

LA RESOLUCIÓN DE LA ONU SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA  
DESPUÉS DE UNA DÉCADA  
The UN General Assembly Resolution on the Human Right to Water  
a Decade Later

RHETT LARSON<sup>1</sup>

Arizona State University Sandra Day O'Connor College of Law, Estados Unidos

### Resumen

En los diez años transcurridos desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció como derecho humano al agua, el mismo ha permanecido en gran parte inaplicable y los esfuerzos para implementarlo han resultado en su mayoría ineficaces o incluso contraproducentes. No obstante, académicos, activistas y profesionales pueden volver a imaginar el derecho humano internacional al agua como un derecho civil y político, en lugar de una garantía sustantiva al agua, de manera que la implementación del derecho humano al agua sea más sostenible, equitativo y ejecutable.

### Palabras clave

Agua, derechos humanos, derechos internacionales, sostenibilidad.

### Abstract

In the ten years since the UN General Assembly recognized an international human right to water, that right has remained largely unenforceable in both international and domestic law and efforts to implement it have proven mostly ineffective or even counterproductive. The UN General Assembly's Declaration in 2010 could have catalyzed progress in achieving the UN's Sustainable Development Goals aimed at improving access to water and sanitation. Nevertheless, scholars, activists, and practitioners can reimagine the international human right to water as a civil and political right, rather than as a substantive guarantee of water, in ways that would make the implementation of the human right to water more sustainable, equitable, and enforceable.

### Keywords

Water, Human Rights, International Law, Sustainability.

## 1. Introducción

El enfoque actual para desarrollar e implementar el derecho humano al agua puede ser un espejismo que puede servir para guiar a los sedientos a través de un desierto de promesas inaplicables hacia una ilusión de derechos en torno al agua. El 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) adoptó una resolución que reconoció

<sup>1</sup> Profesor de derechos hídricos en la Universidad Estatal de Arizona. Recibió una beca Fulbright como profesor visitante en la Pontificia Universidad Católica de Quito, Ecuador, y es el autor de *Just Add Water* (Oxford University Press, 2020). Correo electrónico: [rhett.larson@asu.edu](mailto:rhett.larson@asu.edu)



como un derecho humano internacional al agua (AGNU, 2010). Diez años después de esta resolución, los esfuerzos para implementar ese derecho para que se pueda hacerlo sostenible y efectivo han fracasado en gran medida. Además, este movimiento puede haber resultado contraproducente para su supuesto fin, que es asegurar el acceso a suficiente agua limpia para personas desfavorecidas.

No obstante, un enfoque de la política del agua basado en derechos tiene valor para aquellas personas que han sido marginadas. En lugar de perseguir reclamos tenues basados en un derecho humano *subdesarrollado*, los pueblos desfavorecidos deberían basar sus reclamos al agua en derechos civiles internacionales maduros y bien adjudicados. Este enfoque no solo fundamenta los reclamos de los recursos hídricos por parte de personas marginadas en su base legal más sólida, sino que construye un enfoque basado en los derechos para los recursos hídricos desde una posición de fuerza, lo que permite el desarrollo orgánico potencial de un derecho internacional al agua.

Una ventaja adicional de construir un derecho humano internacional al agua sobre la base de los derechos civiles es la integración más eficaz de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU. El sexto de los ODS tiene como objetivo “[E]l asegurar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos” (ONU, ODS). Si el enfoque no es solo la sostenibilidad, sino también la equidad implicada “para todos” en la meta, entonces la integración de los derechos de agua con los derechos civiles arma a los activistas con herramientas legales que ya han demostrado ser efectivas para promover una mayor equidad. Este enfoque integra el sexto de los ODS con los objetivos de otros ODS, incluido el objetivo de igualdad de género del quinto ODS, los objetivos de crecimiento económico y urbanismo inclusivos en el octavo y onceavo ODS, y el décimo ODS de reducir la desigualdad.

Este artículo utiliza metodologías de análisis legales comparadas y se apoya en la filosofía política para analizar el estado actual del derecho humano internacional al agua, para entender que es importante un enfoque basado en derechos garantiza el acceso al agua para las personas desfavorecidas. Además, permite entender por qué el enfoque actual del derecho humano internacional al agua es inadecuado. Posteriormente, este artículo analiza por qué se prefiere un enfoque de derechos civiles a garantías substantivas al agua, e ilustra la fuerza del enfoque de derechos civiles al comparar dos decisiones judiciales emitidas aproximadamente al mismo tiempo que la Declaración de la Asamblea General de la ONU de 2010. Finalmente, el trabajo proporcionará un ejemplo de enfoque basado en los derechos civiles para la gestión del agua y el potencial de dicho enfoque para integrar los objetivos de los ODS hacia servicios de agua sostenibles y equitativos.

## **2. El enfoque actual del derecho humano al agua, un espejismo engañoso**

La Resolución de 2010 establece que “el derecho al agua potable, segura y limpia [...] [es] un derecho humano que es esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (AGNU, 2010). No se puede discutir que el agua en cantidad y calidad suficientes es fundamental para el disfrute de todos los demás derechos humanos.

Como escribió Isaiah Berlin: “Lo primero es lo primero: hay situaciones en las que, para usar un dicho atribuido satíricamente a los nihilistas por Dostoievski, las botas son superiores a Pushkin; la libertad individual no es la principal necesidad de todos” (Berlin, 1969). El agua es la necesidad más primordial y tan superior a las botas como las botas a la poesía de Pushkin. La resolución de la Asamblea General hace correctamente lo que aconseja Berlin, antepone lo primero. Sin embargo, si bien la resolución prioriza adecuadamente el

agua como fundamental, no ordena adecuadamente el enfoque para desarrollar un derecho humano internacional al agua.

Poner primero lo primero, como hizo la Asamblea General en 2010, tiene un valor político, y quizás diplomático. Pero el valor legal es limitado. Las resoluciones de la Asamblea General de la ONU no son legalmente vinculantes. De hecho, el valor político y diplomático de las resoluciones de la Asamblea General pueden estar directamente relacionado con su limitado valor jurídico. Las naciones están dispuestas a firmar con sus nombres las afirmaciones de derechos cuando saben que no están asumiendo ninguna obligación legal. Pero al firmar, las naciones asumen, en cierto grado, una expectativa política o diplomática de protección de buena fe y promoción del valor incorporado en la resolución. Tales declaraciones políticas pueden actuar como un escudo contra las acusaciones de indiferencia al mismo tiempo que promueven la solidaridad en temas importantes y evitan cualquier obligación de realizar reformas reales.

### **2.1. La resolución del ONU y sus impactos en los derechos internacionales**

Por lo general, solo los estados organizados pueden hacer valer reclamaciones en virtud del derecho internacional (Reisman, 1995, p. 351). Sin embargo, los actores no estatales pueden presentar demandas legales en dos áreas del derecho internacional relevantes para los recursos hídricos. El primero, es el derecho de inversión y comercio internacional. El agua, como mercancía comercializable está en algunos contextos sujeta a los tratados de la Organización Mundial del Comercio sobre aranceles, comercio y servicios, y a menudo puede incluirse en acuerdos comerciales bilaterales o regionales (Weiss, 2005, p. 61). El derecho de inversión y comercio internacional, sin embargo, está limitado en el alcance de los actores no estatales que pueden valerse de sus protecciones. Solo aquellos con los medios para participar en el comercio internacional y el comercio tienen derecho a tales leyes, que excluyen o incluso perjudican a las personas desfavorecidas (Mehta y Madsen, 2005).

La segunda área del derecho internacional relevante para la política del agua y accesible a los actores no estatales es el derecho internacional de los derechos humanos. Los protocolos opcionales de los pactos de derechos humanos de la ONU, permiten que actores no estatales presenten denuncias por violaciones de derechos humanos (Rehman, 2010).

Como se discutirá con más detalle a continuación, el Primer Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (el “Pacto CP”), que entró en vigor en 1976, establece un mecanismo de denuncia individual por violaciones de los derechos garantizados en el Pacto CP (Rehman, 2010, pp. 121-139; Naciones Unidas [ONU], 1966a; ONU, 1966c). El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el “Pacto ESC”) prevé un mecanismo de denuncia similar para los actores no estatales, pero aún no ha entrado en vigor (Rehman, 2010, p. 141-143; ONU, 1966b; ONU, 2008).

La Resolución de 2010 fue solo uno de los muchos esfuerzos en curso para desarrollar e implementar un derecho humano internacional al agua. Con pocas excepciones (que se analizarán más adelante), los instrumentos internacionales de derechos humanos no mencionan expresamente el agua y mucho menos establecen un derecho expreso al agua. Por lo tanto, cualquier reivindicación de un derecho humano internacional existente al agua debe inferirse del lenguaje de los tratados existentes o desarrollarse como una cuestión de derecho internacional consuetudinario.

El profesor Stephen McCaffrey escribió que, si tal derecho existe, debe inferirse (McCaffrey, 1992, p. 7). Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de

la ONU (Declaración de Derechos Humanos) establece: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y de su familia” (ONU, 1948). Podría decirse que este derecho infiere un derecho a acceder al agua, sin el cual no existe ningún nivel de vida (McCaffrey, 1992, p. 7). De hecho, el 30 de septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (CDH) dedujo de la Declaración de Derechos Humanos que el derecho al agua estaba: “indisolublemente relacionado con [...] el derecho a la vida y la dignidad humana” (McCaffrey, 1992, pp. 7-8). Sin embargo, la Declaración de Derechos Humanos es vinculante solo en la medida en que sea parte del derecho internacional consuetudinario y oriente la interpretación de otros documentos de la ONU (McCaffrey, 1992, pp. 7-8). Este ejemplo tipifica el problema de un derecho humano internacional: a menudo solo se infiere de un lenguaje de fuerza legal cuestionable con mecanismos de aplicación inexistentes o subdesarrollados.

El Pacto DESC ilustra este problema fundamental que enfrenta el desarrollo de un derecho humano internacional al agua. La ONU adoptó el Pacto DESC en 1967 junto con la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto IDCP; todos considerados partes de la Declaración Internacional de Derechos (ONU, 1966b). El artículo 11 del Pacto DESC reconoce el derecho a “un nivel de vida adecuado”, lo que implica el derecho al agua bajo la misma lógica que la utilizada en el lenguaje de la Declaración de Derechos Humanos descrito anteriormente (ONU, 1966b, art. 11).

Sin embargo, el pacto solo requiere que los Estados; “tomen medidas [...] al máximo de [sus] recursos disponibles, con miras a lograr progresivamente la plena realización de los derechos reconocidos en el [Pacto DESC]” (ONU, 1966b, art. 2 [1]). Cualquier reclamo de un derecho al agua inferido bajo el Pacto ESC tiene la debilidad inherente de no ser inmediatamente vinculante para los Estados, dada la amplitud del pacto para que los Estados adapten el cumplimiento de las obligaciones del pacto a la disponibilidad de recursos y la realización progresiva.

El derecho al agua fue reconocido en 2002, en virtud de la Observación general 15 del Pacto DESC (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas [UNESCO], 2003). La Observación general 15 infiere el derecho al agua de otros derechos bajo el Pacto DESC, encontrando que el derecho al agua es un: “prerrequisito para la realización de otros derechos humanos” (UNESCO, 2003).

Claramente cae dentro de la categoría de garantías esenciales para asegurar un estándar adecuado de vivir [...]. El derecho al agua también está indisolublemente relacionado con el derecho al más alto nivel posible de salud, los derechos a una vivienda y una alimentación adecuadas. El derecho también debe considerarse junto con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, el más importante de ellos el derecho a la vida y la dignidad humana (UNESCO, 2003).

Sin embargo, la Observación general 15 por sí sola probablemente no respalda una reclamación legal internacional sobre el agua. Si bien la Observación general 15 constituye una interpretación autorizada del Pacto DESC, no tiene fuerza legal vinculante independiente del Pacto ESC (Blumel, 2004, p. 972). Como tal, en la medida en que la Observación general 15 consagra un derecho humano al agua en el Pacto DESC, “tendría en gran parte un valor simbólico” (McCaffrey, 2005, p. 108).

Además, el derecho humano al agua contemplado en la Observación general 15 “parece adoptar un modelo antropocéntrico, según el cual el medio ambiente existe para satisfacer las necesidades básicas de los seres humanos” (Hammer, 2003, p. 134). La Observación general 15, como la Resolución General de 2010, no responden a la

pregunta central de la recuperación de costos y la conservación asociada con el debate sobre el derecho humano al agua. Si bien declara el derecho humano al agua como un “prerrequisito” y “esencial”, la mencionada Observación también considera que el agua es un “bien público” y lo discute en términos de asequibilidad, por lo que no enmarca el derecho humano internacional al agua como un derecho al agua sin costo (UNESCO, 2003). Pero la Observación y la resolución establece que, no hay guías ni estándares legales relacionados con la asequibilidad, la recuperación de costos o la conservación.

La Observación general 15 también ilustra un problema que atraviesa gran parte de la literatura y las declaraciones políticas sobre el derecho humano internacional al agua. El párrafo 6 establece que “el agua es necesaria para producir alimentos”, pero luego pasa a dar prioridad a los “usos personales y domésticos” y luego da prioridad nuevamente al agua suficiente para “prevenir el hambre y las enfermedades” (Stith, 2010; UNESCO, 2003). ¿Cómo puede una nación prevenir el hambre si no puede dar prioridad al agua a la producción de alimentos en tiempos de sequía? ¿Cómo se puede priorizar el agua para la prevención de enfermedades cuando los usos personales y domésticos, incluidos la higiene y el saneamiento, son una prioridad menor para la prevención de enfermedades en la Observación general 15, cuando son quizás la forma más importante de prevenir enfermedades transmitidas o relacionadas con el agua? Los intentos de formular un derecho humano al agua invariablemente intentan priorizar los usos del agua, que son tan circulares como el ciclo hidrológico mismo. Esto es evidente en la Resolución de 2010, que prioriza el agua potable y el saneamiento, sin siquiera considerar las implicaciones del control de vectores e inundaciones, la protección ecológica y la sostenibilidad.

El Pacto DESC, y por extensión el Comentario General 15, adolecen de muchas de las mismas debilidades de la Resolución de 2010. Además, el Pacto DESC y el Comentario General 15 son ambiguos en cuanto al alcance y el momento de las obligaciones estatales y no integran, ni abordan, preocupaciones centrales de protección ecológica, sostenibilidad, asequibilidad y recuperación de costos. Más importante aún, el Protocolo Facultativo del Pacto DESC, que proporcionaría una vía para que los actores no estatales presenten reclamos por violaciones del Pacto, no es vinculante. Como tal, dada la falta de un Protocolo Facultativo vinculante, el Pacto DESC carece de procesos de adjudicación y mecanismos de aplicación, lo que lo hace “normativa y jurisprudencialmente subdesarrollado en comparación con el [Pacto CP]” (Schultz y Castan, 2004; ONU, 2008).

Además, existen tribunales internacionales de derechos humanos que permiten reclamos de actores no estatales. Por ejemplo, en 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “Corte IDH”) conoció un caso en el que el pueblo Awas Tingni, una comunidad indígena de Nicaragua, estuvo representado directamente ante la Corte (Corte IDH, 2001, *Caso de la Comunidad Mayagna [Sumo] Awas Tingni vs. Nicaragua*).

La accesibilidad de los reclamos de derechos humanos en el derecho internacional a los actores no estatales permite a las comunidades e individuos marginados proteger o asegurar el acceso a las necesidades humanas más fundamentales dentro de los tribunales que pueden proteger mejor a esas comunidades e individuos que los tribunales nacionales (Russell, 2010). Sin la influencia legal de los derechos, estas personas y comunidades marginadas tienen recursos limitados y poca voz para abordar los impactos del estrés hídrico, que sienten de manera desproporcionada las personas desfavorecidas (Escasez de agua, 2014).

La Resolución de la ONU de 2010 ha tenido poco impacto significativo en asegurar que estas personas y comunidades puedan recurrir al derecho internacional. Por supuesto, estas personas pueden tener vías internas de reparación legal, pero su desventaja puede ser

aún más aguda a nivel interno. Podría decirse que, dentro de los tribunales internacionales, algunas de las exclusivas privaciones políticas o los prejuicios étnicos evidentes en el derecho interno pueden mitigarse diluyéndose dentro de una perspectiva internacional más amplia. Además, el derecho internacional puede servir como modelo y laboratorio para el desarrollo de esos derechos progresistas

## **2.2. La resolución de la ONU y sus impactos en los derechos domésticos**

A pesar del aparente efecto limitado de la resolución de la ONU en la promoción de un derecho humano internacional exigible al agua, la resolución aún podría considerarse un éxito si influyera en las leyes nacionales para reconocer y proteger dicho derecho. Más de cuarenta países en el mundo han reconocido explícitamente el derecho al agua en sus respectivas constituciones (Larson, 2020). Sin embargo, la gran mayoría de estas disposiciones constitucionales se promulgaron antes de la Resolución de la ONU de 2010. Incluso donde el reconocimiento del derecho humano al agua en las constituciones domésticas ocurrió después de la Resolución de 2010, hay poca evidencia de que la resolución haya influido de manera significativa en dicho reconocimiento. Además, incluso donde los países reconocieron un derecho humano al agua en su constitución, la articulación de dicho derecho adolece de limitaciones similares a las de la resolución de la ONU.

Por ejemplo, Kenia reconoció el derecho al agua en su constitución en 2010. El artículo 43 de la Constitución de Kenia establece que “[toda] persona tiene derecho... a agua limpia y segura en cantidades adecuadas” (Const. de Kenia, 2010). Al igual que la Resolución de la ONU de 2010, la articulación del derecho al agua en Kenia deja abiertas importantes cuestiones de calidad, cantidad, costo y acceso. Del mismo modo, la Constitución de Túnez, promulgada en 2014, establece vagamente que “[e]l derecho al agua estará garantizado” (Const. de Túnez, 2014). La Constitución de la República Dominicana establece que el gobierno “debe salvaguardar la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable [...]” (Const. de Rep. Dominicana, 2015).

Cada uno de estos ejemplos es bastante representativo del enfoque de la mayoría de las constituciones nacionales que han reconocido el derecho al agua, con declaraciones vagas que dejan los detalles esenciales a la interpretación de los servicios públicos y agencias, con poca especificidad en cuanto a los requisitos mínimos reales y la aplicabilidad. Tales declaraciones, como la resolución de la ONU, son políticamente más aceptables y es menos probable que supongan obstáculos para los signatarios potencialmente reacios, pero por lo tanto proporcionan una base relativamente débil sobre la cual afirmar y hacer cumplir el derecho al agua para las comunidades e individuos desfavorecidos. Hay poca evidencia de que, incluso donde existen estos vagos derechos, los tribunales han sido más receptivos a las denuncias de una violación del derecho constitucional nacional al agua a raíz de la Resolución de la ONU de 2010. Los ODS, aunque no pretenden crear derechos legales exigibles, brindan detalles adicionales que incluyen metas e indicadores que, si se incorporan de manera efectiva en la formulación de los derechos domésticos al agua, brindarían una mayor orientación a los tribunales y agencias que la Resolución de la ONU de 2010.

Por supuesto, personas desventajadas pueden tener vías internas de reparación legal, pero su desventaja puede ser aún más aguda a nivel interno. Podría decirse que, dentro de los tribunales internacionales, algunas de las exclusivas privaciones políticas o los prejuicios étnicos evidentes en el derecho interno pueden mitigarse diluyéndose dentro de una perspectiva internacional más amplia. Además, el derecho internacional puede servir como modelo y laboratorio para el desarrollo de esos derechos progresistas. La crisis mundial del agua no es

una crisis de la naturaleza o falta de tecnología. Hay suficiente agua y la capacidad de producir agua para satisfacer las poblaciones mundiales existentes y esperadas (Zabarenko, 2011).

La crisis del agua es una crisis de gobernanza y, por tanto, una crisis del derecho como herramienta de gobernanza (Mukherji, 2006). El derecho internacional y las instituciones legales pueden modelar una gobernanza legal eficaz en el ámbito de los derechos humanos. Un enfoque basado en los derechos es la mejor opción legal para dar voz a los afectados por esta crisis, incluidos los mil millones que viven sin agua potable y aproximadamente seis mil niños que mueren cada día por enfermedades relacionadas con el agua (Fitzmaurice, 2007, p. 539). Pero el enfoque actual basado en los derechos del derecho humano al agua, tal como se plasma en la Resolución de 2010, es incorrecto.

### 2.3. Las limitaciones de la resolución de la ONU

La Resolución de 2010 sobre el derecho humano internacional al agua está equivocada en varios sentidos. Primero, la resolución se centra únicamente en el consumo humano directo de agua. Si bien esto es comprensible en un documento de derechos humanos, carece de los matices para comprender no solo los impactos del consumo humano en el medio ambiente, sino también cómo el consumo actual puede afectar los suministros de agua sostenibles y, por lo tanto, los derechos de las generaciones futuras al agua potable.

Por otro lado, la resolución no menciona la sostenibilidad, ni en términos de protección ecológica ni de equidad intergeneracional. Hasta cierto punto, un derecho “humano” al agua es esencialmente antropocéntrico, pero tales derechos pueden integrar preocupaciones ecológicas más amplias cuando se consideran parte de los objetivos más amplios de salud y felicidad reflejados en los ODS.

En segundo lugar, la Resolución de 2010 se centra únicamente en el agua potable y el saneamiento. Estos dos aspectos de la gestión del agua son fundamentales, pero este instrumento también podría haber abordado el control de los vectores de inundaciones y enfermedades. Esta se concentra en lo que podría llamarse la Agenda Azul (suministro de agua adecuado y sostenible y provisión asequible) y la Agenda Marrón (acceso a un saneamiento efectivo), mientras ignora la Agenda Verde relacionada y a menudo competitiva (protección ambiental de la contaminación del agua), la Agenda Roja (control de patógenos transmitidos por el agua y vectores de enfermedades relacionadas con el agua) y la Agenda Gris (desarrollo de infraestructura y control del uso de la tierra para la protección contra inundaciones) (Larson, 2017).

Por último, la resolución plantea muchas preguntas a las que no proporciona respuestas ni orientación. ¿Quién tiene el derecho humano al agua: individuos o comunidades? ¿Contra quién se hace cumplir el derecho al agua: gobiernos locales o nacionales o proveedores privados de agua? ¿El derecho humano al agua significa “agua gratis” o “agua barata”? Si es así, ¿cuáles son las implicaciones del “agua gratuita” para la conservación y la calidad del tratamiento y distribución del agua? Si no es así, ¿quién paga el agua? Si se subvenciona, ¿cuáles son las consecuencias para la conservación y cómo debería fijarse el precio del agua? Si no está subvencionado, ¿qué disposiciones deben tomarse para que los desfavorecidos puedan pagar el agua potable? Si los Estados, municipios, asociaciones público-privadas o empresas de servicios públicos no pueden recuperar los costos de las inversiones en tratamiento, distribución e infraestructura, ¿cómo se suministrarán los servicios de agua de manera accesible pero sostenible?

Dada la cantidad de preguntas importantes sin respuesta planteadas por la Resolución de 2010, no es sorprendente que más de 40 naciones se abstuvieran de firmar la resolución,

incluidos China, Canadá, Israel, Reino Unido, Zambia, Botswana, Turquía y Estados Unidos (La Asamblea General adopta una resolución, 2010). De hecho, Estados Unidos expresó su preocupación de que la resolución podría frustrar los esfuerzos por desarrollar un derecho humano al agua más duradero y plenamente conceptualizado en otros frentes (Sammis, 2010).

### **3. Un mejor enfoque para el desarrollo de un derecho humano internacional al agua**

El mejor enfoque para desarrollar un derecho humano internacional exigible al agua es basarlo en los derechos civiles tradicionales, tal como se plasman en el Pacto PIDCP. El mencionado pacto es más maduro legalmente que el Pacto DESC por varias razones. A diferencia de la disposición de “realización progresiva” del Pacto DESC, el Pacto PIDCP impone una obligación inmediata de garantizar los derechos que contiene (Schultz, 2004; ONU, 1966a). Además, a diferencia del Pacto DESC, el Pacto PIDCP incluye un proceso de adjudicación bien desarrollado y un mecanismo de ejecución incorporado en un Protocolo Facultativo vinculante que permite reclamos por parte de actores no estatales por violaciones de los derechos humanos (ONU, 1966a, art. 2 [1]; ONU, 1966c). Además, mientras que la Observación general 15 es una interpretación del Pacto DESC, la Observación general 15 a menudo se dirige a los derechos que están expresamente incorporados en el Pacto PIDCP, incluidos los derechos contra la discriminación racial o de género (ONU, 1966a, art. 15).

#### **3.1. Las ventajas de un enfoque de derechos civiles en la política del agua**

Los demandantes en virtud del Pacto PIDCP pueden valerse del valor expresivo y la orientación interpretativa de la Observación general 15, evitando al mismo tiempo las debilidades de adjudicación y ejecución del Pacto DESC. En última instancia, el Pacto PIDCP tiene más madurez jurídica que el Pacto DESC porque, a diferencia de este, los derechos garantizados en el primero son derechos civiles tradicionales. La confianza en el Pacto de PIDCP viene con el beneficio adicional de integrar los objetivos de acceso equitativo a los beneficios del agua (incluida la vivienda, los alimentos y la educación) y la eliminación de la discriminación incorporada en los ODS junto con los objetivos estrechamente relacionados de acceso al agua y saneamiento.

El Pacto PIDCP incluye el derecho a no sufrir privaciones arbitrarias de la vida o la propiedad, el derecho a un juicio justo, al debido proceso y a la misma protección sin distinción de raza, género, religión o etnia, y el derecho a no sufrir tratos inhumanos y libertad de expresión, movimiento, pensamiento y religión (ONU, 1966a). ¿Por qué estos derechos son “derechos civiles tradicionales”? y ¿por qué los derechos civiles tradicionales estarían, por naturaleza o diseño, mejor desarrollados que otros derechos y una base más sólida sobre la cual construir un derecho humano internacional al agua?

Los “derechos”, tal como se conciben en el enfoque actual del derecho humano internacional al agua, son quizás más apropiadamente llamados intereses de individuos o comunidades que un estado debe satisfacer para facilitar el ejercicio de los “derechos” u obligaciones u obligaciones del estado hacia los individuos. bajo el contrato social. Los “derechos como intereses” tienen sus raíces en los escritos de John Rawls, pero también se hacen eco del mismo sentimiento de Isaiah Berlin y Dostoievsky señalado anteriormente: ciertos intereses humanos esenciales (botas) deben satisfacerse antes de abordar otras preocupaciones menos esenciales (Pushkin). Rawls llama a estos intereses humanos esenciales “bienes primarios” (Rawls, 1999).

El “principio de diferencia” de Rawls requiere que la sociedad identifique al grupo menos aventajado en términos de posesión de “bienes primarios” (“cosas que se supone que

todo hombre quiere”) e implemente políticas para asegurar un acceso básico a dichos bienes primarios por parte de aquellos que de otro modo están en desventaja (Liu, 1995, pp. 439-440; Rawls, 1999).

Rawls sostiene que ciertas libertades personales, como la libertad de conciencia o el hábeas corpus, tienen poco valor para los más marginados de la sociedad a menos que se les proporcione primero un suministro básico de bienes primarios (Rawls, 1999). El punto de Rawls es esencialmente similar al de Berlín y las “botas antes de Pushkin” de Dostoievski, excepto que en este caso sería “agua antes de habeas corpus”.

El agua en cantidad y calidad adecuadas es algo que toda persona desea y que con frecuencia se distribuye de manera desigual en detrimento de los menos favorecidos. Dependiendo de Rawls, se puede decir que un estado tiene un interés, y los menos favorecidos tienen un interés correlativo, en una redistribución de bienes primarios hasta un punto óptimo de Pareto, o como lo llama William Fisher, “desigualdad que se paga por sí misma porque aporta ventajas a algunos sin disminuir las ventajas de ninguna persona” (Fisher, 1988, p. 1759).

Esta idea de derechos como intereses correlativos, óptimos de Pareto puede expresarse, en otros términos. Según la filosofía de Jean-Jacques Rousseau, los individuos circunscriben su libertad “hobbesiana” al firmar un contrato social, asegurando así la paz y prolongando una vida que de otro modo sería “desagradable, brutal y breve” (Hobbes, 1904; Rousseau, 1762). La provisión de agua a los menos favorecidos es, por tanto, una cuestión de contrato, por el que se intercambia un grado de libertad personal por agua en un colectivo social. Los menos favorecidos, habiendo circunscrito adecuadamente su libertad por contrato, tienen un derecho sobre la obligación contractual del Estado de, como mínimo, garantizar una vida que no se vea interrumpida por agua de calidad y cantidad insuficientes.

Ya sea bajo la formulación rawlsiana de “interés” o la formulación de “obligación del contrato social”, la naturaleza del derecho al agua es utilitaria y consecuencialista, lo que significa que la obligación existe porque el Estado está tratando de lograr un cierto resultado óptimo de Pareto mediante expreso o colaboración implícita con sus ciudadanos (Peerenboom, 1995, pp. 360-361). Las etiquetas “interés” u “obligación contractual” son más descriptivas de la naturaleza de la relación entre ciudadano y Estado que el término “derecho”, pero la naturaleza de la relación podría describirse fácilmente con el lenguaje de los derechos, como “derechos positivos” o “derechos de bienestar” (Herhkoﬀ, 1998; Michelman, 1979). Este ha sido típicamente el tipo de “derecho” al que se ha asociado el derecho humano internacional al agua, y los argumentos que apoyan el desarrollo de tal derecho se basan en el tipo de nociones utilitarias encarnadas en la filosofía de Rawls y Rousseau.

Los derechos civiles tradicionales, por otro lado, son por naturaleza deontológicos e independientes del estado y sus fines deseados de bien social (Peerenboom, 1995, p. 361). Como dijo Ronald Dworkin, “un derecho es una afirmación de que sería incorrecto que el gobierno denegara a un individuo, aunque sería de interés general hacerlo” (Dworkin, 1977). Estos son principios que son “evidentes por sí mismos” y una dotación independiente y superior a los intereses compartidos y las obligaciones contractuales recíprocas de los Estados y sus ciudadanos.

Esencialmente, los derechos civiles tradicionales son aquellos en los que un gobierno no puede interferir, porque existen independientemente del gobierno. Dichos derechos podrían etiquetarse para distinguirlos más del lenguaje basado en derechos aplicado a intereses y obligaciones, “derechos de libertad” o “derechos negativos” (Hardberger, 2006). Si bien hay muchas formulaciones de estos derechos, la distinción esencial entre los derechos

civiles tradicionales y los intereses u obligaciones señalados anteriormente es que los Estados proporcionan intereses y obligaciones cuando esa disposición sirve al interés general, mientras que los Estados no deben interferir con los derechos civiles excepto en forma limitada, límites legales prescritos.

Los derechos civiles tradicionales son más maduros legalmente a nivel internacional pues buscan ir más allá del Protocolo Facultativo vinculante asociado con el Pacto PIDCP. Son más maduros precisamente porque no necesitan realizarse progresivamente y pueden implementarse y hacerse cumplir independientemente de los recursos disponibles, a diferencia de los intereses previstos en el Pacto DESC.

Los Estados con los “derechos Pushkin” crean un entorno en el que los ciudadanos pueden, en última instancia, reclamar sus respectivos intereses en “botas”. Los Estados que protegen los derechos civiles tradicionales, los “Pushkin”, experimentan tres veces la tasa de crecimiento económico de los Estados que no protegen esos derechos, creando una reserva de recursos a partir de la cual un Estado puede satisfacer los intereses de los ciudadanos, como “botas” (Scully, 1988). “Pushkin” es más que poesía; “Pushkin” es una condición previa para proporcionar “botas”. La respuesta a tal posición es el recurso lógico a la retórica del Comentario General 15 y la Declaración de Derechos Humanos; que los derechos civiles tradicionales significan poco para las personas que mueren de disentería o desnutrición. Observar que los estados que protegen los derechos civiles primero tienen los medios para proporcionar agua a sus ciudadanos no es necesariamente un argumento para anteponer los derechos civiles al agua, sino para enmarcar el derecho al agua como un derecho civil tradicional.

La presencia de un Protocolo Facultativo vinculante para el Pacto PIDCP es evidencia de las razones más fundamentales para justificar el derecho humano internacional al agua en los derechos civiles tradicionales. Los derechos civiles están más desarrollados que los “derechos de bienestar” porque no se gasta tiempo en su realización progresiva. La aceptación y adjudicación de tales derechos tiene, por tanto, un alcance geográfico más amplio, porque se puede invertir tiempo inmediatamente en difundir el reconocimiento y la protección de un derecho, en lugar de realizarlo como un interés. La realización de intereses requiere recursos. Los intereses de uso intensivo de recursos, como la asignación equitativa del agua, no solo requieren tiempo para realizarse, sino que es más probable que se hagan realidad en los sitios donde los derechos civiles tradicionales están protegidos, porque la protección de los derechos civiles es una condición previa al desarrollo económico necesario para asegurar los recursos en los que los ciudadanos tienen intereses.

El enfoque del derecho humano al agua basado en intereses está equivocado porque es efectivamente inaplicable (que es el caso actualmente dado el lenguaje de “realización progresiva” del Pacto DESC y la falta del Protocolo Facultativo), o porque es peligrosamente prematuro y asigna de manera inapropiada funciones de desarrollo de políticas para el poder judicial. Si un derecho positivo o de bienestar al agua es inmediatamente vinculante, en lugar de materializarse progresivamente, las personas podrían exigir legalmente a los Estados que proporcionen agua antes de que se pueda desarrollar una infraestructura de distribución y tratamiento adecuada (McCaffrey y Neville, 2009). Esto podría conducir a malos resultados de salud con tratamiento y distribución inadecuados, y malos resultados de sostenibilidad, porque los costos no se pueden recuperar y, por lo tanto, el tratamiento y la distribución no pueden sostenerse (McCaffrey, 2009). El enfoque ubica el desarrollo de políticas en los tribunales, que están mal equipados para tomar las determinaciones técnicas y económicas necesarias para una gestión sostenible y equitativa del agua.

### 3.2. Ilustrando los beneficios de un enfoque de derechos civiles al agua a través del análisis comparativo de dos casos

Dos casos en tribunales nacionales, ambos decididos casi al mismo tiempo que la Resolución de la Asamblea General de la ONU, ilustran las fortalezas y debilidades relativas del enfoque de derechos civiles y el enfoque de intereses del derecho humano internacional al agua.

Al igual que con la resolución de la Asamblea General de la ONU, ha pasado casi una década desde que la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió sobre el caso: *Mazibuko vs. Johannesburgo*, una de las decisiones judiciales nacionales más importantes que examina cómo se debe implementar una garantía constitucional del derecho al agua.

El caso Mazibuko ilustra los desafíos de un enfoque basado en intereses del derecho humano al agua (Mazibuko, 2010). Sudáfrica fue el primer país en adoptar un derecho al agua garantizado constitucionalmente (Magaziner, 2008). En virtud del artículo 27 de la Constitución de Sudáfrica: “toda persona tiene derecho a tener acceso a [...] alimentos y agua suficientes”. (Constitución de Sudáfrica, 1996, cap. 2, párr. 27). Es importante destacar que el artículo 27 de la Constitución de Sudáfrica ofrece una garantía similar condicionada a la “realización progresiva” que las garantías previstas en el Pacto DESC (Constitución de Sudáfrica, 1996, cap. 2, párr. 27). Se dejó que las agencias y los municipios determinaran qué cantidad y calidad de agua se exigía de esta garantía y cómo se proporcionaría el suministro de esa agua de manera sostenible.

El caso Mazibuko se centra en Phiri, un municipio pobre e históricamente negro de Soweto en Johannesburgo. Phiri se desarrolló a partir del *apartheid* que no permitía que los negros vivieran en los mismos barrios que los blancos dentro de Johannesburgo. Más de un millón de personas viven en Phiri, donde hay una falta desproporcionada de instalaciones sanitarias, fuentes de agua tratada e infraestructura de agua corroída (Mazibuko, 2010, p. 6).

Desde 2001, la ciudad cumplió con la garantía constitucional de acceso a agua suficiente al suministrar una cantidad ilimitada de agua a Phiri a una tarifa plana. Este enfoque resultó insostenible, ya que solo el 1% del agua entregada a Soweto generaba ingresos y Soweto tenía los niveles más altos de agua no contabilizada en la ciudad. Bajo el enfoque de *flat free*, más de seiscientos mil millones de litros al año se perdieron como resultado del agua no contabilizada en Sudáfrica, que incluye el impago y el robo, lo que resulta en un costo total anual del agua no contabilizada de tres mil doscientos cincuenta y nueve mil millones (perdiendo Sudáfrica 600 mil millones de litros de agua, 2007). Además, una vez que los residentes pagaron la tarifa fija, no hubo más requisitos de conservación o incentivos para limitar el uso del agua en el clima semiárido de la ciudad y la creciente población (Mazibuko, 2010, p.7).

Para abordar el problema de la sostenibilidad del agua, la ciudad implementó un nuevo enfoque en 2004 en partes de la ciudad, incluida Phiri. La ciudad entregaría agua básica gratuita a todos los hogares de Phiri, a una cantidad de seis kilolitros por mes. Más allá del suministro de agua básica gratuita, se proporcionó agua adicional a través de medidores de agua prepagos. Una vez que un hogar consumiera la cantidad de agua básica gratuita, no se entregaría más agua al hogar a menos que se pagara por adelantado a través del medidor. Otras áreas continuaron operando bajo un sistema de tarifa plana, o sistemas que permitían comprar agua a crédito.

Algunos residentes de Phiri, incluida Lindiwe Mazibuko, rechazaron los medidores prepagos y, en su lugar, recogieron agua de un depósito a tres kilómetros de distancia. Sin embargo, el embalse junto con gran parte de la infraestructura dentro de Phiri, necesitaba

rehabilitación (Langford, 2008). El acceso al embalse se cerró a Mazibuko y a otros cuando comenzaron las obras de rehabilitación del embalse. En ese momento, Mazibuko y otros cedieron a los medidores prepagos (Langford y Russell, 2008). Muchas personas que aceptaron los medidores prepagos consumieron los seis kilolitros/mes completos de agua básica gratuita durante las dos primeras semanas del mes (Langford, 2008). Esto se atribuye en parte a un supuesto error de cálculo por parte de la ciudad del número de personas por hogar en Phiri (Mazibuko, 2010).

Mazibuko y otros residentes de Phiri en situación similar entablaron una demanda contra la ciudad, alegando que el agua básica gratuita y el método del medidor prepago violaban sus derechos constitucionales de acceder a suficiente agua y también violaban las regulaciones establecidas para definir dicho acceso. Por ejemplo, la Ley de Servicios de Agua de Sudáfrica (WSA) define el “suministro básico de agua” a los efectos del cumplimiento de las obligaciones constitucionales como “el estándar mínimo prescrito de los servicios de suministro de agua necesarios para el suministro confiable de una cantidad y calidad suficientes de agua para los hogares, incluidos los hogares informales, para apoyar la vida y la higiene personal” (Ley de Servicios de Agua de Sudáfrica, 1997, §1 [iii]). Las regulaciones adoptadas bajo la WSA establecieron la cantidad mínima de agua en 25 litros por persona por día, o seis kl por hogar por mes, dentro de los doscientos metros de la casa y a un caudal mínimo establecido, con la garantía de que ninguna persona se quedaría sin agua durante más de siete días completos en cualquier año (Departamento de Agua y Silvicultura de Sudáfrica, 2001).

El enfoque de Sudáfrica ilustra un enfoque innovador “basado en intereses” o “derechos de bienestar” del derecho humano al agua, en el que el Estado garantiza constitucionalmente el suministro de agua en cantidad y calidad suficientes, y Mazibuko es un caso de estudio fascinante sobre cómo una garantía constitucional podría implementarse y adjudicarse. El tribunal de primera instancia se pronunció a favor de los demandantes, sosteniendo que el sistema de medidores prepagos violaba los intereses de agua suficiente garantizados por la Sección 27 de la Constitución de Sudáfrica, y estableció cincuenta litros por persona por día como suministro básico gratuito de agua. En apelación, el tribunal redujo el suministro mínimo a cuarenta y dos litros por persona por día. La ciudad luego apeló al Tribunal Constitucional de Sudáfrica. La Corte Constitucional revocó los fallos de la corte inferior y confirmó el programa de agua prepa y las cantidades mínimas de agua básica gratuita establecidas por la Ciudad (Mazibuko, 2010, pp. 14-17).

Al defender el programa de medidores prepagos y agua básica gratuita de la ciudad, la Corte Constitucional señaló que la garantía constitucional del agua imponía solo la obligación de “lograr la realización progresiva” del acceso a agua suficiente, y que tal: “formulación de lo positivo, la obligación se aplica a la mayoría de los derechos sociales y económicos consagrados en nuestra Constitución y es compatible con los principios del derecho internacional” (Mazibuko, 2010, pp. 19-20). La Corte Constitucional contrasta esta obligación positiva de realizar progresivamente las garantías con otras garantías constitucionales: “Tradicionalmente, los derechos constitucionales (especialmente los derechos civiles y políticos) se entienden como la obligación del Estado de abstenerse de interferir en el ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos (la llamada obligación negativa o deber de respetar)” (Mazibuko, 2010, p. 24). El Tribunal Constitucional sostuvo que la ciudad solo estaba obligada a tomar medidas razonables para realizar progresivamente los intereses garantizados por la Sección 27 de la Constitución de Sudáfrica, y no crea “un derecho positivo autónomo e independiente ejecutable independientemente de las consideraciones mencionadas” en la Sección 27, como “realización progresiva” (Mazibuko, 2010, p. 25).

Por lo tanto, el interés garantizado en el acceso a agua suficiente era efectivamente inaplicable, ya que la ciudad siempre podía señalar consideraciones que afectan la tasa y el alcance de la realización. El desafío de la exigibilidad y de adaptar la realización de los intereses al desarrollo de los recursos en la garantía del agua en Sudáfrica es compartido por los defensores de un enfoque basado en los intereses del derecho humano internacional al agua. La Corte Constitucional distingue este enfoque de uno basado en los derechos civiles y políticos tradicionales, una distinción igualmente relevante en el derecho internacional. A diferencia de la naturaleza inmediatamente exigible de los derechos civiles, las personas desfavorecidas como los residentes de Phiri se quedan con una herramienta legal contundente que: “requiere que el estado tome medidas legislativas y de otro tipo razonables progresivamente para lograr el derecho de acceso a agua suficiente dentro de los recursos disponibles. No confiere el derecho a reclamar ‘agua suficiente’ del Estado de inmediato” (Mazibuko, 2010, p. 29).

La decisión en Mazibuko también ilustra otro problema con el enfoque basado en intereses hacia el derecho humano internacional al agua. El Tribunal Constitucional confirmó la cantidad de agua básica gratuita de la ciudad después de que dos tribunales inferiores determinaran que dos cantidades diferentes de agua eran más apropiadas. El Tribunal Constitucional confirmó el monto establecido por la ciudad y revocó los fallos de los tribunales inferiores basándose en lo que el Tribunal Constitucional llamó: “un entendimiento del papel adecuado de los tribunales en nuestra democracia constitucional” (Mazibuko, 2010, p. 28). La Corte Constitucional se sometió al juicio de los órganos legislativos y ejecutivos en la implementación del derecho, ya que eran “las instituciones de gobierno mejor ubicadas para investigar las condiciones sociales a la luz de los presupuestos disponibles y determinar qué objetivos son alcanzables en relación con los derechos sociales y económicos” (Mazibuko, 2010, p. 3).

El hecho de que los dos tribunales inferiores llegaran a conclusiones diferentes con respecto a la cantidad apropiada de agua para satisfacer el requisito constitucional sugiere que los tribunales no están equipados para tomar las determinaciones técnicas requeridas en la gestión del agua. Un enfoque “basado en intereses” obliga a los tribunales a tomar determinaciones técnicas, o bien obliga a un rígido establecimiento constitucional de estándares mínimos que pueden no resultar factibles a medida que cambian las condiciones. Es mejor dejar las determinaciones técnicas en la gestión del agua a quienes tienen experiencia e instituciones que pueden implementar un enfoque adaptativo (Klein y Huang, 2008; Lusk, 1998). Los tribunales, por otro lado, están bien equipados para tomar las determinaciones requeridas en la adjudicación de derechos civiles, donde la determinación es una determinación legal del alcance del poder estatal, en lugar de una determinación técnica que involucra financiamiento de proyectos, calidad del agua y salud pública, consideraciones ecológicas, sostenibilidad y desarrollo de infraestructura.

La otra decisión del tribunal nacional que ilustra las promesas y los desafíos del derecho humano al agua se decidió en Botswana casi al mismo tiempo que Mazibuko estaba procesando a través de los tribunales en la vecina Sudáfrica. En Botswana, *Matsipane Mosethanyane vs. Fiscal General*, ilustra el potencial de un enfoque del derecho humano al agua basado en los derechos civiles como una alternativa al “enfoque basado en intereses” del Pacto DESC, Observación general 15 y el 2010 Resolución de la Asamblea General, un enfoque ilustrado en Mazibuko (Matsipane, 2011).

El caso de Matsipane es una historia de sufrimiento humano y desesperación causada por la escasez de agua en las duras condiciones climáticas del desierto de Kalahari, donde viven los apalantes y su comunidad Basarwa. Las tierras ancestrales de la comunidad

Basarwa se encuentran dentro de la Reserva de Caza del Kalahari Central (CKGR, por sus siglas en inglés), que es un Parque Nacional designado por el gobierno de Botswana con fines de conservación ecológica. En 1986, De Beers Company acordó que un pozo de prospección instalado por la empresa dentro de la CKGR podría ser utilizado por la comunidad Basarwa como pozo para uso doméstico de agua. El Consejo del Distrito de Ghanzi, una entidad gubernamental municipal, mantuvo la bomba en el pozo y proporcionó combustible para el motor de la bomba.

En 2002, el gobierno de Botswana cambió su política con respecto a la comunidad Basarwa. En el momento en que se estableció la CKGR, se declaró expresamente que los Basarwa podrían mantener su presencia nómada en la CKGR. Sin embargo, a lo largo de los años, los Basarwa habían establecido asentamientos permanentes en la CKGR. El gobierno de Botswana determinó que los asentamientos permanentes no eran compatibles con los propósitos de conservación ecológica de la CKGR y que la comunidad Basarwa debería ser reubicada. En una medida supuestamente destinada a forzar la reubicación de la comunidad Basarwa, el gobierno local desmanteló la bomba en el pozo de De Beers, cortando efectivamente el único suministro de agua confiable de la comunidad. La clausura del pozo provocó graves complicaciones de salud para muchos miembros de la comunidad Basarwa (Matsipane, 2011, pp. 6-8).

A diferencia de Sudáfrica, Botswana no tiene ninguna garantía constitucional de acceso a agua suficiente. De hecho, el tribunal de primera instancia de Matsipane denegó la reclamación de acceso al pozo de la comunidad Basarwa en parte porque el tribunal interpretó que la ley de aguas de Botswana exigía un derecho de agua expedido administrativamente para extraer las aguas subterráneas. Los Basarwa no tenían ningún derecho de agua emitido administrativamente en relación con sus extracciones del pozo De Beers (Matsipane, 2011, pp. 12-14).

El tribunal de apelaciones revocó la decisión del tribunal de primera instancia con respecto al requisito de un derecho de agua, sosteniendo que: “cualquier persona que ocupa o posee legalmente un terreno tiene derecho a perforar un pozo en dicho terreno para fines domésticos sin un derecho de agua” (Matsipane, 2011, pp. 15-16). Más importante aún, el tribunal de apelaciones confirmó la afirmación de la comunidad Basarwa de que el desmantelamiento del pozo De Beers y la negación del acceso a su suministro de agua violaban sus derechos civiles.

El derecho invocado por la comunidad Basarwa, y defendido por el tribunal de apelaciones, se establece en el artículo 7 de la Constitución de Botswana, que dispone que “ninguna persona será sometida a torturas ni a actos inhumanos o degradantes castigo u otro trato” (Matsipane, 2011, pp. 19-20). A diferencia de la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en Mazibuko, que señaló que la garantía constitucional en cuestión estaba condicionada a la “realización progresiva”, la corte de apelaciones en Botswana señala que la garantía constitucional en cuestión en Matsipane es “absoluta e incondicional” (Matsipane, 2011, p. 20). El tribunal de apelaciones concluye, dado que la comunidad sufría de falta de agua, que la denegación del acceso al pozo constituye una violación del derecho civil de los basarwa garantizado constitucionalmente a no ser sometidos a tratos degradantes (Matsipane, 2011, p. 24).

Así como los intereses garantizados por la Sección 27 de la Constitución de Sudáfrica, sujetos a la “realización progresiva”, tienen sus corolarios de derecho internacional en el Pacto ESC y la Observación general 15, el derecho en cuestión en Matsipane tiene su corolario internacional. En virtud del artículo 7 de la Parte III del Pacto CP: “[nadie] será sometido

a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (ONU, 1966a, Parte III, art. 7). Un reclamo similar al afirmado por la comunidad Basarwa podría presentarse en un tribunal internacional, basado en un derecho inmediatamente vinculante y facilitado por un Protocolo Facultativo también vinculante que permita la ejecución del derecho, a través de reclamos afirmados por actores no estatales. En tales reclamos, los tribunales internacionales no tendrían que involucrarse en determinaciones técnicas sobre la cantidad y calidad para las cuales están mal equipados, sino que juzgarán sobre derechos civiles ampliamente aceptados y jurisprudencialmente maduros.

Matsipane hace referencia al derecho internacional en apoyo de su decisión, pero esto muestra que el enfoque actual no carece de valor. Tiene valor político, diplomático, y tiene algún valor legal “simbólico”. Pero cuando confiamos en él como enfoque principal, construimos sobre una base débil, como se ilustra. Asimismo, es importante señalar que en Mazibuko, los defensores “basados en intereses” reclamaron la victoria antes de la decisión de la Corte Constitucional, pero la respuesta es que habría sido una mala decisión para el acceso al agua a largo plazo. Además, en Mazibuko, hubo una demanda por discriminación de derechos civiles que fracasó. La respuesta es que existen debilidades en el enfoque de derechos civiles. No siempre ganará en función de los hechos y no garantiza una determinada cantidad o calidad de agua. Pero suficientes victorias bajo este enfoque aumentarán la voz de las personas desfavorecidas en la política del agua y conducirán a un argumento más sólido a favor de un reclamo de derecho consuetudinario. También facilita el desarrollo económico y el reconocimiento del valor cultural del agua más allá de la economía y la ecología, que beneficia a los menos favorecidos. Es importante señalar que los instrumentos de derecho internacional que sí mencionan el agua, la CEDAW, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Pueblos Indígenas, lo hacen en contextos de derechos civiles para proteger a las minorías y abordar las libertades y la discriminación racial, étnica, de género y religiosa.

#### 4. Conclusión

El enfoque actual del derecho humano al agua, tal como se plasma en la Resolución de la ONU de 2010, presenta demasiados riesgos para el desarrollo sostenible de los recursos hídricos si se interpreta de manera amplia, y carece de la aplicabilidad del derecho internacional para facilitar la asignación equitativa de los recursos hídricos. Si bien aún tiene una capacidad limitada para garantizar los derechos al suministro de agua, los reclamos sobre los recursos hídricos basados en derechos civiles internacionales establecidos y exigibles pueden al menos proporcionar una brecha legal para que los pueblos desfavorecidos o desfavorecidos creen espacio en la mesa de las partes interesadas que influyen en la política de decisiones entorno al agua. De esta manera, el derecho humano al agua da prioridad a las personas más vulnerables, a la seguridad hídrica, en lugar de desviarlas con un espejismo legal. Este enfoque no solo construye la superestructura de un derecho humano al agua legalmente exigible sobre una base confiable y jurisprudencialmente madura, sino que también establece la conexión esencial entre la mejora de la gestión del agua y el reconocimiento y la protección de los derechos civiles, como se hace explícito en los Objetivos de Desarrollo Sostenible declarados por las Naciones Unidas.

## Referencias bibliográficas

- Anaya, S., & Grossman, C. (2002). The Case of the Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19(1), 1–16.
- Berlin, I. (1969). Two Concepts of Liberty. In *Four Essays on Liberty* (2nd ed., pp. 118–172). Oxford University Press.
- Bluemel, E. B. (2004). The Implications of Formulating a Human Right to Water. *Ecology Law Quarterly*, 31(4), 957–1006.
- Klein C. and Ling-Yee, H. Cultural Norms as Source of Law: The Example of Bottled Water. (2008). *Cardozo Law Review*, 30(2), 507–548.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fisher, W. (1988). Reconstructing the Fair Use Doctrine. *Harvard Law Review*, 101(8), 1659-1795.
- Fitzmaurice, M. (2007). The Human Right to Water. *Fordham Environmental Law Review*, 18(3), 537–586.
- Hammer, L. (2004). Indigenous Peoples as a Catalyst for Applying the Human Right to Water. *International Journal on Minority and Group Rights*, 10(2), 131–161.
- Hardberger, A. (2006). Whose Job is it Anyway?: Governmental Obligations Created by the Human Right to Water. *Texas International Law Journal*, 41(3), 529–594.
- Hershkoff, H. (1999). Welfare Devolution and State Constitutions. *Fordham Law Review*, 67(4), 1403–1434.
- Hobbes, T. (1982). *Leviathan* (59364th ed.). New York: Penguin Classics.
- John F. Sammis. (2010). *Explanation of Vote by John F. Sammis, U.S. Deputy Representative to the Economic and Social Council, on Resolution A/64/L.63/Rev.1, the Human Right to Water*. <https://www.undispatch.com/why-the-united-states-did-not-support-water-as-a-human-right-resolution/>
- Joseph, S., & Castan, M. (2004). *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Kenya Const. 2010. Part 2, Art. 43.
- Langford, M., & Russell, A. (2008). “Global Precedent” or “Reasonable no More”? The Mazibuko Case. *Water Law*, 19, 73–78.
- Larson, R. (2017). Law in the Time of Cholera. *Notre Dame Law Review* 92(3), 1271-1322.
- Larson, R. (2020). Just Add Water: Solving the World’s Problems Using its Most Precious Resource. Oxford University Press.
- Liu, S. F. (1995). American Indian Reserved Water Rights: The Federal Obligation to Protect Tribal Water Resources and Tribal Autonomy. *Environmental Law*, 25(2), 425–462.
- Lusk, S. (1998). Texas groundwater: Reconciling the rule of capture with environmental and community demands. *St. Mary’s Law Journal*, 30(1), 305–366.
- Magaziner, A. (2008). The Trickle down Effect: The Phiri Water Rights Application and Evaluating, Understanding, and Enforcing the South African Constitutional Right to Water. *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 33(3), 509–580.
- Matsipane Mosetlhanyane v. Attorney General, Court of Appeals of the Republic of Botswana, Civil Appeal No. CACLB-074-10; High Court Civil Case No. MAHLB-000393-09
- McCaffrey, S. C. (1992). A Human Right to Water: Domestic and International Implications. *Georgetown International Environmental Law Review*, 5(1), 1–24.

- McCaffrey, S. C. (2005). Fresh Water and International Economic Law (International Economic Law Series). In B. L. Chazournes, N. Bernasconi-Osterwalder, & B. E. Weiss (Eds.), *The Human Right to Water* (1st ed., 93-112). Oxford University Press.
- McCaffrey, S. C., & Neville, K. J. (2009). Small capacity and big responsibilities: Financial and legal implications of human right to water for developing countries. *Georgetown International Environmental Law Review*, 21(4), 679-704.
- Mehta, L., & Madsen, B. (2005). Is the WTO after your water? The General Agreement on Trade in Services (GATS) and poor people's right to water. *Natural Resources Forum*, 29(2), 154-164.
- Michelman, F. I. (1979). Welfare rights in constitutional democracy. *Washington University Law Quarterly*, 1979(3), 659-694.
- Mukherji, A. (2006). Is Intensive use of groundwater a solution to the world's water crisis. In L. M. Cortina, R. M. Llamas, & P. P. Rogers (Eds.), *Water Crisis: Myth or Reality? (Balkema: Proceedings and Monographs in Engineering, Water and Earth Sciences)* (p. 181). New York: Taylor and Francis.
- Peerenboom, R. P. (1995). Rights, Interests, and the Interest in Rights in China. *Stanford Journal of International Law*, 31(2), 359-386.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* (2nd ed.). Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press.
- Rehman, J. (2010). *International Human Rights Law* (2nd ed.). London: Pearson Education.
- Reisman, W. M. (1995). Protecting Indigenous Rights in International Adjudication. *American Journal of International Law*, 89(2), 350-362.
- Rousseau, J. (1987). On the Social Contract. In P. Gray & D. A. Cress (Trans.), *The Basic Political Writings (English and French Edition)* (1st ed., pp. 141-203). Hackett Publishing.
- Russell, A. (2010). International Organizations and Human Rights: Realizing, Resisting or Repackaging the Right to Water? *Journal of Human Rights*, 9(1), 1-23.
- SA losing 600bn litres of water. (2007, February 15). News24. <https://www.news24.com/News24/SA-losing-600bn-litres-of-water-20070215>
- Scully, G. W. (1988). The Institutional Framework and Economic Development. *Journal of Political Economy*, 96(3), 652-662.
- Stith, R. (2010). If Dorothy Had Not had Toto to Pull Back the Wizard's Curtain: The Fabrication of Human Rights as a World Religion. *Valparaiso University Law Review*, 44(3), 847-862.
- Water scarcity | International Decade for Action "Water for Life" 2005-2015. (2014). <https://www.un.org/waterforlifedecade/scarcity.shtml>
- Weiss, B. E., Chazournes, B. L., & Bernasconi-Osterwalder, N. (2005). Water Transfers and International Trade Law. In *Fresh Water and International Economic Law (International Economic Law Series)* (1st ed., p. 61). Oxford University Press.
- Zabarenko, D. (2011, September 26). *River basins could double food production: study*. U.S. <https://www.reuters.com/article/us-rivers-food-idUSTRE78Q0BZ20110927>

## Legislación

- Botswana Constitution, § 7(1).
- Dominican Republic Const., § 2, Art. 61.

*General Assembly Adopts Resolution Recognizing Access to Clean Water, Sanitation as Human Right, by Recorded Vote of 122 in Favour, None against, 41 Abstentions | Meetings Coverage and Press Releases.* (2010). <https://www.un.org/press/en/2010/ga10967.doc.htm#:~:text=By%20a%20vote%20of%20122,in%20scaling%20up%20efforts%20to>

S. Afr. Const. 1996 ch. 2, §27.

South Africa Water Services Act 1997, § 1(iii)

South Africa Department of Water and Forestry, Regulations Relating to Compulsory National Standards and Measures to Conserve Water, No. R 509 (June 8, 2001).

Tunisia Const. 2014, Title 2, Art. 44.

United Nations. (1948). *Universal Declaration of Human Rights* (G.A. Res. 217, U.N. Doc. A/64.).

— (1966a). *International Covenant on Civil and Political Rights* (G.A. Res. 2200, 21 U.N. GAOR Supp. 52, U.N. Doc. A/6316).

— (1966b, December). *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (G.A. Res. 2200, 21 U.N. GAOR Supp. 49, U.N. Doc. A/6316).

— (1966c, December). *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights* (999 UNTS 302, UN Doc. A/RES/21/2200A).

— (2008, December). *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights* (UN Doc. A/RES/63/117).

United Nations Economic and Social Council, Subcommittee on the Promotion and Protection of Human Rights. (2003). *Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: General Comment No. 15* (2002) (U.N. Doc. E/C.12/2002/11).

United Nations General Assembly. (2010). *The human right to water and sanitation, Sixty-fourth session* (Agenda Item 48, Resolution A/64/L.63/Rev.1).

United Nations Human Rights Council. (2010). *Human rights and access to safe drinking water and sanitation* (A/HRC/RES/15/9).

## Jurisprudencia

*Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 2001 Inter-Am. Ct. H.R. (ser C) No. 79 (August 31, 2001)

*Case Mazibuko v. City of Johannesburg*, 2010 BCLR 239 (S. Afr. CC).