (2005, p. 389).

34. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua el 19 de diciembre de 1977. Ver Resolución ONU nº 32/158, 107a reunión plenaria, 19 de diciembre de 1977, disponible en: <https://bit.ly/3QKOzdx >.

e inequívocamente el derecho al agua de las personas y los grupos (Salman e Siobhan, 2004, p. 8).

Desde ese momento, los problemas del agua han sido tema de numerosas conferencias internacionales. La Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente, que se llevó a cabo en enero de 1992 en Dublín, Irlanda, reiteró la necesidad de reconocer el derecho al agua pero *a un precio justo* (OMM, 1992).[35] La conferencia de Dublín fue una reunión previa a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) que se llevó a cabo en Río de Janeiro, Brasil, en junio de 1992 (la cumbre de Río).[36] La Agenda 21 de la cumbre de Río, denominada Programa de Acción para el Desarrollo Sustentable, incluyó un capítulo aparte – el capítulo 18 – sobre los recursos de agua dulce.[37] El capítulo 18 no solo suscribe la resolución de la Conferencia sobre el Agua de Mar del Plata respecto de que todos los pueblos tienen derecho al agua potable sino que también denomina este principio 'la premisa acordada en común' (Salman y Siobhan, 2004, p. 10).

Los debates de las conferencias y las declaraciones y principios emergentes fueron suscritos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999, en una resolución sobre el derecho al desarrollo.[38] Esta resolución reafirmó que, en la materialización del derecho al desarrollo, 'los derechos a la alimentación y el agua salubre son derechos humanos fundamentales y su promoción constituye un imperativo moral tanto para los gobiernos nacionales como para la comunidad internacional' (ONU, 1999, p. 12). Esta declaración fue considerada en su momento 'la más sólida y menos ambigua' de su tipo al declarar un derecho humano al agua (Salman y Siobhan, 2004, p. 11-12).

Esta tendencia de reconocer el derecho humano al agua en las leyes dispositivas continuó sin cesar en el período posterior a la OG nº 15. Numerosos foros han reconocido explícitamente que el derecho humano al agua es un derecho fundamental, cuyo disfrute los estados estarían obligados a garantizar. La Declaración de Abuja, adoptada por 45 estados africanos y 12 estados sudamericanos en la Primera Cumbre África-Sudamérica en 2006, contenía el compromiso de los estados de 'promover el derecho de nuestros ciudadanos a tener acceso a agua salubre y segura y saneamiento dentro de nuestras respectivas

35. La Declaración de Dublin sobre el Agua y Desarrollo Sostenible, p. 130, enuncia que: 'resulta vital reconocer primero el derecho básico de todos los seres humanos a tener acceso a agua limpia y sanidad a un precio justo' (OMM, 1992, énfasis nuestro). Sin embargo, los principios de Dublín no definen el concepto "justo".

36. Ver la CNUMAD, disponible en: <https://www.un.org/es/conferences/environment/>.

37. Ver Cumbre de la Tierra, Agenda 21, Programa de Acción de las Naciones Unidas, disponible en: <https://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/a21_summary_spanish.pdf>.

38. Ver la Resolución A/Res/54/175, del 17 de diciembre de 1999 (83ª Reunión Plenaria), disponible en: < https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/279/11/PDF/N0027911.pdf?OpenElement>.

jurisdicciones'.[39] Del mismo modo, el *Mensaje de Beppu*, adoptado por 37 estados de la región más amplia de Asia-Pacífico en la Primera Cumbre del Agua de Asia-Pacífico llevada a cabo en Beppu, Japón, en diciembre de 2007, reconoce claramente 'el derecho de las personas al agua potable segura y saneamiento básico como un derecho humano básico y un aspecto fundamental de la seguridad humana' (APWF, 2007). Asimismo, ocho estados sudasiáticos adoptaron la Declaración de Delhi, en la que reconocieron 'que el acceso al saneamiento y el agua potable salubre es un derecho básico, y por lo tanto, resulta imperativo que se dé prioridad nacional al saneamiento'.[40] Más recientemente, la Asamblea General de la ONU ha reconocido el derecho, admitiendo que el acceso al agua potable y sanitaria es un derecho humano fundamental (ONU, 2010).

La mayor dificultad relacionada con las declaraciones, principios, resoluciones y planes de acción es el hecho de que continúan siendo declaraciones de políticas que no cuentan con el *status* de exigibilidad legal. Si bien son indicadores de la tendencia gradualmente incipiente de la opinión internacional y la práctica de los estados, y ademas podrían llevar a la evolución progresiva de las normas hacia tratados vinculantes (Shelton, 2003, p. 554-555),[41] no son inmediatamente conducentes a garantías vinculantes para los beneficiarios ni a obligaciones justiciables de los estados.

Sin embargo, con el paso del tiempo, posiblemente podrían experimentar un proceso de obligatoriedad y evolucionar hasta convertirse en normas vinculantes (Cassel, 2003, p. 393, 395), e incluso jugar un papel catalítico a los fines del desarrollo consuetudinario internacional que resulta vinculante *erga omnes* (Chinkin, 2003, p. 21, 32). Hace tiempo que Dupuy (1991, p. 201-203) argumenta que la Declaración de Estocolmo, por ejemplo, ya ha alcanzado *status* consuetudinario, en tanto ordena el inminente consenso de la comunidad internacional, y en tanto sus normas son las respuestas al estado de necesidad hidrológica. Por muy polémicas que sean dichas conclusiones, lo cierto es que existen indicios de referencia judicial a los principios de la declaración.[42]

Las leyes dispositivas también han sido consideradas 'respuestas experimentales' a nuevos desafíos tales como la materialización del derecho humano al agua

39. La Declaración de Abuja, adoptada en la Primera Cumbre de África-Sudamérica, 26-30 de noviembre de 2006 (Abuja, Nigeria), disponible en: <https://esafr.cancilleria.gob.ar/userfiles/Declaracion%20de%20ASA%20I%20-%20(Abuja%202006)_1.pdf>.

40. La Declaración de Delhi, adoptada en la tercera Conferencia Sudasiática sobre Saneamiento (South Asian Conference on Sanitation – Sacosan III) sobre "saneamiento para la dignidad y la salud", 16-21 de noviembre de 2008, Vigyan Bhawan, Nueva Delhi, India, p. 1, disponible en: <https://www.ircwash.org/sites/default/files/DDWS-2008-Delhi.pdf>.

41. Ver además, Weiss (2003, p. 535) .

42. Por ejemplo, la Corte Suprema de India citó en detalle la Declaración de Estocolmo para respaldar sus decisiones sobre los derechos de los ciudadanos y las obligaciones de los estados. La Corte ordenó el cierre de 29 curtiembres que operaban en las orillas del río Ganges por la falta de tratamiento de los efluentes industriales. Ver causa M. C. Mehta v Union of India and others (Contaminación del Ganges), disponible en: <https://indiankanoon.org/doc/59060/>.

(O'Connel, 2003, p. 100, 110). Como observó Koppel (2009, p. 821-825), las leyes dispositivas facilitan 'los procesos de aprendizaje o el aprendizaje práctico'. Por consiguiente, ofrecen a los estados la oportunidad de ver los efectos prácticos de esas normas a la vez que mantienen la flexibilidad de evitar 'sorpresas desagradables' que dichos compromisos del derecho dispositvo podrían deparar (Abbott y Snidal, 2000, p. 421, 442). En este sentido, las leyes dispositivas aún podrían tener una relevancia legal y pueden encontrarse 'en la zona gris entre el derecho y la política' (Skjaerseth, Stokke y Wettestad, 2006, p. 104). Como tales, pueden resultar muy eficaces y ordenar mayor cumplimiento como normas del derecho internacional imperativo (Blutman, 2010, p. 605, 612; Koppel, 2009, p. 822; Abbott y Snidel, 2000, p. 422).

Sin embargo, al menos para fines inmediatos, las leyes dispositivas y los planes de acción están desprovistos de reclamaciones exigibles u obligaciones vinculantes para los estados (Boyle, 2000, p. 25). Aun así, los debates y las discusiones en torno al derecho al agua en las diversas conferencias y los planes de acción resultantes han conducido hacia un mayor reconocimiento del derecho humano al agua y una reciente estimación del derecho dentro del marco del corpus de la legislación internacional de derechos humanos.[43] Asimismo, brindan mayor credibilidad a la OG nº 15, en la que el CESCR declaró que el derecho humano al agua ha integrado las normas existentes del derecho dispositivo internacional y otros tratados. Además, el reconocimiento del derecho humano al agua en las leyes dispositivas internacionales demuestra que el derecho no es enteramente nuevo y que ha sido aceptado en el contexto del derecho internacional ambiental.

Lo más importante es que dichas normas pueden ser precursoras del derecho internacional consuetudinario respecto de la *opinio juris*, si no de la práctica (Blutman, 2010, p. 605, 617). La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha vislumbrado tal resultado en el caso *Nuclear Weapons* (ONU, 1996). Allí declaró: 'una serie de resoluciones [Asamblea General de la ONU] pueden mostrar la evolución grandual de la *opinio juris* requerida para el establecimiento de una nueva norma' (*op. cit.*, p. 70). Según la Corte, las leyes dispositivas tales como las resoluciones de la ONU, 'en algunas circunstancias, pueden brindar evidencia importante para el establecimiento de la existencia de una norma o el surgimiento de una *opinio juris*' (*idem, ibidem*). Así, existe una tendencia floreciente (práctica estatal) hacia el reconocimiento del derecho humano al agua a nivel nacional e internacional en consonancia con la línea de interpretación tomada por el CESCR en la OG nº 15.

43. Gersen y Posner (2008, p. 573) sostenían que las leyes dispositivas, a pesar de no ser vinculantes *per se*, son indicativas de la futura intención de los estados y señalan la tendencia probable de surgimiento de normas en relación con un tema legal en particular con el que se relacionan.

6.2 El derecho humano al agua en el derecho internacional de aguas

El derecho internacional de aguas es un régimen que regula el uso consuntivo y no consuntivo de los recursos hídricos transfronterizos. Las normas de usos consuntivos de los ríos internacionales fueron compiladas en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (convención) de la ONU de 1997. Desde sus comienzos, la convención no pretendió ser un instrumento que buscara principalmente regular los derechos humanos de las personas y los pueblos que habitan en los territorios de los Estados parte. Por lo general, el enfoque respecto del desarrollo del derecho internacional de aguas para usos consuntivos se ha centrado en los estados, restringiendo su foco sobre los problemas de los derechos y obligaciones entre los estados[44] como opuestos a los derechos y libertades de las personas y los grupos en relación con los recursos hídricos internacionales (Popovic, 1996, p. 487-494). Así, se dijo que la convención tal como fue adoptada pretendió principalmente 'abordar las obligaciones de los gobiernos en lugar de ser moldeada en términos de los derechos de las personas' (McCaffrey, 2005, p. 100). Por cierto, se sostiene que dicho estado-centrismo suponía tal punto muerto que 'no podría alcanzarse consenso sobre ninguna disposición relativa al derecho' (Cahill, 2005, p. 389) en la convención. Hey (1998, p. 291-292) afirmó que '[l]a Convención sobre Cursos de Agua no se trata de garantizar que las personas y los grupos, de generaciones presentes y futuras, tengan acceso a suficiente agua segura'.

Sin embargo, tal como fue adoptada, la convención contenía una disposición que tiene una utilidad normativa especial al establecer el derecho humano al agua. El art. 10, n. 2, de la convención, denominado *Relaciones entre las diferentes clases de usos*, declara que los conflictos entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverán 'teniendo especialmente en cuenta... la satisfacción de las necesidades humanas vitales'. Es ampliamente aceptado que la disposición sobre las 'necesidades humanas vitales' se refiere al agua que se requiere para el 'sostenimiento de la vida humana, incluidas el agua potable y el agua necesaria para la producción de alimentos a fin de evitar la inanición' (ILC, 1994, p. 89, 133; McCaffrey, 2001; Beaumont, 2000, p. 475, 483; Gleick, 1998b, p. 215). De este modo, la disposición de la convención sobre las necesidades humanas vitales 'es congruente con el derecho humano al agua' (McCaffrey, 2001, p. 369) y el requerimiento de proveer dichas necesidades vitales 'debería ser informado por el derecho humano al agua' (*idem, ibidem*).

44. La situación era aparente durante los procesos de redacción de la convención, en la que algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) hallaban inaceptable que la convención se refiriera a personas en lugar de a los estados. Percibían que el inminente tratado 'se ocupaba de las relaciones entre los estados y que no debería ampliarse al campo de acciones de las personas fisicas o jurídicas en virtud de la legislación nacional' (ILC, 1994, p. 89, 133) (en adelante el proyecto de la CDI).

Por cierto, la frase 'necesidades humanas vitales' es una expresión abreviada del núcleo mínimo del derecho humano al agua. Tal como mencionó Shelton (2007, p. 639, 648-649), la disposición sobre las 'necesidades humanas vitales' aspira a asegurar 'una cantidad mínima garantizada de suministro para cada persona'. Debería calcularse el suministro mínimo *per capita* para la población de los estados ribereños que dependen para su consumo inmediato, también denominado 'necesidades naturales' o 'usos ordinarios' a diferencia de los 'usos artificiales' o 'usos extraordinarios' (ILA, 2004, p. 12). Este cálculo proporcionaría una cifra mínima básica de uso de agua que le permitiría a una sociedad subsisitir sin mayores amenazas a la salud de su población (Beaumont, 2000, p. 384-483). En un informe reciente de la Asociación de Derecho Internacional (International Law Association – ILA),[45] se define a las 'necesidades humanas vitales', un concepto tomado de la convención,[46] como las 'aguas utilizadas para la subsistencia humana inmediata, incluídas las necesidades de bebida, cocina y saneamiento, así como el agua necesaria para el sostenimiento inmediato del hogar' (ILA, 2004). Tal como observó Beaumont (2000, p. 483):

> [p]resumiblemente el agua potable es la necesidad humana más vital. Casi definitivamente implica el agua necesaria para la cocina y el aseo a fin de mantener los estándares de salud pública, ¿pero va más allá?

De conformidad con la ILA, hace tiempo las instituciones legales reconocen una preferencia por la legislación municipal sobre el agua para 'fines domésticos', o como lo describe la convención de la ONU: 'necesidades humanas vitales' (ILA, 2004, p. 22). El comentario de la ILA declara que la frase 'necesidades humanas vitales' se refiere al 'agua necesaria para consumo humano inmediato' (*op. cit.*, p. 12). Así, un exámen más minucioso de la disposición sobre 'necesidades humanas vitales' en virtud del art. 10, n. 2, de la convención puede ser considerado como fundamento legal del derecho humano al agua.

El régimen internacional del derecho de aguas ha proporcionado un fundamento normativo para la protección del derecho humano al agua. A diferencia de los tratados internacionales sobre medio ambiente relacionados con el derecho humano al agua que hasta el momento han adoptado la forma de leyes dispositivas, las disposiciones de la Convención sobre Cursos de Agua son vinculantes para los Estados que la ratifican. Así, darán origen a obligaciones estatales precisas y el derecho exigible al agua para personas y grupos. Sumado a las incipientes tendencias

45. La ILA fue fundada en Bruselas en 1873. Sus obligaciones consisten en el estudio, explicación y desarrollo del derecho internacional, tanto público como privado, y la promoción del entendimiento internacional así como el respeto por el derecho internacional. La ILA tiene *status* consultivo, en su carácter de organización internacional no gubernamental (ONGI), en una serie de agencias especializadas de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.ila-hq.org/en_GB>. Esta organización contribuyó enormemente al desarrollo del derecho internacional de aguas, por medio de sus estudios, los debates en sus conferencias y sus publicaciones.

46. Ver comentario de las reglas de Berlín (ILA, 2004, p. 22).

de las normas del derecho ambiental, el derecho internacional de aguas puede, por lo tanto, utilizarse directamente como fuente normativa del derecho humano al agua y de las obligaciones concomitantes de los estados.

7 CONCLUSIÓN

El análisis precedente ha demostrado que el derecho al agua como garantía legal no resulta nada nuevo, ni acaba de nacer. Un análisis minucioso del fundamento legal del derecho humano al agua en las normas internacionales de derecho ambiental, interpretadas conjuntamente con las disposiciones del ICESCR, así [sic] que el derecho ha sido incorporado en las disposiciones de los diversos tratados por largo tiempo. Es decir, tomando prestados los términos del derecho de propiedad intelectual, el derecho humano al agua es más un descubrimiento que una invención. Como lo afirma la OG nº 15 del CESCR, el derecho humano al agua es una garantía legal *per se*, un derecho independiente por derecho propio, valga la redundancia. No es, como se suele describir, un derecho meramente derivado que debería ser protegido por su utilidad como precondición o elemento de derechos relacionados tales como el derecho a la salud y un nivel de vida adecuado.

La ambigüedad que rodea a su fundamento legal es, en parte, característica del resto de todos los derechos socioeconómicos del ICESCR; no obstante, agravada en el caso del derecho al agua por la ausencia de una referencia explícita al derecho en el pacto. Así, el CESCR ha inferido adecuadamente el derecho al agua de los derechos que están explícitamente garantizados en el ICESCR. Por lo tanto, incumbe a los estados traducir el derecho en realidad.

REFERENCIAS

ABBOTT, K. W.; SNIDAL, D. Hard and soft law in international governance. **International Organization**, v. 54, n. 3, p. 421-456, 2000.

ACNUDH – OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **El derecho al agua**. Ginebra: ACNUDH/United Nations, 2010. (Folleto Informativo, n. 35).

ALSTON, P. **Putting economic, social and cultural rights back on the agenda of the United States**. New York: New York University School of Law, 2009. (Working Paper, n. 22).

APWF – ASIA-PACIFIC WATER FORUM. Message from Beppu. *In*: ASIA-PACIFIC WATER SUMMIT, 1., 2007, Beppu, Kyushu. **Proceedings**… Singapore: World Scientific Publishing, 2008. Disponible en: <https://bit.ly/3QyWnPj>.

BEAUMONT, P. The 1997 UN Convention on the law of non-navigational uses of international watercourses: its strengths and weaknesses from a water management perspective and the need for new workable guidelines. **Water Resources Development**, v. 16, n. 4, p. 475-495, 2000.

BEETHAM, D. What future for economic and social rights? **Political Studies**, v. 43, n. 1, p. 41-60, 1995.

BERNHARDT, R. Evolutive treaty interpretation, especially of the European Convention on Human Rights. **German Yearbook of International Law**, v. 42, p. 11-25, 1999.

BLUTMAN, L. In the trap of a lehal metaphor: international soft law. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 59, n. 3, p. 605-624, July 2010.

BOYLE, A. Some reflections on the relationship of treaties and soft law. *In*: GOWLLAND-DEBBAS, V.; HADJ-SAHRAOUI, H.; HAYASHI, N. (Ed.). **Multilateral treaty-making**: the current status of challenges to and reforms needed in the International Legislative Process. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p. 25-38. (Nijhoff Law Specials, v. 47).

BROWNLIE, I. **Principles of public international law**. Gloucestershire: Clarendon Press, 1998.

BULTO, T. S. Beyond the promises: resuscitating the state reporting procedure under the African Charter on human and peoples' rights. **Buffalo Human Rights Law Review**, Buffalo, v. 12, p. 57-92, 2006.

_____. The indirect approach to promote justiciability of socio-economic rights of the African Charter on human and peoples' rights. *In*: MURRAY, R. H. (Ed.). **Human rights litigation and the domestication of international human rights in sub-Saharan Africa**. Nairobi: ICJ Kenya, 2009. p. 134-167.

_____. **Rights, wrongs and the river between**: extraterritorial application of the human right to water in Africa. 2011. Thesis (Doctorate) – University of Melbourne, Melbourne, 2011a.

_____. The utility of cross-cutting rights in enhancing justiciability of socio-economic rights in the African Charter on human and peoples' rights. **University of Tasmania Law Review**, v. 29, n. 2, p. 142-176, 2011b.

CAHILL, A. The human right to water: a right of unique status – the legal status and normative content of the right to water. **The International Journal of Human rights**, v. 9, n. 3, p. 389-410, Sept. 2005.

_____. Protecting rights in the face of scarcity: the right to water. *In*: GIBNEY, M.; SKOGLY, S. (Ed.). **Universal human rights and extraterritorial obligations**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010. p. 194-216.

CASSEL, D. Inter-American human rights law, soft and hard. *In*: SHELTON, D. (Ed.). **Commitment and compliance**: the role of non-binding norms in the international legal system. New York: Oxford University Press, 2003. p. 393-417.

UNITED NATIONS. **Conclusions and recommendations of the CESCR**. Cameroon: UN, 1999. (Doc.E/C.12/1/Add.40).

CHINKIN, C. Normative development in the international legal system. *In*: SHELTON, D. (Ed.). **Commitment and compliance**: the role of non-binding norms in the international legal system. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 21-42.

CHIRWA, D. M. African regional human rights system: the promise of recent jurisprudence on social rights. *In*: LANGFORD, M. (Ed.). **Social rights jurisprudence**: emerging trends in international and comparative law. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 323-338.

CNDH – COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su protocolo facultativo**. Ciudad de México: CNDH, 2012. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/7_Cartilla_PIDESCyPF.pdf>.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización**. Costa Rica: Corte IDH, enero. 1984. (Opinión Consultiva, n. 4).

COURTIS, C. Argentina: some promising signs. *In*: LANGFORD, M. (Ed.). **Social rights jurisprudence**: emerging trends in international and comparative law. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 163-181.

CRAVEN, M. Some thoughts on the emergent right to water. *In*: RIEDEL, E.; ROTHEN, P. (Ed.). **The human right to water**. Berlin: BWV, 2006. p. 37-47.

DELMAS-MARTY, M. **The European Convention for the protection of human rights**: international protection versus national restrictions. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

DENNIS, M. J.; STEWART, D. P. Justiciability of economic, social and cultural rights: should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? **American Journal of International Law**, v. 98, n. 3, p. 462-515, July 2004.

DUGARD, J. A rights-based analysis of water and electricity services in South Africa. *In*: NFU ANNUAL CONFERENCE, 21., Oslo, Norway. **Proceedings**… Kristiansand: NFU, Sept. 2006.

DUPUY, R.-J. Humanity and the environment. **Colorado Journal of International Environmental Law and Policy**, Boulder, v. 2, p. 201-204, 1991.

EIDE, A.; ROSAS, A. Economic, social and cultural rights: a universal challenge. *In*: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Ed.). **Economic, social and cultural rights**: a textbook. 2nd ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. p. 3-8.

FREE LEGAL ASSISTANCE GROUP *et al*. **Communication nos 25/89, 47/90, 56/91, 100/93**. [s.l.]: ACHPR, 11 Oct. 1995. (Eighteenth Ordinary Session). Disponible en: <https://bit.ly/3du3L07>.

GERSEN, J. E.; POSNER, E. A. Soft law: lessons from congressional practice. **Stanford Law Review**, v. 61, n. 3, p. 573-628, Dec. 2008.

GIFFORD, D. **Statutory interpretation**. Sydney: Law Book Company, 1990.

GLEICK, P. H. The human right to water. **Water Policy**, Oakland, v. 1, n. 5, p. 487-503, 1998a.

_____. **The world's water**. Washington: Island Press, 1998b. (The Biennial Report on Freshwater Resources, v. 8).

GREENAWALT, K. **Legislation**: statutory interpretation. New York: Foundation Press, 1999.

GRONWALL, J. T. **Access to water**: rights, obligations and the Bangalore situation. 2008. Thesis (Doctoral) – Linköping University, Linköping, 2008.

GUISSÉ, E-H. **The right of access of everyone to drinking water supply and sanitation services**. [s.l.]: United Nations, June 1998. (Working Paper).

HALL, K.; MACKEN, C. **Legislation and statutory interpretation**. 2nd ed. London: Butterworths, 2009.

HARDBERGER, A. Whose job is it anyway? Governmental obligations created by the human right to water. **Texas International Law Journal**, Austin, v. 41, p. 533-568, 2006.

HEY, E. The watercourses convention: to what extent does it provide a basis for regulating uses of international watercourses? **Review of European, Comparative and International Environmental Law**, Oxford, v. 7, n. 3, p. 291-300, Nov. 1998.

HEYNS, C. Civil and political rights in the African Charter. *In*: EVANS, M. D.; MURRAY, R. (Ed.). **The African charter on human and peoples' rights**: the system in practice, 1986-2000. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 137-177.

HISKES, R. P. Missing the green: golf course ecology, environmental justice, and local "fulfillment" of the human right to water. **Human rights quarterly**, Baltimore, v. 32, n. 2, p. 326-341, May 2010.

HOOF, G. J. H. van. The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views. *In*: ALSTON, P.; TOMASEVSKI, K. (Ed.). **The right to food**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1984. p. 97-110.

HU, D. **Water rights**: an international and comparative study. London: IWA Publishing, 2006.

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**, Gainesville, v. 20, p. 353-370, Dec. 2008.

ILA – INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Berlin rules on water resources**. Berlin: ILA, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3bHLtYT>.

ILC – INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater. **Yearbook of the International Law Commission**, New York, v. 2, n. 2, p. 89-135, 1994.

KOK, A. Privatisation and the right to access to water. *In*: FEYTER, K.; ISA, F. G. (Ed.). **Privatisation and human rights in the age of globalisation**. Cambridge: Intersentia, 2005. p. 259-271.

KOPPEL, M. The effectiveness of soft law: first insights from comparing legally binding agreements with flexible action programs. **Georgetown International Environmental Law Review**, Washington, v. 21, p. 821, 2009.

LANGFORD, M. The United Nations concept of water as a human right: a new paradigm for old problems? **Water Resources Development**, v. 21, n. 2, p. 273-282, June 2005.

_____. Ambition that overleaps itself? A response to Stephen Tully's critique of the general comment on the right to water. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 24, n. 3, p. 433-459, 2006.

LANGFORD, M.; KING, J. A. Committee on economic, social and cultural rights. *In*: LANGFORD, M. (Ed.). **Social rights jurisprudence**: emerging trends in international and comparative law. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 477-516.

LAUTZE, J.; GIORDANO, M.; BORGHESE, M. Driving forces behind African transboundary water law: internal, external, and implications. *In*: INTERNATIONAL WORKSHOP AFRICAN WATER LAWS: PLURAL LEGISLATIVE FRAMEWORKS FOR RURAL WATER MANAGEMENT IN AFRICA, Johannesburg, South Africa. **Proceedings**… Johannesburg: IWMI, 2005.

LECKIE, S.; GALLAGHER, A. Introduction: why a legal resource guide for economic, social and cultural rights? *In*: _____. (Ed.). **Economic, social, and cultural rights**: a legal resource guide. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006. p. 13.

LINDERFALK, U. On the meaning of the "object and purpose" criterion, in the context of the Vienna Convention on the Law of Treaties, article 19. **Nordic Journal of International Law**, Buffalo, v. 72, n. 4, p. 429-448, 2003.

MCCAFFREY, S. C. A human right to water: domestic and international implications. **Georgetown International Environmental Law Review**, Washington, v. 5, n. 1, p. 1-24, 1992.

_____. **The law of international watercourses**: non-navigational uses. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. The human right to water. *In*: WEISS, E. B.; CHAZOURNES, L. B.; BERNASCONI-OSTERWALDER, N. (Ed.). **Fresh water and international economic law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 91-116.

MCCAFFREY, S. C.; NEVILLE, K. J. Small capacity and big responsibilities: financial and legal implications of a human right to water for developing countries. **Georgetown International Environmental Law Review**, Washington, v. 21, p. 679, 2009.

MÉGRET, F. Nature of obligations. *In*: MOECKLI, D. *et al.* (Ed.). **International human rights law**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 99-134.

NARAIN, V. Water as a fundamental right: a perspective from India. **Vermont Law Review**, Royalton, v. 34, p. 917-925, 2010.

O'CONNEL, M. E. The role of soft law in a global order. *In*: SHELTON, D. (Ed.). **Commitment and compliance**: the role of non-binding norms in the international legal system. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 100-114.

OLOKA-ONYANGO, J. Reinforcing marginalized rights in an age of globalization: international mechanisms, non-state actors, and the struggle for peoples' rights in Africa. **American University International Law Review**, v. 18, n. 4, p. 851-913, 2003.

OMM – ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL. **Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente**: el desarrollo en la perspectiva del siglo XXI – Declaración de Dublín e informe de la conferencia. Ginebra: OMM, 1992. Disponible en: <https://es.ircwash.org/sites/default/files/71-ICWE92-19134.pdf>.

O'NEILL, O. The dark side of human rights. **International Affairs**, v. 81, n. 2, p. 427-439, Mar. 2005.

ONU – ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Informe de la Conferencia de Las NacionesUnidas sobre el Medio Humano**. New York: Naciones Unidas, 1973.

_____. **Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua**: Mar del Plata, 14-25 de marzo de 1977. Nueva York: ONU, 1977. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N77/114/97/PDF/N7711497.pdf?OpenElement>.

_____. **Declaración y Programa de Acción de Viena**: aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Viena: ONU, 1993. Disponible en: <http://bit.ly/3RMutRL>.

_____. **Opinión consultiva**: legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. [s.l.]: CIJ, 1996. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-es.pdf>.

_____. **Resolución A/RES/54/175, del 17 de diciembre de 1999**. [s.l.]: ONU, 1999.

_____. **Observación General nº 15 (2002)**: el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ginebra: ONU, nov. 2002. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/486454>.

_____. **Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (A/RES/63/117)**. Ginebra: ONU, 2009.

_____. **Resolución nº 64/292**: el derecho humano al agua y el saneamiento. [s.l.]: UN, agosto 2010. Disponible en: <https://bit.ly/3Q7Mjgi>.

ORAKHELASHVILI, A. Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the European court of human rights. **European Journal of International Law**, v. 14, n. 3, p. 529-568, 2003.

PEDERSEN, O. W. European environmental human rights and environmental rights: a long time coming? **Georgetown International Environmental Law Review**, Washington, v. 21, n. 1, p. 73-111, Dec. 2008.

PLESSIS, L. Legal academics and the open community of constitutional interpreters. **South African Journal on Human Rights**, Cape Town, v. 12, p. 214-229, 1996.

POPOVIC, N. A. F. In pursuit of environmental human rights: commentary on the draft declaration of principles on human rights and the environment. **Columbia Human Rights Law Review**, v. 27, p. 487-603, 1996.

RIEDEL, E. The human right to water and the General Comment nº 15 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *In*: RIEDEL, E.; ROTHEN, P. (Ed.). **The human right to water**. Berlin: BWV, 2006. p. 19-36.

ROBERTSON, R. E. Measuring state compliance with the obligation to devote the "Maximum Available Resources" to realizing economic, social, and cultural rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 16, n. 4, p. 693-714, Nov. 1994.

RUSSELL, S. Minimum state obligations: international dimensions. *In*: BRAND, D.; RUSSELL, S. (Ed.). **Exploring the core content of socio-economic rights**: South African and international perspectives. Pretoria: Protea Book House, 2002. p. 11.

SALMAN, S. M. A.; SIOBHAN, M.-L. **The human right to water**: legal and policy dimensions. Washington: World Bank, 2004.

SALOMON, M. E. **Global responsibility for human rights**: world poverty and the development of international law. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SCHEININ, M. Economic and social rights as legal rights. *In*: EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (Ed.). **Economic, social and cultural rights**: a textbook. 2nd ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. p. 29-54.

SCHERMERS, H. G.; WAELBROECK, D. F. **Judicial protection in the European Union**. 6th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

SHELTON, D. Editor's concluding note: the role of non-binding norms in international legal system. *In*: _____. (Ed.). **Commitment and compliance**: the role of non-binding norms in the international legal system. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 554-556.

_____. Equity. *In*: BODANSKY, D.; BRUNNÉE, J.; HEY, H. (Ed.). **The Oxford handbook of international environmental law**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 639-662.

SKJAERSETH, J. B.; STOKKE, O. S.; WETTESTAD, J. Soft law, hard law, and effective implementation of international environmental norms. **Global Environmental Politics**, Durham, v. 6, n. 3, p. 104-120, Aug. 2006.

SPIGELMAN, J. **Statutory interpretation and human rights**. Brisbane: University of Queensland Press, 2008.

SUDAN HUMAN RIGHTS ORGANISATION; COHRE – CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS. **Communication nº 279/03-296/05**. [s.l.]: ACHPR, May 2009. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ACHPR,51b890c24.html>.

TETZLAFF, K. Towards a global convention on the right to water? **The New Zealand Postgraduate Law E-journal**, Auckland, n. 2, p. 2-33, 2005.

TULLY, S. A human right to access water? A critique of General Comment nº 15. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 23, n. 1, p. 35-63, 2005.

_____. Flighty purposes and deeds: a rejoined to Malcolm Langford. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 24, n. 3, p. 461-472, 2006.

UN – UNITED NATIONS. **Addendum nº 13**: concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Right – Russian Federation. [s.l.]: UN, May 1997. Disponible en: <file:///C:/Users/E17288289702/Downloads/G9716697.pdf>.

_____. **Addendum nº 27**: concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights – Israel. [s.l.]: UN, Dec. 1998. Disponible en: < file:///C:/Users/E17288289702/Downloads/G9814804.pdf>.

VIERDAG, E. W. The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. **Netherlands Yearbook of International Law**, Cambridge, v. 9, p. 69-105, Dec. 1978.

WEISS, B. E. Conclusions: understanding compliance with soft law. *In*: SHELTON, D. (Ed.). **Commitment and compliance**: the role of non-binding norms in the international legal system. Oxford: Oxford University Press, 2003.

WOODHOUSE, M. Threshold, reporting, and accountability for a right to water under international law. **University of Denver Water Law Review**, Denver, v. 8, n. 1, p. 171, 2004.

YOUNG, K. Conceptualising minimalism in socio-economic rights. **ESR Review**: Economic and Social Rights in South Africa, Bellville, v. 9, n. 2, p. 6-11, June 2008.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

ICWE – INTERNATIONAL CONFERENCE ON WATER AND THE ENVIRONMENT. **The Dublin Statement on Water and Sustainable Development**. Dublin: WMO, Jan. 1992. Disponible en: <https://bit.ly/3vUB42V>.

SACOSAN – SOUTH ASIAN CONFERENCE ON SANITATION. Sanitation for dignity and health. *In*: SOUTH ASIAN CONFERENCE ON SANITATION, 3., New Delhi, India. **Proceedings**... New Delhi: IRCWASH, 2008.

TRIBUNAL AFRICANO DE DIREITOS HUMANOS. **Comunicaciones nºs 25/1989, 47/1990, 56/1991 e 100/1993**. Free Legal Assistance Group and Others v Zaire. 9th Annual Activity Report. Costa Rica, 1996.

_____. **Comunicaciones nºs 279/2003 e 296/2005**. Sudan Human Rights Organization v The Sudan and Communication and Centre on Housing Rights and Evictions v The Sudan. 28th Annual Activity Report. Costa Rica, 2010

UN – UNITED NATIONS. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. New York: UN, Jan. 1966. Disponible en: <https://bit.ly/3SVFC2X>.

_____. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. Vienna: UN, May 1969. Disponible en: <https://bit.ly/3bKWPuX>.

_____. **Vienna Declaration and Programme of Action**. [s.l.]: UN, Jun. 1979a. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/vienna.pdf>.

_____. **Resolution nº 34/180**: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. [s.l.]: UN, Dec. 1979b. Disponible en: <https://bit.ly/3SL692u>.

_____. **Resolution nº 44/25**: Convention on the Rights of the Child. [s.l.]: UN, Sept. 1989. Disponible en: <https://bit.ly/3BYFXvv>.

_____. **Agenda 21**: The United Nations Programme of Action. New York: UN, 1992.

_____. **Resolution nº 54/175**: the right to developmenet. [s.l.]: UN, Feb. 2000. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/404866>.

_____. General Assembly adopts resolution recognizing access to clean water, sanitation as human right, by recorded vote of 122 in favor, none against, 41 abstentions. **United Nations**, July 28, 2010. Disponible en: <https://press.un.org/en/2010/ga10967.doc.htm>.