



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Martínez, Adriana N.; de Felipe, Oscar E.
Derecho humano al agua y control de convencionalidad
Derecho PUCP, núm. 70, diciembre-junio, 2013, pp. 105-120
Pontificia Universidad Católica del Perú
Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656139007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Derecho humano al agua y control de convencionalidad

Human right to water and conventionality control

ADRIANA N. MARTÍNEZ & ÓSCAR E. DEFELIPPE*

Resumen: La humanidad enfrenta el desafío de lograr la sostenibilidad de la oferta de los recursos hídricos para la satisfacción de las necesidades humanas y garantizar la de los ecosistemas naturales para el logro del desarrollo humano sustentable y la calidad de vida de la generación presente y de las futuras. Es por ello que el reconocimiento del derecho al acceso al agua como derecho humano adquiere primordial relevancia. Procedemos al análisis de los instrumentos internacionales que dan contenido y fundamento jurídico al derecho humano al agua y de los que derivan las obligaciones de los Estados. En ese contexto, abordamos la recepción constitucional del derecho humano al agua en Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, y al control de convencionalidad como garante del acceso al agua, que ha llevado a que distintos tribunales internos se ocuparan de casos en los que se constató la vulneración del derecho al agua.

Palabras clave: agua – derechos humanos – interdependencia – control de convencionalidad

Summary: Humanity faces the challenge of achieving the sustainability of water resources supply for the satisfaction of human needs and of ensuring the sustainability of the natural ecosystems for the achievement of sustainable human development and the quality of life of present and future generations. For this reason the recognition of access to water as a Human Right has fundamental significance. We proceed to analyze the international instruments that provide content and legal basis to the human right to water and the obligations of States. In this context, we deal with the constitutional reception of human right to water in Argentina in the constitutional reform of 1994 and the control of conventionality as guarantor of access to water, which has led to different domestic courts to consider cases in which a violation of the right to water was proved.

Key words: water – human rights – interdependence – conventionality control

* Adriana N. Martínez es abogada, escribana, magíster en Ambiente Humano, investigadora y profesora asociada ordinaria del Departamento de Ciencias Sociales y jefa de la División Derecho de la Universidad Nacional de Luján, y profesora adjunta regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Correo electrónico: amart@arnet.com.ar. Óscar E. Defelippe es abogado, especialista en Derecho Administrativo, investigador y profesor adjunto ordinario del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján, y profesor adjunto interino de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Correo electrónico: oscardefelippe@fibertel.com.ar

CONTENIDO: I. PRELIMINAR.- II. EL ACCESO AL AGUA COMO DERECHO HUMANO.-II.1.¿QUÉ ES EL DERECHO HUMANO AL AGUA?-II.2. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA.- II.3. INTERDEPENDENCIA DEL DERECHO HUMANO AL AGUA.- II.4. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS.- III. RECEPCIÓN DEL DERECHO AL AGUA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.- IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO GARANTE DEL ACCESO HUMANO AL AGUA.- V. EPÍLOGO.

I. PRELIMINAR

El agua es esencial para la vida humana¹. Es una necesidad indispensable del hombre y se relaciona directamente con su salud². Pero también es indispensable para generar un ambiente adecuado, producción económica, desarrollo cultural, aspectos todos que integran la vida individual y social, posibilitando la dignidad del hombre³.

El ser humano depende del agua para subsistir, pero también para su bienestar, es decir, para posibilitar el desarrollo de una vida digna. El ser humano depende del agua como condición previa para la realización de otros derechos humanos, como el derecho a la vida, a un nivel de vida adecuado, a la vivienda y a la alimentación.

II. EL ACCESO AL AGUA COMO DERECHO HUMANO

Sobre la base del principio de la dignidad humana, y considerando entonces que el agua es un bien público fundamental e indispensable para posibilitar la vida y garantizar niveles mínimos de salud y bienestar de las personas, el derecho internacional, con relación a los derechos humanos, dio luz al derecho humano al agua⁴.

1 «No obstante esta necesidad vital, mil cien millones de personas (18% de la población mundial) carecen de acceso al agua potable [...] lo que sin duda, constituye una afrenta masiva a la dignidad humana». CENICACELAYA, María. «El derecho al agua en Latinoamérica». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Universidad Nacional de La Plata), VIII, 41 (2011), pp. 86-96, p. 87.

2 «Desde tiempos ancestrales el agua fue considerada como uno de los elementos más preciados, a tal punto que distintas tribus, razas y religiones la personificaron en Dios. [...] A lo largo de los años, los asentamientos que se establecían en distintos escenarios de la esfera compartían un común denominador: la cercanía de las fuentes de agua» (CONFORTI, Natalia. «El derecho al agua: análisis histórico, jurídico y económico». En DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (dir.). *Cuaderno de Derecho Ambiental, II. El agua*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba/Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, 2011, pp. 219-245, pp. 219-220).

3 PINTO, Mauricio E. & otros. *El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. XIX. En esa misma línea, señala Roulet que «el agua es un recurso elemental para todos los seres vivos: determina las características de su entorno y de su asentamiento sobre el territorio, es insustituible en la producción alimenticia y agrícola, constituye un requerimiento fundamental de la industria y es, por ende, una condicionante del desarrollo de las sociedades» (ROULET, Elba. «El acceso al agua. Derecho Humano primordial». *Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*, Asociación de Administradores Gubernamentales, XIII, 24, p. 40).

4 DARCY, Norberto C. «El derecho humano al agua y su recepción como derecho fundamental en Argentina». *Documento de Trabajo N° 06-2010, Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Universidad de Alcalá, p. 5, (www.portafolio.org/inicio/publicaciones/documentos-de-trabajo.html).

Por su parte, los Estados, de modo directo o indirecto, han reconocido en sus Constituciones el derecho humano al agua. Han receptado el derecho al agua en sus constituciones, Uruguay (artículo 47), Ecuador (artículos 12, primer párrafo, y 3, punto 1), Colombia (artículos 224 y 366), entre otros. En el caso de Argentina, en virtud del artículo 75, inciso 22, incorporado a la Constitución Nacional por el poder constituyente reformador del año 1994, existen tratados internacionales de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional por figurar en la enumeración que se realiza en la citada norma⁵ y, otros⁶, que podrán alcanzarla en el futuro conforme a lo que ella establece⁷.

Por consiguiente, desde tal reconocimiento, el derecho humano al agua en nuestro país es un derecho fundamental y, como tal, plenamente operativo y exigible.

II.1. ¿Qué es el derecho humano al agua?

«El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico»⁸. Veamos, entonces, el contenido mínimo del derecho al agua a partir de los elementos enunciados en la definición. La disponibilidad del agua supone un abastecimiento continuo y suficiente⁹ para los usos personales y domésticos¹⁰. Entre ellos, quedan comprendidos el consumo por boca, el lavado de la ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y del hogar.

El agua debe ser salubre, esto es, exenta de microbios y de sustancias químicas y radiológicas. Debe poseer un color, olor y sabor aceptables.

5 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelés, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

6 Se adicionan a aquel listado los tratados sobre desaparición forzada de personas en 1997, y sobre crímenes aberrantes y de lesa humanidad en 2004.

7 BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 337.

8 Conforme el punto 2 de la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2002), en adelante OG 15.

9 Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), se necesitan entre cincuenta y cien litros de agua por persona al día para cubrir la mayoría de las necesidades básicas. Estas cantidades son indicativas, dependerán del contexto particular y pueden diferir de un grupo a otro en función del estado de salud, el trabajo, las condiciones climáticas. *El derecho al agua*. Folleto informativo 35 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos, p. 9 (<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>).

10 Punto 12, a), OG 15.

Su abastecimiento debe ser accesible a todos. Es decir, debe encontrarse al alcance tanto físico¹¹ como económico de la población¹².

Por último, conviene dejar sentado que no debe realizarse distinción alguna que pudiera generar desigualdades en el acceso al agua, y que debe asegurarse el derecho a participar en la toma de decisiones, previo acceso total e igualitario a la información sobre las cuestiones del agua.

II.2. Fundamento jurídico del derecho al agua

El fundamento jurídico del derecho al agua recae en varios tratados de Derechos Humanos que realizan tanto un reconocimiento implícito como explícito de aquél¹³.

Entre los primeros podemos mencionar la *Declaración Universal de Derechos Humanos*¹⁴, los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵ y de Derechos Civiles y Políticos¹⁶. También, incluyen un reconocimiento expreso del derecho al agua la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*¹⁷, la *Convención sobre los Derechos del Niño*¹⁸ y la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*¹⁹.

11 Para tener un acceso básico a veinte litros de agua por día, según la OMS, la fuente debe estar a no más de mil metros del hogar y el tiempo necesario que demande su búsqueda no debe exceder de treinta minutos. *El derecho al agua*, p. 11.

12 «Los costes de los servicios de agua y saneamiento no deberían superar el 5% de los ingresos del hogar, asumiendo así que estos servicios no afectan a la capacidad de las personas para adquirir otros productos y servicios esenciales». (Oficina de Naciones Unidas de Apoyo al Decenio Internacional para la Acción «El agua, fuente de vida» 2005-2015. *El derecho humano al agua y el saneamiento. Nota para los medios*, p. 6 (www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spain.pdf).

13 Un detalle exhaustivo de las principales fuentes de reconocimiento puede verse en PINTO, Mauricio E. & otros. Ob. cit., pp. 32-46.

14 Artículo 25: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda».

15 Artículos 11.1: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia»; y 12.1: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental».

16 Artículo 6.1: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente».

17 Artículo 14.2: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales [...], y en particular le asegurarán el derecho a: [...] Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones».

18 Artículo 24.2: «Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho [a la salud] y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: [...] c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente».

19 Artículo 28.2: «Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad».

Este derecho también se reconoce en otros instrumentos internacionales de carácter ambiental²⁰.

La tendencia a propiciar el reconocimiento del derecho al agua en las cartas de derechos fundamentales se vio plasmada en el año 2002 cuando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó la Observación General 15. Ese Comité interpretó que el derecho al agua deriva de otros derechos contenidos en el Pacto, estableciendo que el uso de la palabra «incluso» del artículo 11 significa que la enumeración no pretendió ser exhaustiva²¹. De modo que, el derecho al agua se encuadra en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, puesto que es una de las condiciones imprescindibles, como anticipamos, para asegurar la calidad de vida. Asimismo, el Comité entiende que el derecho al agua se halla implícitamente reconocido en el artículo 12, es decir, entiende que se encuentra indisolublemente asociado al más alto nivel posible de salud.

En suma, si bien ya existían diversos instrumentos internacionales que habían reconocido el derecho al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dio un paso decisivo al interpretar que implícitamente se hallaba reconocido en los artículos 11 y 12 del Pacto y al configurarlo como un derecho humano²². Siguiendo el camino así iniciado, y luego que el 28 de julio de 2010 la Asamblea General de la ONU declarara el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial²³, el 30 de septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos emite una resolución reconociendo ambos derechos e instando a los países a tomar medidas para su cumplimiento efectivo²⁴.

II.3. Interdependencia del derecho al agua

Hemos expresado que el acceso humano al agua es condición previa para la realización de otros derechos humanos. En otras palabras, el derecho humano al agua está estrechamente vinculado a la satisfacción de otros derechos tales como el derecho a la vida, a la alimentación, a la salud, a la vivienda, a la educación, al trabajo,

DERECHO
HUMANO AL
AGUA Y CONTROL
DE CONVENCIO-
NALIDAD

HUMAN RIGHT
TO WATER AND
CONVENTIONALITY
CONTROL

20 Al respecto nos remitimos al tratamiento de la cuestión efectuada por MARTÍNEZ, Adriana N. & Clara M. MINAVERRY. «El derecho humano universal de acceso al agua versus sus beneficios económicos». *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, 17 (2008).

21 Punto 3, OG 15.

22 Puntos 2 y 3, OG 15.

23 Resolución 64/292. Sexagésimo cuarto período de sesiones. Tema 48 del programa. Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas.

24 Resolución 15/9. Décimo quinto período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

al ambiente sano y al desarrollo²⁵. El agua es necesaria para producir alimentos, para asegurar la higiene ambiental, para procurarse medios de subsistencia²⁶. De este modo, la interdependencia dichos derechos nos indica el carácter indivisible de los derechos fundamentales²⁷. Por esta razón, el derecho a la vida se concibe no solo como garantía ante su privación, sino como derecho de acceso a aquellos bienes y servicios imprescindibles para que resulte digna. En efecto, el ser humano no solo tiene derecho a vivir, sino derecho a vivir dignamente.

Vinculado a ello, aparece el derecho al saneamiento por estar dentro de la categoría de las garantías esenciales para asegurar un nivel de vida adecuado, en tanto es una condición fundamental para la supervivencia. Ello es así puesto que el saneamiento implica el acceso y la utilización de servicios e instalaciones para la eliminación de excretas y aguas residuales que aseguren la privacidad y la dignidad, y que garanticen un ambiente limpio y saludable para todos²⁸.

Sobre la interdependencia de los derechos se expidió la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 64/292, conforme la cual «el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos». A su turno, el Consejo de Derechos Humanos, por resolución 15/9 afirmó que «el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana»²⁹. En consecuencia,

[...] la comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso [y] los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales³⁰.

25 Sobre la relaciones del derecho al agua con otros derechos fundamentales puede verse GARCÍA, Aniza. *El derecho humano al agua*. Madrid: Trotta, 2008, pp. 24-51.

26 «el derecho al agua, es un derecho humano fundamental, que se constituye como parte esencial de los derechos más elementales de las personas, tal el derecho a la vida, a la autonomía y a la dignidad humana y proyecta sus efectos sobre otros inmanentes al ser humano, como es, por caso, el derecho a la salud». Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería, sala I, 5/10/2012, «Benítez, Miriam y otros v. Municipalidad de Neuquén y otro s/inc. apelación medida cautelar», MJ-JU-M-75002-AR/MJJ75002.

27 BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 136.

28 BELLOTTI, Mirta L. «El derecho al agua y al saneamiento, derechos humanos fundamentales». En DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (fir.). Ob. cit., pp. 105-123, pp. 106-107.

29 Sobre la notable relevancia de ambos instrumentos, nos hemos referido en MARTÍNEZ, Adriana N. & Clara M. MINAVERRY. «Las recientes resoluciones dictadas por las Naciones Unidas que declaran como derecho humano el acceso al agua potable». *Microjuris*, (MJ-DOC-4965-AR/MJD4965), 25/10/2010.

30 Artículo 5 de la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, julio de 1993.

II.4. Obligaciones de los Estados

Sabido es que los Estados tienen la obligación primordial de proteger y promover los derechos humanos. Ello es así, desde que los Estados, por un acto de soberanía, han firmado y ratificado los instrumentos internacionales de derechos humanos y aceptado la jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano³¹. En lo que concierne al derecho que nos ocupa, es preciso destacar que las diversas prerrogativas que encierra permiten garantizar su acceso para la satisfacción de las necesidades humanas³².

En consecuencia, pesan sobre los Estados las siguientes obligaciones específicas³³.

- a) Obligación de respetar: impone a los Estados que se abstengan de obstaculizar directa o indirectamente el goce del derecho al agua. A modo de ejemplo, señalamos que los Estados deben implementar medidas destinadas a evitar la contaminación de los recursos hídricos; abstenerse de reducir el suministro de agua potable a los asentamientos precarios para atender la demanda de las zonas más ricas; etcétera.
- b) Obligación de proteger: exige a los Estados impedir toda injerencia de terceros en el disfrute del derecho al agua. En ese sentido, se deben adoptar legislaciones u otras medidas que permitan asegurar que los agentes privados respeten las normas de derechos humanos relacionadas con el derecho al agua. Por ejemplo, para asegurar que terceros no efectúen cortes arbitrarios e ilegales de los servicios de agua; etcétera.
- c) Obligación de cumplir: exige a los Estados que adopten medidas de índole legislativa, administrativa, presupuestaria, judicial, de promoción y de otra índole que resulten adecuadas para el pleno ejercicio del derecho al agua. Desde ese punto de vista, deben adoptar una política nacional sobre los recursos hídricos que dé prioridad en la gestión del agua a los usos personales y domésticos esenciales; defina los objetivos de la extensión de los servicios de abastecimiento de agua, centrándose en los grupos desfavorecidos y marginados; etcétera³⁴.

31 Según lo ya expresado por DEFELIPPE, Óscar E. «Efectos de la jurisprudencia internacional en el derecho argentino: El control de convencionalidad». *Suplemento La Ley Constitucional*, 6 (26/09/2012), p. 13.

32 Entre las obligaciones legales de carácter general, podemos mencionar aquellas de cumplimiento inmediato para los Estados, por ejemplo, la garantía de que el derecho al agua será ejercido sin discriminación alguna; la de adoptar medidas en aras de la plena realización de aquel; etcétera (ver punto 17, OG 15).

33 Puntos 20 a 38, OG 15.

34 Ver *El derecho al agua*, pp. 30-31.

No obstante lo expuesto, es posible identificar obligaciones básicas de los Estados con efecto inmediato para garantizar el acceso al agua. Entre ellas, señalamos la de garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua para uso personal y doméstico; la de asegurar el derecho al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados, etcétera³⁵. Asimismo, los Estados deben proveer a las víctimas de violaciones del derecho al agua de recursos judiciales y administrativos efectivos que garanticen la correcta defensa del derecho³⁶.

Por último, destacamos que los Estados tienen, asimismo, obligaciones internacionales destinadas a lograr el pleno ejercicio del derecho al agua³⁷. De allí, que les esté vedado adoptar medidas que obstaculicen, directa o indirectamente, el ejercicio del derecho al agua potable en otros países. En el sentido indicado, deben abstenerse de imponer embargos o medidas semejantes que impidan el suministro de agua, así como de aquellos bienes y servicios esenciales para garantizar el derecho al agua³⁸.

III. RECEPCIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Hasta aquí hemos resaltado los principales aspectos del derecho humano al agua. No ha sido pretensión de los autores —ni las pautas de extensión fijadas lo hubieran permitido— agotar el desarrollo de tan arduo tema, sino, más bien, destacar sus aspectos troncales. Así como invitar a los lectores, a partir de la doctrina apuntada y de otra de igual relevancia y de los instrumentos citados, a profundizar el análisis del derecho que nos ocupa.

Seguidamente nos referimos al fundamento jurídico del derecho al agua, señalando que aquel recae en varios tratados de derechos humanos, los que realizan tanto un reconocimiento implícito como explícito de aquel. Resta entonces ocuparnos de la recepción constitucional del derecho humano al agua en Argentina.

A diferencia de lo ocurrido en algunos países de Latinoamérica³⁹, la República Argentina no tiene en su Constitución una cláusula expresa sobre el derecho al agua. Sin embargo, de ello no se deduce que aquel derecho no tenga acogida favorable en nuestra Carta Magna. Veamos. La reforma constitucional argentina de 1994 introdujo cambios trascendentales en el sistema de recepción constitucional del derecho

35 Punto 37, OG 15.

36 Punto 55, *ibidem*.

37 Puntos 30-36, *ibidem*.

38 Punto 32, *ibidem*.

39 Uruguay (artículo 47), Ecuador (artículos 12, primer párrafo, y 3, punto 1), Colombia (artículos 224 y 366).

internacional, especialmente en materia de derechos humanos. En otras palabras, trajo aires de cambio en la jerarquía de aquellas normas internacionales respecto de la Constitución y de las demás normas de derecho interno.

En efecto, aquel poder constituyente reformador tomó una decisión jurídica cuya primera consecuencia fue asumir la creación de un bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, a los que se les reconoce jerarquía constitucional⁴⁰. Esa manda constitucional, luego de enumerar los instrumentos internacionales de derechos humanos, dispone sobre ellos que «en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos»⁴¹.

Por lo tanto, el primer peldaño del ordenamiento jurídico federal argentino se encuentra conformado por un conjunto de normas de igual jerarquía suprema, pero no incluidas en un mismo cuerpo normativo. Así, esos instrumentos no han sido incorporados a la Constitución ni constitucionalizados, sino elevados a la jerarquía constitucional, manteniendo su carácter de fuente de derecho internacional, permaneciendo afuera de la Constitución y compartiendo con esta su carácter de norma suprema⁴². Es decir, por un lado, tenemos la Constitución Nacional, desde el Preámbulo hasta la última Disposición Transitoria, y, por el otro, deben adicionarse los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional que, a pesar de esa jerarquía, no integran el texto constitucional⁴³.

En definitiva, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional elevó a la jerarquía constitucional once instrumentos internacionales de derechos humanos. Esos instrumentos, con la misión de llenar vacíos y puntos implícitos de nuestro sistema, no están incorporados a la Constitución ni constitucionalizados, mantienen su carácter de fuente de derecho internacional, y permanecen afuera de la Constitución, compartiendo con esta su carácter de norma suprema⁴⁴.

40 CAYUSO, Susana G. *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental. Comentada*. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 265.

41 Siguiendo a María A. Gelli, hemos señalado que la frase «en las condiciones de su vigencia» comprende tanto al modo en que los tratados fueron aprobados y ratificados por la República Argentina con las respectivas reservas permitidas, como también a la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de la aplicación, en ese ámbito, de los instrumentos con jerarquía constitucional. Un análisis doctrinario y jurisprudencial sobre las implicancias de dicha frase puede verse en DEFELIPPE, Óscar E. Ob. cit., pp. 4-7.

42 MANILI, Pablo L. *El Bloque de constitucionalidad*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 199.

43 QUIROGA LAVIÉ, Humberto & otros. *Derecho Constitucional Argentino*. Segunda edición. Santa Fe: T.I., Rubinzel-Culzoni, 2009, p. 562.

44 MANILI, Pablo L. Ob. cit., p. 199.

Por tal motivo, desde de 1994, ya no es posible interpretar a la Constitución Nacional sin recurrir a aquellos tratados, o a los que se agreguen con tal jerarquía⁴⁵. Y ello es así, puesto que el Estado argentino asumió una fuerte responsabilidad en el orden interno, al elegir el camino de la consagración expresa. Es decir, Argentina, a través de una decisión interna proveniente del poder constituyente derivado de 1994, adecuó el principio de la supremacía constitucional concediendo al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de jerarquía que la Constitución.

Así las cosas, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que alojó implícitamente el derecho al agua en los artículos 11 y 12, tiene rango constitucional, y es por esta razón que ha sido receptado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental⁴⁶.

También dentro de los tratados y convenciones internacionales que gozan de jerarquía constitucional en nuestro país se encuentran las convenciones sobre la *Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* y sobre los *Derechos del Niño*. Convenciones que contienen normas expresas que obligan a los Estados a adoptar medidas para asegurar el suministro y abastecimiento, suficiente y adecuado, de agua potable y salubre a las mujeres y niños.

En suma, existen sólidos argumentos para afirmar, sin duda alguna, que el derecho humano al agua tiene alojamiento constitucional en el derecho argentino y que, como tal, puede ser jurídicamente exigido. Por último, debemos mencionar que el derecho humano al agua también está implícitamente incluido dentro de la regulación del artículo 41, de la Constitución Nacional, referido al derecho-deber a un ambiente sano y al desarrollo humano sustentable y, a su vez, en el artículo 42, que se ocupa de los derechos del usuario de servicios públicos.

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO GARANTE DEL ACCESO HUMANO AL AGUA

Sentado que la reforma constitucional argentina de 1994 introdujo cambios trascendentales en el sistema de recepción constitucional del derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos; resta entonces referirnos al cometido estatal de los jueces domésticos, surgido a partir del reconocimiento que Argentina efectuó a través del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, esto es, el control de convencionalidad en sede nacional. No obstante, conviene aclarar que no solo el Poder Judicial es quien debe realizarlo con la finalidad de cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino que

45 Así lo expresamos, citando a Cayuso, en DEFELIPPE, Óscar E. Ob. cit., p. 4.

46 DARCY, Norberto C. Ob. cit., p. 25.

también corresponde a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, tanto en el orden nacional, como en el provincial y municipal⁴⁷. Esto es así puesto que el proceso lógico de confrontación entre normas nacionales e internacionales no solo se encuentra a cargo de las autoridades jurisdiccionales, sino que también puede y debe ser cumplido por cualquier persona, y seguramente por todas las autoridades encargadas de promover, respetar, proteger y garantizar, en el espacio de sus atribuciones, los derechos humanos⁴⁸.

El control de convencionalidad nacional permite a los jueces locales evaluar la congruencia entre una norma interna, sea constitucional o infraconstitucional, o un acto gubernamental y los tratados sobre derechos humanos con la finalidad de identificar contradicciones, entre unos y otros, que pudieren generar la responsabilidad internacional del Estado⁴⁹. Dicho en otras palabras, la evaluación practicada por los jueces argentinos, al igual que como sucede con el control de constitucionalidad⁵⁰, no tiene un valor meramente especulativo o académico, sino eminentemente práctico u operativo, esto es, asegurar el efecto útil de la Convención en los términos del artículo 2 del propio Pacto.

En suma, el control de convencionalidad se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, garantía y efectivización de los derechos enunciados en el Pacto y, concomitantemente, es también un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales⁵¹.

A esta altura, conviene precisar que el material de cotejo para desarrollar el control de convencionalidad no se agota en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o *Pacto de San José de Costa Rica*, sino que además involucra a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos y a la labor interpretativa desarrollada por la Corte Interamericana⁵².

47 HITTERS, Juan Carlos. «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación». *La Ley 2009-D*, 1205, p. 6.

48 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. «El control judicial interno de convencionalidad». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, V, 28 (2011), p. 126, (scielo.unam.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf).

49 LOIANNO, Adelina. «El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo"». En ALBANESE, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 115.

50 En Argentina rige el sistema puro de control judicial de constitucionalidad de carácter difuso de fuente estadounidense. En este sistema, todos los jueces de todas las instancias y de todos los fueros tienen competencia para revisar la compatibilidad de una norma o de un acto con la Constitución (SABSY, Daniel A. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 81).

51 SAGÜES, Néstor P. «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Estudios Constitucionales*, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), VIII, 1 (2010), p. 118, (www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82018806005).

52 BAZÁN, Víctor. «La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable». Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Constituciones y Principios, México, 2010, p. 8 (www.juridicasunam.mx).

De allí el particular interés que reviste el control de convencionalidad como herramienta indispensable en el aseguramiento del acceso humano al agua, en aras de garantizar el reconocimiento que sobre aquel derecho expresa o implícitamente realizan otros instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, a los que ya nos hemos referido. Por último, cabe agregar que el control de convencionalidad también transita el carril internacional y, en dicho trayecto, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien lo lleva adelante con la finalidad de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia.

Sobre el control de convencionalidad que transita el carril interno, que según expresamos opera como reductor de la responsabilidad internacional del Estado en relación con la vigencia de los derechos humanos, tomó posición la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Mazzeo»⁵³. En aquella oportunidad, el Alto Tribunal repasando lo sentenciado por la Corte Interamericana en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile»⁵⁴, afirmó que:

[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En consecuencia, la Corte Federal, por mayoría, reconoció la existencia de una especie de control de convencionalidad en el ámbito interno que debe acoger, principalmente, aquellas pautas jurisprudenciales que fueron resultado de un consenso interpretativo de los integrantes del tribunal internacional. Desde luego, este concepto generalizador lo es en función de la doctrina judicial en general y no en referencia a un caso concreto donde el Estado en litigio está obligado a observar la decisión de aquel⁵⁵.

Por lo antedicho, es deber de los jueces y tribunales locales prevenir y atender los reclamos de derechos ante la inconvenencialidad de las reglas domésticas en aras de optimizar el modelo tutivo de los derechos humanos y hacer más efectiva y eficiente la protección de aquellos en nuestro espacio regional⁵⁶. En suma, los organismos judiciales internos deben cumplir una inspección de constitucionalidad para evitar que

53 *Fallos* 330:3248.

54 Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2004.

55 ALBANESE, Susana (coord.). *Opiniones consultivas y observaciones generales. Control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 17.

56 BAZÁN, Víctor. Ob. cit., p. 12.

en sus fallos se infrinja la Constitución y, paralelamente, ver si tales decisarios se acomodan con las convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas⁵⁷. El sistema argentino de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso ha llevado a que distintos tribunales internos se ocuparan de casos en lo que se constató la vulneración del derecho al agua⁵⁸.

Seguidamente reseñaremos algunos importantes precedentes que reconocieron el derecho al agua como derecho constitucionalmente protegido. Desde esa atalaya, podemos destacar que las acciones judiciales entabladas en procura de tal reconocimiento han sido dirigidas tanto a procurar la consagración del acceso al agua como derecho fundamental, como a plantear la cuestión de los parámetros mínimos cualitativos y cuantitativos que deben cumplirse en la provisión de agua potable, el acceso equitativo y la protección de los grupos vulnerables.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, un magistrado de Primera Instancia Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, en la causa «Martelli, María E. v. Municipalidad de San Fernando»⁵⁹, del año 1989, reconoció el derecho humano al agua con sustento en los artículos 14 bis y 16 de la Constitución Nacional y 10 del Código Penal y 33 de la Constitución Nacional y 9 del Código Penal. El magistrado destacó «la necesidad del acceso al agua potable para el normal funcionamiento de las aptitudes físicas del ser humano, del normal desarrollo de la vida familiar, de la salud, en definitiva de la dignidad del hombre». Y sentenció: «El ser humano ha podido vivir sin electricidad, sin agua jamás»⁶⁰. Es de lamentar, que luego la alzada haya discrepado con la solución del juez preopinante al considerar que ninguna norma escrita establecía la obligatoriedad de la municipalidad enjuiciada de proveer agua potable y rechazara la acción de amparo.

En el precedente «Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo»⁶¹, en el cual se procuraba salvaguardar el derecho a la salud de niños de comunidades aborígenes ante un incidente de contaminación hídrica por mercurio y plomo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, ordenó al Poder Ejecutivo provincial la provisión de doscientos cincuenta litros diarios de agua potable por habitante y asegurar, en el plazo de cuarenta y cinco días, la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a ese fin. Si bien se obtuvo el reconocimiento judicial del

57 HITTERS, Juan Carlos. Ob. cit., p. 6.

58 OLMO, María B. & Martha C. PAZ. «El acceso al agua como derecho humano: protección internacional y jurisdicción constitucional». *Suplemento del 9 y 10/05/2012, ED 2012-247*, p. 705.

59 Sentencia del 3 de marzo de 1989, ED 133-821.

60 Sentencia del 16 de marzo de 1989.

61 Sentencia del 19 de mayo de 1997.

derecho al agua, el incumplimiento parcial del tal decisorio conllevó a que los demandantes acudieran a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde finalmente tuvo lugar un acuerdo por el cual se comprometió la construcción de una planta de agua potable⁶².

También, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén reconoció el derecho humano al agua como derecho humano fundamental y ordenó al estado local la provisión de agua potable en el caso «Defensoría de Menores N° 3 v. Poder Ejecutivo Municipal», conocido como el caso «Colonia Valentina Norte»⁶³.

En el caso «Quevedo, Miguel A. y otros, v. Aguas Cordobesas S.A. s/ amparo»⁶⁴, la jueza sustituta de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Número 51 de la Provincia de Córdoba declaró que los cortes de servicio de agua por falta de pago injustificados resultan violatorios de derechos constitucionalmente reconocidos. Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, en el precedente «Vallejos Ripoll, Carlos M. v. Aguas Corrientes S.A.»⁶⁵ se expidió en esa misma dirección. El tribunal entendió:

[...] procedente la acción de amparo incoada a fin que la empresa concesionaria del servicio de agua corriente cese con los cortes del suministro y disponga la inmediata rehabilitación del servicio, pues, el Estado a través del Poder Judicial, tiene la obligación de asegurar el acceso de las personas al agua potable, en tanto, se trata de un derecho humano fundamental que nace de la Constitución Nacional⁶⁶.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, en la causa «Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo» ordenó al gobierno de la ciudad garantizar el suministro de agua potable a varias manzanas de la Villa 31 bis donde el precario sistema troncal de provisión de agua no llegaba a abastecerlas. La acción, iniciada por la asociación aludida en representación de los derechos de incidencia colectiva del núcleo poblacional allí ubicado, permitió a los habitantes del asentamiento la provisión de agua potable a través de camiones cisterna que debían concurrir la cantidad de veces que resulte necesario hacerlo en el horario de 8 a 22 horas, inclusive los días domingos⁶⁷.

62 Al respecto, puede consultarse la página web de la *Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (www.escr-net.org/docs/i/404346).

63 Sentencia del 2 de marzo de 1999.

64 Sentencia del 8 de abril de 2001.

65 Sentencia del 6 de mayo de 2009.

66 El tribunal llegó a la misma conclusión en el caso «Club Defensores de Torino v. Aguas Corrientes S.A.», sentencia del 24 de febrero de 2011.

67 Sentencia del 18 de julio de 2007.

Por último, destacamos que en el precedente «Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios»⁶⁸, referido a la contaminación de aguas de la cuenca Matanza-Riachuelo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresamente se ocupó del derecho al agua. Allí, al referirse al programa integral de saneamiento a cargo de la Autoridad de Cuenca (ACUMAR), estableció la obligación de expansión de la red de agua potable tanto en lo que atañe a las obras en ejecución como a las proyectadas. En ese sentido, el Alto Tribunal sentenció:

Respecto de la tarea de expansión de la red de agua potable prevista en el Plan, la Autoridad de Cuenca deberá informar públicamente, de modo detallado y fundado, sobre el plan de ampliación de las obras de captación, tratamiento y distribución a cargo de AySA (Aguas y Saneamientos Argentinos) y del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (Enohsa), con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían ser terminadas en 2007; a las obras actualmente en ejecución; al inicio de la ejecución de las obras de expansión de la red de agua potable en el período 2008/2015. En todos los casos deberán incluirse los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados. El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

Recientemente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, en la causa «Benítez Miriam y otros v/ Municipalidad de Neuquén y otro s/ incidente apelación medida cautelar»⁶⁹, ordenó a la municipalidad demandada restituir el servicio de agua potable a un barrio de esa ciudad en el cronograma diario de provisión. A esos fines, sostuvo que «si bien no se desconoce la naturaleza excepcional de la tutela anticipatoria, la situación de vulnerabilidad que provoca la falta de agua potable para consumo humano presenta con suficiente nitidez la afectación del derecho fundamental que requiere el amparo cautelar».

V. EPÍLOGO

A partir de la Reforma Constitucional de 1994, Argentina adecuó el principio de la supremacía constitucional y concedió al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de jerarquía que la Constitución.

Por tanto, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que alojó implícitamente el derecho al agua en los artículos 11 y 12, tiene rango constitucional. En consecuencia, el derecho humano

68 Sentencia del 8 de julio de 2008, fallos 331:1622.

69 Sentencia del 5 de octubre de 2012.

al agua ha sido receptado en el ordenamiento jurídico argentino, tiene alojamiento constitucional y es plenamente operativo y exigible.

El derecho humano al agua se encuentra estrechamente vinculado con la satisfacción de otros derechos, entre los que destacamos el derecho al ambiente sano y el desarrollo humano sustentable, expresamente reconocidos por la Constitución Nacional en el artículo 41.

El control de convencionalidad se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto y efectivización de los derechos enunciados en el Pacto y reviste el carácter de instrumento indispensable en el aseguramiento del acceso humano al agua, en aras de garantizar el reconocimiento que sobre aquel derecho expresa o implícitamente realizan otros instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

El sistema argentino de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso ha llevado a que distintos tribunales internos se ocuparan de casos en los que se constató la vulneración del derecho al agua y las decisiones judiciales adoptadas por los magistrados y tribunales intervenientes han dispuesto medidas específicas en atención al reconocimiento que del derecho humano al agua realizan la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Recibido: 15/01/2013

Aprobado: 11/03/2013